

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 34

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 34,
Br. 1, str. XV+1-632, Rijeka, 2013.

ZBORNIK 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: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51 000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Dionis Jurić

Uredništvo/Editorial Board: prof. dr. sc. Dionis Jurić, prof. dr. sc. Nenad Hlača, prof. dr. sc. Ivan Padjen, prof. dr. sc. Velinka Grozdanić, prof. dr. sc. Milovan Jovanović, prof. dr. sc. Vesna Crnić-Grotić, prof. dr. sc. Eduard Kunštek, prof. dr. sc. Anamari Petranović, prof. dr. sc. Edita Čulinović Herc (svi iz Rijeke)

Izvršni urednik/Executive Editor: dr. sc. Loris Belanić

Međunarodni savjetodavni odbor/International Advisory Board:

prof. dr. sc. Ljubo Bavcon (Ljubljana/SLO), prof. dr. sc. Gaetano Insolera (Macerata/I),
prof. dr. sc. dr. h. c. Marcus Lutter (Bonn/D), prof. dr. sc. Šime Ivanjko (Maribor/SLO),
prof. dr. sc. Giorgio Spangher (Roma/I), prof. dr. sc. Gian Antonio Benacchio (Trento/I)

Lektura/Language Editing: Dejana Golenko, prof. (za hrvatski), Martina Bajčić, prof. (za engleski)

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

za UDK/for UDC: Dejana Golenko, prof.

Adresa uredništva/Address of the Editorial Board: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci,
Hahlić 6, Rijeka, Hrvatska, tel. (051) 359-555, fax. (051) 675-113

e-mail: zbornik@pravri.hr

www: <http://law.pravri.hr/hr/zbornik/index.html>

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

Priprema i tisak/Layout & Print: Tiskara Futura d.o.o., Rijeka

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *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*

Časopis je objavljen uz financijsku potporu:

Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske, Hrvatskog Telekom d.d.
Zaklade Sveučilišta u Rijeci, Županije Primorsko-goranske

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 34

BROJ 1

RIJEKA, 2013.

Objavu ovog broja Zbornika financijski potpomažu:

Ministarstvo znanosti, obrazovanja i sporta Republike Hrvatske



Županija Primorsko-goranska

SADRŽAJ

XIX. Savjetovanje pravnika “Petar Simonetti (Vlasništvo-obveze-postupak)” (Poreč, 17., 18. i 19. travnja 2013.)

I. Prilozi za Savjetovanje:

Petar Simonetti,

Odlike prava građenja i superficijarnog prava
(izvorni znanstveni rad) 3

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

(Ne)objavljivanje podataka o promjenama u korporativnoj strukturi
uvrštenog dioničkog društva i utjecaj na prelazak kontrolnog praga
– novi pojavni oblici držanja dionica ispod radara regulatora
(izvorni znanstveni rad) 37

Dario Đerđa,

Zaštita legitimnih očekivanja u upravom pravu
(izvorni znanstveni rad) 83

Bosiljka Britvić Vetma,

Ozakonjenje bespravno sagrađenih zgrada
(izvorni znanstveni rad) 115

Sandra Laleta,

Jedinstveni ugovor o radu
(izvorni znanstveni rad) 139

Romana Matanovac Vučković, Hano Ernst,

Ovrha na žigu – kako premostiti podnormiranost?
(izvorni znanstveni rad) 173

Ana Keglević,

Zaštita osiguranika pojedinca kod ugovora o osiguranju
(izvorni znanstveni rad) 209

Ivan Tot,

Zakonski rokovi ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora
u pravu Europske unije
(izvorni znanstveni rad) 239

Jadranko Jug,

- Stvarna prava na pomorskom dobru?
(prethodno priopćenje) 277

Aldo Radolović,

- Načelo zabrane prouzročjenja štete kao (moguće) jamstvo stvarne
(realne) nakande štete
(pregledni znanstveni rad) 307

Maja Bukovac Puvača,

- Državne naknade žrtvama kaznenih djela u Republici Hrvatskoj
(pregledni znanstveni rad) 333

Dionis Jurić,

- Politika primitaka u kreditnim institucijama u europskom
i hrvatskom pravu
(pregledni znanstveni rad) 359

Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,

- Institut zakonskog poreznog jamstva nakon novele Općeg poreznog
zakona 2012.: «Proboj pravne osobnosti» trgovačkih društava
u slučaju zloporabe prava
(pregledni znanstveni rad) 393

Gabrijela Mihelčić, Domagoj Vučkov,

- Osiguranje oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom
i prekršajem na nekretninama i pokretninama
(pregledni znanstveni rad) 417

Justina Bajt,

- Pravno uređenje linijskih infrastrukturnih građevina
(pregledni znanstveni rad) 443

Sanja Grbić, Dejan Bodul, Ante Vuković,

- O položaju nagodbenog vijeća u postupcima predstečajne nagodbe
iz perspektive čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava
i temeljnih sloboda
(pregledni znanstveni rad) 471

Alen Rajko,

- Utvrđivanje činjenica i dokazni postupak u upravnom sporu
(pregledni znanstveni rad) 495

Vanja Smokvina, Dejan Bodul, Ante Vuković,

- O načelu socijalnog postupanja u stečajnom postupku s naglaskom
na prava radnika
(pregledni znanstveni rad) 525

Vanja Seršić, Jakob Nakić,

- Upravljanje dobrima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave
(stručni rad) 561

Inga Vezmar Barlek,

- Ovlasti žalbenog suda u upravnom sporu
(stručni rad) 589

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

- Aktualna vprašanja pri statusnih preoblikovanjih
v Republiki Sloveniji (implementacija direktive 2009/109/EC)
(prikaz) 607

II. Prikazi:

Alenka Šelih, Aleš Završnik,

- Crime and Transition in Central and Eastern Europe / Kriminalitet
i tranzicija u centralnoj i istočnoj Europi (Dalida Rittossa) 621

Jovan Slavnić (redaktor),

- Pola veka Udruženja za pravo osiguranja Srbije (1961- 2012)
(Loris Belanić) 627

TABLE OF CONTENTS

XIX. Conference

“Petar Simonetti (Ownership – Obligations – Procedure)”

(Poreč, 17-19, April 2013)

I. Conference Texts:

Petar Simonetti,

The Right to Build and Superficies in Comparative Law 3

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović

(Non)-Disclosure of Beneficial Ownership in Listed Companies
and its Effect on Acquiring Company’s Control - New Forms
of Hidden Ownership 37

Dario Đerđa,

The Protection of Legitimate Expectations in Administrative Law 83

Bosiljka Britvić Vetma,

The Legalization of Illegally Constructed Buildings 115

Sandra Laleta,

The Single Open-Ended Contract 139

Romana Matanovac Vučković, Hano Ernst,

Trademarks Subject to Execution – Bridging the Underregulation? 173

Ana Keglević,

Consumer Protection in Insurance Contracts - Open Questions
and Dilemmas 209

Ivan Tot,

Statutory Periods of Performance of Monetary Obligations
in Commercial Transactions in EU Law 239

Jadranko Jug,

Property Rights on Maritime Demesne? 277

Aldo Radolović,

The Principle of Prohibiting the Causing of Damage
as a (Possible) Guarantee of Actual (Real) Damages 307

<i>Maja Bukovac Puvača,</i>	
State Compensations for Victims of Crime in the Republic of Croatia	333
<i>Dionis Jurić,</i>	
The Remuneration Policies of Credit Institutions in European and Croatian Law	359
<i>Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,</i>	
The Statutory Tax Guarantee in the Light of General Tax Act Amendments' 2012.: Piercing the Corporate Veil for Tax Purposes	393
<i>Gabrijela Mihelčić, Domagoj Vučkov,</i>	
Securing Confiscation of Pecuniary Gain Acquired by a Criminal Offence and Minor Offence on Real Estate and Movables	417
<i>Justina Bajt,</i>	
The Legal Regime of Line Infrastructure Buildings	443
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul, Ante Vuković,</i>	
The Role of Pre-Bankruptcy Council in the Pre-Bankruptcy Settlement Procedure from the Perspective of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	471
<i>Alen Rajko,</i>	
The Establishing of Facts and Evidence in Administrative Disputes	495
<i>Vanja Smokvina, Dejan Bodul, Ante Vuković,</i>	
The Principle of Social Behaviour in the Insolvency Proceedings with emphasis on Workers' Rights	525
<i>Vanja Seršić, Jakob Nakić,</i>	
Management of Property Owned by the Local Authorities	561
<i>Inga Vezmar Barlek,</i>	
The Powers of Court of Appeal in Administrative Dispute	589
<i>Saša Prelič, Jerneja Prostor,</i>	
Current Issues of Company Reorganizations in the Republic of Slovenia	607
II. Surveys	619

INHALT

XIX. Tagung

„Petar Simonetti (Eigentum – Pflichten – Verfahren)“

(Poreč, 17-19. April 2013)

I. Tagungsbeiträge:

Petar Simonetti,

Vorteile des Baurechtes und des Rechtes der Superädifikate 3

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

(Nicht-)veröffentlichung von daten über die Änderungen in der korporativen struktur von börsennotierter Aktiengesellschaft und Einfluss auf das Überschreiten der Kontrollschwelle – neue Erscheinungsformen von Hidden Ownership 37

Dario Đerđa,

Schutz legitimer Erwartungen im Verwaltungsrecht 83

Bosiljka Britvić Vetma,

Legalisierung von illegal errichteten Gebäuden 115

Sandra Laleta,

Einheitlicher Arbeitsvertrag 139

Romana Matanovac Vučković, Hano Ernst,

Zwangsvollstreckung auf Marke – Wie kann man Unterverordnung überwinden? 173

Ana Keglević,

Schutz des Versicherten als Einzelnen beim Versicherungsvertrag - offene Fragen und Zweifel 209

Ivan Tot,

Gesetzesfristen zur Erfüllung von Geldverbindlichkeiten aus Handelsverträgen im EU-Recht 239

Jadranko Jug,

Sachenrechte am Seegut? 277

<i>Aldo Radolović,</i>	
Der Grundsatz vom Verbot der Schadensverursachung als (mögliche) Garantie für den tatsächlichen (realen) Schadensersatz	307
<i>Maja Bukovac Puvača,</i>	
Staatliche Entschädigung für Straftatopfer in der Republik Kroatien	333
<i>Dionis Jurić,</i>	
Einkommenspolitik in Kreditinstitutionen im europäischen und kroatischen recht	359
<i>Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,</i>	
Institut der gesetzlichen Steuerbürgschaft nach der Novelle des Allgemeinen Steuergesetzbuches aus dem Jahr 2012: „Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit“ von Handelsgesellschaften im Falle des Rechtsmissbrauchs	393
<i>Gabrijela Mihelčić, Domagoj Vučkov,</i>	
Sicherung von Wegnahme des durch die Straftat und Ordnungswidrigkeit an Immobilien und Mobilien erzielten Vermögensvorteils	417
<i>Justina Bajt,</i>	
Rechtsregelung von Linieninfrastrukturbauten	443
<i>Sanja Grbić, Dejan Bodul, Ante Vuković,</i>	
Über die Position des Ausgleichsverfahrensrates in vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren aus der Perspektive des Artikels 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten	471
<i>Alen Rajko,</i>	
Tatsachenfeststellung und Beweisverfahren im Verwaltungsstreit	495
<i>Vanja Smokvina, Dejan Bodul, Ante Vuković,</i>	
Über den Grundsatz des sozialen Umgangs im Insolvenzverfahren mit Betonung auf Arbeiterrechte	525
<i>Vanja Seršić, Jakob Nakić,</i>	
Verwaltung der im Eigentum von Einheiten der lokalen Selbstverwaltung stehenden Güter	561
<i>Inga Vezmar Barlek,</i>	
Befugnisse des Berufungsgerichtes im Verwaltungsstreit	589

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

Aktuelle Fragen der Statusänderungen von Handelsgesellschaften
in der Republik Slowenien 607

II. Besprechungen 619

INDICE

XIX. Convegno

“Petar Simonetti (Proprietà – Obbligazioni – Processo)”

(Poreč, 17-19 aprile 2013)

I. Contributi per il Convegno:

Petar Simonetti,

Caratteristiche del diritto ad edificare e del diritto di superficie 3

Edita Čulinović Herc, Antonija Zubović,

(Mancata) comunicazione delle informazioni relative alle modifiche nella struttura corporativa di una società per azioni quotata in borsa e riflessi sul passaggio della detenzione del controllo – nuove forme di disponibilità delle azioni al di sotto del radar dei regolatori 37

Dario Đerđa,

Tutela delle aspettative legittime nel diritto amministrativo 83

Bosiljka Britvić Vetma,

Sanatoria degli edifici costruiti abusivamente 115

Sandra Laleta,

Contratto di lavoro unico 139

Romana Matanovac Vučković, Hano Ernst,

L'esecuzione forzata sul marchio – come affrontare la lacunosità normativa? 173

Ana Keglević,

Tutela del singolo assicurato nel contratto di assicurazione - questioni aperte ed incertezze 209

Ivan Tot,

Termini legali per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie derivanti da transazioni commerciali nel diritto dell'Unione europea 239

Jadranko Jug,

Diritti reali sul demanio marittimo? 277

Aldo Radolović,

Il principio di divieto di causazione del danno quale (possibile)
 garanzia di un reale risarcimento del danno 307

Maja Bukovac Puvača,

Le indennità statali per le vittime di reati penali in Croazia 333

Dionis Jurić,

Politica remunerativa degli istituti di credito nel diritto croato
 ed europeo 359

Nataša Žunić Kovačević, Stjepan Gadžo,

L'istituto della garanzia tributaria legale in seguito alla novella della
 Legge tributaria generale del 2012: il C.D. «Piercing the Corporate
 Veil» delle società commerciali nell'ipotesi di abuso del diritto 393

Gabrijela Mihelčić, Domagoj Vučkov,

L'assicurazione di confisca del profitto derivante da delitto
 o contravvenzione su beni immobili e mobili 417

Justina Bajt,

Disciplina giuridica delle infrastrutture lineari 443

Sanja Grbić, Dejan Bodul, Ante Vuković,

Il ruolo del consiglio prefallimentare nei procedimenti di accordi
 prefallimentari alla luce dell'art. 6 della Convenzione europea
 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 471

Alen Rajko,

Accertamento dei fatti e procedimento probatorio nel contenzioso
 amministrativo 495

Vanja Smokvina, Dejan Bodul, Ante Vuković,

Il principio della condotta socialmente responsabile nel procedimento
 fallimentare con particolare attenzione per i diritti dei lavoratori 525

Vanja Seršić, Jakob Nakić,

Gestione dei beni di proprietà dell'amministrazione locale 561

Inga Vezmar Barlek,

Poteri della Corte d'Appello nel contenzioso amministrativo 589

Saša Prelič, Jerneja Prostor,

Questioni attuali sul riassetto delle società commerciali nella
Repubblica di Slovenia 607

II. Recensioni 619

ODLIKE PRAVA GRAĐENJA I SUPERFICIJARNOG PRAVA

Dr. sc. Petar Simonetti,
umirovljeni sveučilišni redoviti profesor
Rijeka

UDK: 347.242
347.256
349.44
Ur.: 16. studenog 2011.
Pr.: 18. siječnja 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pravo građenja kao i superficijarno pravo pravno razdvaja trajnu zgradu od zemljišta kao potpuno samostalnu nekretninu, ali, za razliku od superficijarnog prava, pravo građenja se po zakonu smatra samostalnom nekretninom, a zgrada na njemu izgrađena ili njime naknadno odvojena od zemljišta njegova je neraskidiva pripadnost (priraštaj). Pravom građenja se ne ukida načelo superficies solo cedit već se samo prirodno zemljište zamjenjuje umjetnim pravom građenja kao drugim zemljištem. Pravo građenja je istovremeno ograničeno stvarno pravo na tuđem ili vlastitom zemljištu i samostalna nekretnina sa zgradom koju pravno odvaja od zemljišta. Zato se na temelju pravnog posla stjele ili mijenja ili prestaje to pravo dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu. Pravo građenja može se otuđiti, naslijediti i opteretiti; ima tri bitne funkcije: socijalnu, jer snižuje troškove izgradnje za iznos cijene zemljišta; gospodarsku jer omogućava stalno pritjecanje gradske rente u imovinu vlasnika zemljišta, i pravnu koja omogućava pravno razdvajanje zemljišta i zgrade. Pravo građenja, za razliku od ostalih stvarnih prava, pored zakonskog ima i sadržaj određen pravnim poslom (akcidentalnim i dispozitivnim) koji postaje njegov integralni dio upisom u zemljišnu knjigu.

Ključne riječi: vlasništvo, pravo građenja, funkcije, sadržaj, obilježja.

UVOD

Potreba građenja vlastite zgrade na tuđem zemljištu postoji od vremena od kada se ustalilo privatno vlasništvo na građevinskom zemljištu daleko prije raspada kolektivnog vlasništva na ostalom zemljištu. Ovo potvrđuje evolucija ustanove *superficies* u rimskom i pandektnom pravu kao i njen utjecaj na oblikovanje srodnih ustanova u suvremenim pravnim sustavima kontinentalne Europe među kojima je i ono najudaljenije - pravo građenja.¹

1 Simonetti, P., Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe, u: Zbornik na trudovi od međunaroden simposium «Suvremenoto pravo,

Pravne ustanove koje ovlašćuju titulara da ima vlastitu zgradu na tuđem zemljištu u drugim europskim zemljama moguće je svrstati u dvije skupine: a) pravo građenja i superficijarno pravo (pod različitim nazivima) u državama s privatnopravnim uređenjem i b) sada već povijesno pravo korištenja građevinskog zemljišta u socijalističkom vlasništvu u bivšim socijalističkim državama i Sovjetskom Savezu.² U tu skupinu spada i pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu u FNRJ/SFRJ koje je iscrpno obrađeno u drugim radovima.³

U ovom članku se u sažetom obliku prikazuju odlike (funkcije, sadržaj i priroda) prava građenja u usporednom pravu. Tekst se ograničava na ustanove prava građenja u njemačkom, austrijskom, hrvatskom i bosanskom pravu, točnije pravu Republike Srpske jer je istovjetna ustanova u Federaciji Bosne i Hercegovine oblikovana tek u radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima koju je radna skupina GTZ-a 2006. godine predala Ministarstvu pravde Vlade Federacije BiH.⁴ Obradeni su bitne odlike talijanskog superficijarnog prava radi isticanja specifičnosti prava građenja. Sasvim je sažet osvrt na suvremene pravne ustanove koje pravno razdvajaju zemljište i zgradu kao dvije posve samostalne nekretnine u europskim građanskim pravima te u japanskom pravu i pravu Québeca (Kanada) učinjen je na drugom mjestu.⁵ U posebnom djelu rada obrađene su ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade i pravo služnosti građenja prema radnom Nacrtu Zakona o svojini

pravna nauka i Justinijanova kodifikacija, TOM I., Univerzitet Sveti Kiril i Metodij, Skopje, Pravni fakultet «Justinijan prvi» - Skopje, 2004.

- 2 Šire o pravima na zemljištu u socijalističkom vlasništvu, Simonetti, P., Pravo građenja, NIO "Službeni list SR BiH" i NIO SI. list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986., str. 97 – 108.
- 3 Simonetti, P., Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu, Informator, Zagreb, 1985.; isti: Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., knjiga 1.
- 4 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 76/06., 114/06., 141/08., 38/09., 153/09 (čl. 280.-295.); Radni nacrt Zakona o stvarnim pravima za oba entiteta BiH, objavljen je u Zborniku radova, Četvrto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog zakonodavstva i pravne prakse, (Neum 16., 17. i 18. lipnja 2006. god.), izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru i Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Mostar, 2006. Nakon toga Republika Srpska donijela je Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08. i 58/09. (čl. 286.-302.) koji se podudara s radnim Nacrtom. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik DB BiH br.11/01., 8/03. i 40/04. uredio je ustanovu prava građenja (čl. 74.-90.). Za njemačko pravo vidjeti tekstove Petar Simonetti: Pravo građenja, NIO Službeni list SRBIH i NIU Službeni list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986. i tamo citiranu pravnu literaturu, uz noviju literaturu koja se citira u ovom radu; za hrvatsko pravo građenja, isti: Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2., 1998.; isti: Osnivanje prava građenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2., 1999.; a za bosansko pravo isti: Pojam, pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima (čl. 300.-315.) Federacija BiH i Republike Srpske, Zbornik Aktualna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, izd. Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2006.
- 5 Simonetti, P., Pravo građenja kao oblik raspolaganja građevinskim zemljištem jedinica lokalne samouprave, Informator, 5263 – 63 od 27. i 30.7. 2005.; isti: Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 16. – 24.

i drugim stvarnim pravima Republike Srbije.⁶

1. OPĆI PREGLED USTANOVE PRAVA GRAĐENJA PREMA NJEMAČKOM, AUSTRIJSKOM, HRVATSKOM I PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Ustanove prava građenja i superficijarnog prava oblikovane su tijekom 20. stoljeća u gotovo svim suvremenim europskim pravima. Budući da se hrvatska i bosanska ustanova prava građenja ugleda na austrijsko pravo (*Baurecht*)⁷ i da je analogna ustanova još potpunije uređena u pravnom izvoru njemačkog nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht*),⁸ one se izlažu pod zajedničkim nazivom *pravo građenja* (kad se međusobno pododaraju) *s mjestimičnim osvrtima na ustanovu talijanskog superficijarnog prava (diritto di superficie)*.⁹ Ustanova prava građenja u pravu Republike Srpske i u radnom Nacrtu FBiH Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08, 58/09¹⁰ (čl. 286.-302.) i Nacrtu ZSP Federacije Bosne i Hercegovine podudara se s pravnom ustanovom hrvatskoga prava građenja. U tome dijelu istovjetan je Zakon o stvarnim pravima s radnim Nacrtom za FBiH, samo se promijenila numeracija jer je Zakon RS ispustio ustanovu zemljišnog duga. Austrijski Zakon o pravu građenja od 26.4.1912. važio je u austrijskim krunovinama Istri i Dalmaciji do 1.7.1929. od kada se primjenjivao talijanski Građanski zakonik na onom području koje je nakon Prvog svjetskog rata bilo ustupljeno Kraljevini Italiji (1920. i 1924.).¹¹ Na preostalom području - područje Apelacionog (ranije

6 Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08., 58/09.; Simonetti, P., Ustanove pravnom razdvajanja zemljišta i zgrada i pravo služnosti (službenosti) građenja prema Nacrtu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije, Pravni život, god. LVII, br. 11., 2008., tom III, str. 113. – 155.

7 Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBI 86 betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz - Bau RG) idF der BG 30. 6. 1977. BGBl 403 und 25. 4. 1990. BGBl 258 (Auszug: §§ 1 bis 14, 20)

8 Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBI S 72, 122/ BGBl III 403-6), zuletzt geändert durch Art 2 § 1 Gesetz vom 21. 9. 1994. (BGBl I 2457). Uredba o nasljednom pravu građenja stupila je na snagu 22. siječnja 1919. Pravni odnosi zasnovani do stupanja na snagu Uredbe uređuju se dotadašnjom ustanovom nasljednog prava građenja (§§ 1012 – 1017 BGB Bürgerliches Gesetzbuch koji je stupio na snagu 1. siječnja 1900.) kako određuje prijelazna odredba iz § 38. Uredbe.

9 Art. 952-956 Codice civile od 20. 3. 1942.

10 Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08., 58/09. (čl. 286.-302.) i Nacrtu ZSP Federacije Bosne i Hercegovine.

11 Istra, Rijeka, kvarnerski otoci, Zadar i na jugu otoci Lastovo i Palagruža, o prelaženju suvereniteta Kraljevine Italije na ovo područje i o primjeni dotadašnjih zakona vidjeti Rapallski ugovor od 12. studenog 1920., a za Rijeku, Rimski ugovor od 27. siječnja 1924. te o rješavanju pravnih pitanja koja su time nastala - Nettunske konvencije od 20. srpnja 1925: objavljeni u publikaciji Zakoni, ugovori i konvencije s Kraljevinom Italijom, Knj. 1. i Zakon o Nettunskim konvencijama, Zbirka zakona, Sv. 105., Geca Kon, Beograd, 1929. Primjena talijanskog Građanskog zakonika iz 1865. započela 1. srpnja 1929.; vidi: Lenac, R., Kućna *communio pro diviso* (etažna svojina), Zagreb, 1939., str. 8. i 9.; Butera, A., *La comproprietà di case per piani*, UTET, Torino, 1933., str. 15.; Korlević, M., Uprava i sudstvo u Istri

Zemaljskog) suda u Splitu i dalje se primjenjivao austrijski Zakon o pravu građenja sve do 6.4.1941.¹²

Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svojega nositelja da na površini njime opterećenog zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a vlasnik zemljišta je dužan to trpjeti (čl. 280. st. 1. ZV).¹³ Identične su odredbe iz člana 186. st. ZSP RS i u čl. 300. Nacrta FBiH.¹⁴

Sintagma «nečije zemljište» s jedne strane sugerira da se pravo građenja, *argumentum a contrario* ne može osnovati na zemljištu koje nije u nečijem vlasništvu. Na zemljištu koje je opće dobro, odnosno javno dobro u općoj uporabi ne može se osnovati pravo građenja, kao nijedno drugo stvarno pravo,¹⁵ ako za javno dobro u općoj uporabi nije nešto drugo zakonom propisano.¹⁶ Na tim dobrima se pod određenim uvjetima može osnovati koncesijsko pravo koje odvaja zemljište i trajnu zgradu ili drugu građevinu dok koncesija traje.¹⁷ S druge strane, pravo građenja ne mora opterećivati samo tuđe zemljište jer se ono može osnovati i u korist vlasnika zemljišta ili na njega prenijeti pravnim poslom ili nasljeđivanjem. Zakon propisuje: «Vlasnik zemljišta može biti nositelj prava građenja na svome zemljištu».¹⁸

Objekt prava građenja može biti ne samo površina zemljišta nego i podzemlje. Prema tomu moguće je konstituirati pravo građenja na površini zemljišta u korist jedne osobe, ispod površine zemljišta u korist druge ili jedno i drugo u korist iste osobe ili vlasnika zemljišta (vlasnik može za sebe osnovati pravo građenja na površini ili ispod površine zemljišta), ali kao posve samostalne nekretnine koje se kao takve i upisuju u zemljišne knjige.

od 1918. do 1945., Vjesnik državnog arhiva u Rijeci, Sv. 2., Rijeka, 1954. Ovo područje ustupljeno je Jugoslaviji po Ugovoru o miru s Italijom 15. rujna 1947. Tim su danom prestali "vrijediti svi propisi italijanskih državnih i savezničkih okupacionih vlasti" (čl. 2. st. 3. Ukaza o proširenju važnosti zakona i drugih pravnih propisa na područje pripojeno teritoriju Federativne Narodne Republike Jugoslavije po Ugovoru o miru s Italijom, Sl. list FNRJ 80/47.). Talijanski građanski zakonik iz 1865. nije poznavao ustanovu superficijarnog prava, koja je uređena Građanskim zakonikom iz 1942. (čl. 952. – 955.), ali je, kao i njegov uzor francuski Code civil (čl. 553.), dopuštao pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla (čl. 448.).

- 12 Na tom području ostaju na snazi "svi propisi izdati na osnovi Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. "L.D.Z." br. 86, a osobito naredba od 11. lipnja 1912. "L.D.Z." br. 114 i rješenje od istog datuma, objavljeno u Listu naredaba Ministarstva pravde br. 28, dalje svi propisi izdani na temelju carske naredbe od 19. ožujka 1916. "L.D.Z." br. 69 o stjecanju stvarnih prava na neupisanim zemljištima i zgradama, a osobito Naredba Ministra pravde od 26. ožujka 1916. godine". (vidi prijelazne odredbe Pravilnika za vođenje zemljišnih knjiga od 17. siječnja 1931.).
- 13 Zakon o vlasništvu i dugim stvarnim pravima, NN 91/96., 168/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09. i 153/09. (čl. 280-295.).
- 14 Zakon o stvarnim pravima, Službeni glasnik Republike Srpske, 124/08. i 58/09., odnosno čl. 300. Nacrta ZSP FBiH, Nacrta FBiH. Razlika u numeraciji članka uglavnom je posljedica izostavljanja ustanove zemljišnog duga (čl. 186. – 197. Nacrta) u ZSP RS.
- 15 Čl. 3. st. 2. i 35. st. 4. i 8. ZV-a.
- 16 Čl. 35. st. 4. ZV-a.
- 17 Čl. 3. st. 4. i 9. st. 4 ZV-a, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS, kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH.
- 18 Čl. 284. st. 2. ZV-a, odnosno čl. 290. st. 2. ZSP RS kao i čl. 304. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

Temeljno ovlaštenje prava građenja nije pravo graditi, nego imati pravo vlasništva na zgradu pravno odvojenu od njime opterećenog zemljišta na površini ili ispod površine zemljišta. Pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine zemljišta stječe se kako izgradnjom zgrade (vršenjem prava građenja) na neizgrađenom zemljištu ili ispod površine zemljišta, tako i pravnim odvajanjem postojeće zgrade od zemljišta: otuđenjem zgrade, a zadržavanjem prava vlasništva na zemljište ili obrnuto, otuđenjem zemljišta, a zadržavanjem prava vlasništva na zgradu ili otuđenjem zgrade jednoj osobi, a zemljišta drugoj ili jednostavno razdvajanjem zemljišta i zgrade u vlasništvu iste osobe. U jednom i u drugom slučaju nositelj prava građenja ima pravo nakon rušenja zgrade ponovo izgraditi zgradu na pravu građenja, ako nije što drugo određeno zakonom ili pravnim poslom, odnosno odlukom suda ili drugog nadležnog tijela o osnivanju prava građenja.

Pravo izgraditi zgradu esencijalno je ovlaštenje prava građenja samo ako je osnovano na neizgrađenom građevinskom zemljištu, jer se ono osniva na neizgrađenom građevinskom zemljištu upravo radi stjecanja prava vlasništva na zgradu njenom izgradnjom. Kada nositelj prava građenja ne bi imao ovo ovlaštenje ili kada bi ono ovisilo o volji vlasnika opterećenog zemljišta postojalo bi neko drugo pravo koje se ne bi uklapalo u sadašnji sastav i broj stvarnih prava (*numerus clausus*) pa bi imalo obveznopravni karakter pod potestativnim uvjetom, jer su stvarna prava kreacija zakonodavca, a ne slobodne dispozicije osoba u pravnom odnosu, slobode ugovaranja. Perfektan ugovor o stjecanju prava građenja je samo *iustus titulus*, a dvostruki upis u zemljišne knjige je *modus aquirendi* tj. način stjecanja toga prava.

Ovlaštenje ponovnog građenja, nakon rušenja postojeće zgrade, je dispozitivno jer je moguće pravo građenja na izgrađenoj građevinskoj čestici i bez toga ovlaštenja tj bez prava ponovnog građenja. U tom slučaju pravo građenja prestaje kada se sruši zgrada (ispunjenjem raskidnog uvjeta). Budući da je pravo građenja stvarno pravo ono djeluje prema svima pa i protiv svagdašnjeg vlasnika opterećenog zemljišta koji je dužan trpjeti takvo ograničenje svoga prava vlasništva. Pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom.¹⁹ Zato je zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja, pripadnost toga prava kao da je ono zemljište.²⁰ Prema tomu nekretnina, u pravnom pogledu je i samo pravo građenja, kao i pravo građenja sa zgradom izgrađenom na zemljištu opterećenim pravom građenja ili njime naknadno pravno odvojenom od zemljišta. Pravo građenja ima dvostruku pravnu prirodu, ono je istovremeno ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina (u pravnom pogledu) sa zgradom ili bez zgrade u vlasništvu nositelja prava građenja. Zato se ovo pravo osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu: kao ograničeno stvarno pravo u C listu zk uložka u kome je upisano opterećeno zemljište i kao samostalna nekretnina u novoosnovanom zemljišnoknjižnom ulošku koji je povezan sa zk uloškom u kojem

19 Čl. 280. st. 2. ZV. Tako i čl. 286. st. 2. ZSP RS odnosno čl. 300. st. 2. Nacrta FBiH.

20 Čl. 280. st. 3. ZV-a kao i čl. 286. st. 3. ZSP RS, odnosno čl. 300. st. 3. Nacrta FBiH.

je upisano opterećeno zemljište (primjerice čl. 34. hrv. ZZK).²¹ Kao samostalna nekretnina pravo građenja je objekt prava vlasništva i prije izgradnje zgrade.

Suvremeno pravo građenja i superficijarno pravo razdvajaju pravni monolit zemljišta i zgrade kao dvije posve samostalne nekretnine - dva objekta prava vlasništva. Oba prava neutraliziraju privlačnu pravnu snagu zemljišta, pa se zgrada *in statu nascendi* od "kamena temeljca" pravno odvaja od zemljišta. Temeljna razlika između te dvije pravne ustanove je što pravo građenja preuzima ulogu zemljišta (prava vlasništva na zemljište) kao "pravno zemljište", kako kažu njemački pravnici, pa je zgrada priraštaj "otjelovljenog" ili "postvarenog" prava građenja, kao da je ono zemljište, dok se superficijarno pravo iscrpljuje neutralizacijom atrakcijske pravne veze između zemljišta i zgrade.

Po talijanskom superficijarnom pravnom sustavu zgrada je jednostavno predmet superficijarnog vlasništva (*la proprietà superficaria*, art. 952-955. CC-a).²² Zgrada je nekretnina koja je pravno odvojena od zemljišta superficijarnim pravom: ona nije pripadnost toga prava već posve pravno autonomna stvar. Superficijarno pravo poništavajući atrakcijsku snagu prava vlasništva zemljišta, dakle, ne preuzima njegovu ulogu, poput njemačkog, austrijskog i hrvatskoga prava građenja, kao i prava građenja entiteta BiH te prava građenja BD BiH.²³

21 Zakon o zemljišnim knjigama, NN 91/96., 114/01., 100/04., 107/07. i 152/08.

22 Talijanski Codice civile od 20.3.1942. Stavljajući težište na superficijarno vlasništvo u nekim poznatim talijanskim standardnim udžbenicima građanskog prava se ustanova superficijarnog prava svrstava uz ustanovu prava vlasništva, a ne među stvarna prava na tuđoj stvari (Messineo, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965., str. 532-537.; Trabbucchi, A., *Instutuzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 1994., str. 457-463.); u drugim, također, uglednim udžbenicima superficijarno pravo se obrađuje među stvarnim pravima na tuđoj stvari, tako npr. Galgano, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 1996., str. 162-163.; Zatti, P., Colussi, P., *Lineamenti di diritto privato*, CEDAM, Padova, 1993., str. 236. i dalje. Među autorima koji su se najiscrpnije bavili ovom pravnom ustanovom ističe se Salis, L. koji je objavio dvije monografije. U jednoj (1936.) je obradio superficijarno vlasništvo prema starom talijanskom Građanskom zakoniku iz 1865. (*La proprietà superficaria*), a u drugoj (UTET, Torino, 1968.) - superficijarno pravo prema sadašnjem Građanskom zakoniku od 20.3.1942. (*La superficie*); zatim: Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, 1947., Pugliese, G., *Della superficie*; Zaccagnini, M. *Pravo građenja u novije vrijeme*: Guarneri, A., *Superficie*, U: *Digesto civile*, UTET, Torino, 1999., vol. XIX, str. 206.; Bessone, A., Di Paolo, M., *Superficie (diritto civile)*, U: *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1993.; Guarneri, A., *Superficie*, *Rivista di diritto civile*, 1986., N°2, 1991., N°4, 1996., N°4 i Barca, A. - Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004., koji su konzultirali ogroman broj znanstvenih djela i sudskih odluka.

23 Austrijski Zakon o pravu građenja propisuje da se na osnovi prava građenja ima pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine zemljišta (§ 1. st. 1.). Isto, propisuje i njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja (§ 1. st. 1.), hrvatski ZV (čl. 280. st. 1.) i ZSP RS (čl. 286. st. 1.), ZV BD BiH (čl. 74.st.1.) kao i talijanski Građanski zakonik (čl. 952. i 955.).

2. PRAVNA PRETPOSTAVKA ZA PRAVO GRAĐENJA I SUPERFICIJARNO PRAVO

2.1. Pravna pretpostavka za pravo građenja: trajna veza zemljišta i zgrade

Pravna pretpostavka za pravo građenja i superficijarno pravo je pravno jedinstvo zemljišta i zgrade, a ono postoji kada je zgrada trajna. Trajna, a ne čvrsta veza pretpostavka je pravnog jedinstva zemljišta i zgrade (čl. 2. st. 3. i 9. st. 3. ZV), čl. 7. st. 4. ZV BD BiH, odnosno čl. 14. st. 1. ZSP RS kao i čl. 14. st. 1. Nacrta ZSP FBiH).

Ona trajna naprava koja se ne bi mogla smatrati zgradom u pravnom smislu ne može se ni pravno odvojiti od zemljišta, osim ako je zakonom ili odredbom vlasnika pripadak (pertinencija) neke druge nekretnine. S druge strane, zgrada koja nije trajno vezana za zemljište nije ni priraštaj zemljišta, ima svoju samostalnost bez prava građenja ili drugog stvarnog prava.²⁴ Zato se mora utvrditi pojam zgrade i podsjetiti se na pravne pretpostavke za priraštaj, tj. pravno jedinstvo zemljišta i zgrade.

Privremena zgrada je po samom zakonu pravno odvojena od zemljišta. Hrvatski ZV propisuje: «No, nisu dijelovi zemljišta one zgrade i drugo što je s njim spojeno radi neke prolazne namjene» (čl. 9. st. 3.). Ova odredba je suvišna jer su nekretnine i po tome Zakonu «čestice zemljine površine, zajedno sa svim što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako Zakonom nije drugčije podređeno» (čl. 2. st. 3.). «Što je na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno, a namjenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drugčije s njom trajno spojeno, ako je dio te nekretnine sve dok se od nje ne odvoji» (čl. 9. st. 3.). *Argumentum a contrario*, sve što je na nekretnini, iznad ili ispod njene površine izgrađeno ili je u nekretninu ugrađeno, nadograđeno ili dograđeno u prolazne svrhe nije dio nekretnine. Osnovna pretpostavka za pravo građenja jeste pravno jedinstvo zemljišta i zgrade (*supra*). Ono se osniva radi pravnog razdvajanja zemljišta i sadašnje ili buduće zgrade koja će se izgraditi na zemljištu opterećenom pravom građenja.

Pravo građenja može se konstituirati, dakle, i na nekretnini koja se sastoji od zemljišta i trajne zgrade. U tom slučaju postojeća trajna zgrada postaje pripadnost, odnosno bitni sastavni dio prava građenja, pa je nositelj prava građenja, odnosno vlasnik toga prava kao samostalne (umjetne) nekretnine, istovremeno kao sastavni dio toga prava - vlasnika zgrade.

24 Guarneri, A., *Superficie in Digesto civile*, UTET, Torino, 1919., vol. 19, 213.

2.1.1. Pojam zgrade u kontekstu ustanove prava građenja i ustanove superficijarnog prava

Kako zakoni ne propisuju definiciju pojma zgrade, sa stajališta ustanove prava građenja, to mora učiniti sudska praksa i pravna znanost koja uopćava i sistematizira sudsku praksu. Ni austrijski Zakon o pravu građenja, određujući pojam građevine (čl. 2., st. 2., 4. i 5.), naime, ne daje definiciju zgrade. Takvu definiciju ne daje ni njemačko nasljedno pravo građenja, kao ni talijansko superficijarno pravo; nema je ni u ustanovi hrvatskog, kao ni bosanskog prava građenja.

Pojam zgrade nije univerzalan već ovisi o konkretnom pravnom uređenju, dometu ustanove prava građenja odnosno o interpretaciji ove pravne ustanove prema konkretnim okolnostima uzimajući u obzir pravno shvaćanje koje se oblikovalo u određenom pravnom poretku.

U talijanskoj pravnoj znanosti vrlo se široko definira pojam zgrade kao nekretnine koja se može pravno odvojiti od zemljišta superficijarnim pravom. Tako npr. prema Salisu zgrada je ona naprava koja služi za trodimenzionalnu izolaciju jednog prostora na površini ili ispod površine zemljišta.²⁵ Nasuprot tomu, prema nekima su objekt superficijarnog prava čak i željezničke i tramvajske tračnice.²⁶

Pojam građevine, koja se može odvojiti od zemljišta nasljednim pravom građenja, prema Ringu, obuhvaća sve trajne ljudske naprave koje mijenjaju namjenu zemljišta, a to su osim zgrada različitih namjena i lučka postrojenja, žičare, uspinjače, zdenci, vodoscoci, spomenici, pa čak i naprave za melioraciju zemljišta, kao što su kanali za navodnjavanje ili za odvodnjavanje.²⁷ Po hrvatskom i bosanskom pravu zemljište koje pokriva željeznička pruga po namjeni je dobro u općoj uporabi, a na takvim se nekretninama ne može konstituirati pravo građenja, ali može koncesija koja pravno odvaja zemljište zgrade i druge građevine (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV, čl. 7. st. 4. ZV BD BiH, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH).²⁸ U druge građevine spadaju i primjerice željezničke tračnice.

Drugi autori navode da je zgrada u smislu njemačkog nasljednog prava građenja (Uredbe) i teren za golf; za tenis itd.²⁹ U jednom novijem djelu se, također,

25 Salis, L., *La superficie*, Unione tipografica, ed. Torinese, Torino, 1968., str. 59.

26 Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, str. 103 – 104; Lucci, A., *Del diritto di superficie della proprietà del sottosuolo*. Marghieri, Napoli, UTET, Torino, 1927, str. 127. Pugliese, G., *Della superficie*, u: *Commentario del Codice civil*, Zanichelli, Bologna, Foro Italiano, Roma, 1976, str. 584. Suprotno Salis (str.48) koji smatra da se na javnom dobru ne može konstituirati superficijarno pravo, pa prema tomu ni željezničke tračnice i druge naprave na javnom zemljištu ili ispod njegove površine nisu pravno odvojene od zemljišta superficijarnim pravom.

27 Ring, J., *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III Band, II Aufl., str. 880-881.

28 Čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV, čl. 7. st. 4. ZV BD BiH, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH.

29 Ripfel/Schütze, *Erbbaupertrag*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993. Baur/Stürmer, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1999., C I., § 29., 4., str. 339.

vrlo široko definira pojam građevine s stajališta nasljednog prava građenja, kao svaka samostalna naprava na površini ili ispod površine zemljišta. Pored zgrada – zatvorenih prostora, koji imaju ulaz za ljude, a namijenjene su različitim svrhama, ovamo spadaju prometne građevine: ceste i parkirališta, željeznička postrojenja i željezničke tračnice; mostovi i vijadukti; lučka postrojenja; zatim postrojenja za “snabdijevanje”, npr. cjevovodi različitih namjena i s njima povezani šahtovi i ozidani bunari; masivni bazeni; zatim riječne skele, žičare, rudarska postrojenja, visoke peći, tankovi za plin od 900 m³ i veći; potom sportski tereni itd. Nisu zgrade i druge građevine u kontekstu ove pravne ustanove, naprave koje su izgrađene isključivo od zemlje (npr. zemljani nasipi, kanali).³⁰ Po ovome proizlazi da se po njemačkom pravu može konstituirati nasljedno pravo građenja i na javnom dobru u općoj uporabi.

3. FUNKCIJE PRAVA GRAĐENJA

Pravo građenja po svojoj namjeni bitno se razlikuje od ostalih ograničenih stvarnih prava. Ono zadovoljava tri bitne svrhe: pravnu, socijalnu, gospodarsku, stoga se mora promatrati i kao sredstvo (funkcija) za ostvarenje ovih svrha.

3.1. Općenito o pravnoj, socijalnoj i gospodarskoj funkciji prava građenja

Ustanova prava građenja omogućava graditelju da pribavi građevinsku česticu uz relativnu malu periodičnu naknadu, koju plaća svakodobni nositelj prava građenja do njegova prestanka. Nositelj prava građenja može pribaviti hipotekarni kredit zalažući to pravo i prije početka izgradnje zgrade. Pravo građenja se, naime, može hipotekarno založiti kao “drugo zemljište”, odnosno kao zemljište u pravnom smislu - “otjelovljeno pravo”. Hipoteka se s prava građenja širi na zgradu u tijeku građenja (*in statu nascendi*) kao na pripadnost toga otjelovljenog prava (bitni sastavni dio po dikciji njemačkog prava). Stjecanjem prava građenja njegov nositelj stječe, dakle, sposobnost da ga hipotekarno optereti i da zahvaljujući tomu pribavi stambeni kredit, koji bez hipotekarnog jamstva ne bi pribavio. S druge strane, osnivanjem prava građenja općine i gradovi zadržavaju pravo vlasništva na zemljištu i stječu stabilan izvor stalnog prihoda za ulaganja u komunalnu infrastrukturu i komunalno uređenje neizgrađenog građevinskog zemljišta.

U Njemačkoj je 1907. objavljen program zemljišne reforme koji je značajno utjecao na oblikovanje ustanove nasljednog prava građenja. Reformatori su istakli nekoliko ciljeva koji bi se morali postići reformom nasljednog prava građenja, koje je bilo vrlo apstraktno uređeno Građanskim zakonikom iz 1896. (§§ 912.-917.) tako da je širokom slobodom ugovaranja mogućavao ekonomski jačoj ugovornoj strani

30 Helmut Freiherr von Oefele/Dr. Karl Winkler, *Handbuch des Erbbaurechts*, CH Beck sche Verlangsbuchlandlung, München, 1995., glava druga, odsjek II i tamo navedena stajališta sudske prakse.

(po pravilu vlasniku zemljišta) oblikovanje prava građenja na štetu ekonomski slabijeg ugovaratelja. Zahtjevi programa zemljišne reforme bili su:

1. siromašnim slojevima stanovništva uz smanjenje izdataka omogućiti dobivanje krova nad glavom;

2. umjesto individualnog vlasnika, općina (grad) koja se brine o komunalnoj infrastrukturi, komunalnom uređenju i planiranju urbanog prostora, prisvaja gradsku rentu;

3. spriječiti otuđenje općinskog (gradskog) zemljišta;

4. onemogućiti špekulaciju u prometu građevinskim zemljištem.³¹

Pod utjecajem tih zahtjeva u Njemačkoj je 15. siječnja 1919. godine, Vlada Weimarske Republike donijela Uredbu (sa zakonskom snagom) o nasljednom pravu građenja (Errbauerchtordnung).³² U osnovi isti razlozi motivirali su i austrijskog zakonodavca, da ne čekajući noveliranje OGZ-a (Nacrt novela sadržavao je i odredbe o pravu građenja),³³ zbog hitnih socijalnih potreba, 26. travnja 1912. godine, donese Zakon o pravu građenja, ali se u § 435 noveliranog OGZ-a navodi pravo građenja.³⁴

3.1.1. *Pravna funkcija prava građenja*

Pravo građenja, iako je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu pravno odvaja zgradu od zemljišta kao posve samostalnu nekretninu u odnosu na zemljište (čl. 280. st. 1. ZV), tako i ZSP RS (čl. 286. st. 1.) kao i Nacrt ZSP FBiH (čl. 300. st. 1.). Poništavajući privlačnu snagu prava vlasništva na zemljištu, pravo građenja preuzima ulogu zemljišta. Ono je po zakonu drugo zemljište, umjetno zemljište pa je zgrada njegova pripadnost "kao da je ono zemljište" (čl. 280. st. 3. ZV, odnosno čl. 286. st. 3. ZSP RS kao i čl. 300. st. 3. Nacrta FBiH). Osnivajući pravo građenja, dakle ne ukida se načelo *superficies solo cedit*, već se samo zamjenjuje objekt koji privlači zgradu. Na mjesto prirodnog zemljišta dolazi pravo građenja, kao drugo zemljište, odnosno druga nekretnina ako je zgrada već izgrađena (čl. 280. st. 2. ZV, odnosno čl. 286. st. 2. ZSP RS kao i čl. 300. st. 2. Nacrta ZSP FBiH) pa je zgrada koja je izgrađena na pravu građenja ili njime odvojena od zemljišta njegova pripadnost (priraštaj), dok ono postoji jer nema prava koje bi moglo razdvojiti zgradu od prava građenja.

Pravo građenja osniva se zbog pravnog odvajanja postojeće trajne zgrade od zemljišta, ili izgradnje zgrade koja bi bez prava građenja bila sastavni dio zemljišta,

31 Ring, op. cit., str. 867-869.; Weirich, H. A., Grundstücksrecht, 2. Aufl., Verlag, C.H. Beck, München, 1996., §25., I-1.; Oefele/Winkler, op. cit., glava prva, II-6. (gdje se posebno ističe borba protiv špekulacija u prometu zemljištem).

32 V. Oefele/Winkler, op. cit., glava prva, t. I. i II.; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 17. Aufl., C. H. Beck, München, 1999., § 3., str. 21., § 29., C I, str. 338.

33 OGZ je noveliran 1914., 1915. i 1916. (Vuković, M., Pravila građanskih zakonika, Uvod); ABGB und Nebeugesetze, Manz, Wien, 1966. (skupina autora).

34 Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien, 1923., str. 406-407., Mayr, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, erster Band, Reichenburg, 1923., str. 425.; Obuljen, Pravo građenja, Mjesečnik, 1912., str. 425-426.

jer će u oba slučaja nositelj prava građenja biti vlasnik zgrade. Dok to pravo postoji – postoji i taj pravni dualitet.

Budući da se pravo građenja može osnovati na površini ili ispod površine zemljišta (čl. 280. st. 1. ZV, odnosno čl. 286. st. 1. ZSP RS kao i čl. 300. st. 1. Nacrta ZSP FBiH) postoji mogućnost da jedna osoba ima pravo građenja na površini zemljišta, a druga ispod površine i da je treća osoba vlasnik zemljišta (tako uz prirodno zemljište nastaju i postoje još dvije nekretnine). Prva osoba će biti vlasnik zgrade na površini zemljišta, druga zgrade ispod površine zemljišta, a treća (vlasnik zemljišta) postaje vlasnikom tih zgrada kada prestane pravo građenja po klasičnom načelu *superficies solo cedit*, uz naknadu u iznosu za koju je zemljište vrijednije sa zgradom nego bez nje. Do tada vlasnik zemljišta ima pravo na prosječne zakupnine ako nije drugačije ugovoreno.

Nadogradnjom zgrade na temelju prava nadogradnje stječe se pravo vlasništva na posebni dio nekretnine i pravo suvlasništva na nekretninu koja se sastoji od zemljišta i zgrade ili prava građenja i zgrade (čl. 302. st. 4. ZSP RS).

3.1.2. *Socijalna funkcija prava građenja*

U uvjetima enormnih cijena građevinskog zemljišta, razmjerno se povećavaju troškovi izgradnje zgrada, odnosno cijene stanova ili najamnina za stan. Pravo na odgovarajući vlastiti stan, to temeljno pravo čovjeka i obitelji,³⁵ u takvim okolnostima za mnoge postaje gotovo nedostižno.

U razvijenim zemljama traže se različiti modaliteti stimuliranja jeftinije izgradnje zgrada, posebno socijalnih stanova i skromnih obiteljskih stambenih zgrada, a jedno od takvih sredstava je pravo građenja. Tom cilju treba služiti i hrvatsko kao i bosansko pravo građenja sukladno socijalnoj komponenti prava vlasništva i drugih stvarnih prava koju ističe Ustav RH, propisujući da su nositelji vlasničkoga prava i njegovi korisnici dužni doprinositi općem dobru (čl. 48. st. 2.) i da je socijalna pravda jedna od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3.). Ovo se posebno odnosi na jedinice lokalne samouprave koje u odnosu na druge osobe, uglavnom imaju najviše građevinskog zemljišta u svome

35 Povelja Svete Stolice o pravima obitelji od 22. listopada 1983. godine, koja je predložena svim osobama, ustanovama i predstavnicima vlasti nadležnim za poštivanje obitelji u suvremenom svijetu, poziva sve države i sve nadležne ustanove i osobe na promicanje poštivanja prava i djelotvorno priznavanje, pored ostalih i prava na stan. Pravo na stan formulirano je u čl. 11. Povelje “Obitelj ima pravo na doličan stan, pogodan za život obitelji i primjeren broju njezinih članova, u okolišu koji osigurava najneophodnije usluge za život obitelji i zajednice” (Sto godina katoličkog socijalnog nauka, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 1991., str. 568. i 569.). Države, članice Ujedinjenih naroda su se, međutim jedva suglasile da svatko ima pravo na životni standard dovoljan za njega i njegovu obitelj, uključujući primjerenu hranu, odjeću i *stan*, kao i na stalno poboljšavanje životnih uvjeta. Države ugovornice poduzet će shodne mjere za osiguravanje ostvarenja toga prava, priznajući u tu svrhu bitnu važnost međunarodne suradnje utemeljene na slobodnoj privoli - Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (dodatak Rezoluciji OSUN 2200 A (XXI) od 16. prosinca 1966.). Pakt je stupio na snagu 3. siječnja 1976. (točka 28. Odluke...), NN 12/93., Međunarodni ugovori).

vlasništvu (RH), ili su zakonom ovlaštene upravljati i raspolagati građevinskim zemljištem u državnom vlasništvu kao u FBiH³⁶ i u Republici Srpskoj,³⁷ a po Ustavu RH su dužne brinuti o socijalnim potrebama građana.³⁸

Stjecatelj prava građenja pribavlja građevinsku česticu upisom u zemljišnu knjigu, bez ikakve naknade uz obvezu plaćanja male periodične naknade (čl. 281. st. 2. ZV,³⁹ odnosno čl. 287. st. 2. ZSP RS, kao i čl. 301. st. 2. Nacrta ZSP FBiH). Budući da se to pravo može hipotekarno založiti (čl. 285. st. 2. u svezi s čl. 280. st. 2. ZV, odnosno čl. 294. i 295. ZSP RS, kao i čl. 308. i 309. Nacrta ZSP FBiH), kao svaka druga nekretnina na kojoj postoji pravo vlasništva njegovim stjecanjem, ujedno se stječe mogućnost pribavljanja hipotekarnog kredita za izgradnju zgrade.⁴⁰ Na taj se način omogućava ne samo jeftinija izgradnja, nego i kreditiranje izgradnje, dakle građenje tuđim sredstvima. Time se uveliko snižavaju cijene stambenog i poslovnog prostora te otvara mogućnost prodaje stanova i poslovnih prostorija s obročnom otplatom cijene, već tijekom izgradnje ili nakon izgradnje.

Upravo zbog toga se pravo građenja osniva prvenstveno radi izgradnje obiteljskih stambenih zgrada ili izgradnje socijalnih stanova (u višestambenim zgradama) koji se prodaju ili iznajmljuju po povoljnijim cijenama stambeno ugroženima (tzv. socijalni stanovi).

Pravo građenja, u pravilu osnivaju vlasnici velikih površina građevinskog zemljišta. To su kod nas uglavnom općine i gradovi, pa i neki gospodarski subjekti, ali ne oni koji posluju radi brze dobiti koja se ostvaruje prodajom zemljišta, odnosno spekulativnim prometom zemljišta.

Osnivanjem prava građenja gradovi i općine snizuju troškove izgradnje obiteljskih stambenih zgrada kao i troškove gradnje socijalnih stanova. Tako se potiče stambena izgradnja te izgradnja poslovnih prostorija, osobito onih koje su namijenjene za neprofitabilne djelatnosti. Osnivajući pravo građenja, vlasnici zemljišta, dakle postižu pozitivne socijalne učinke.

3.1.3. Gospodarska funkcija prava građenja

Vlasnici zemljišta, posebno općine i gradovi, redovito ne raspolažu potrebnim novčanim sredstvima za izgradnju stambenih zgrada (stanova) za socijalno ugrožene građane, pa i drugih neprofitabilnih zgrada, ali osnivajući pravo građenja potiču takvu izgradnju novčanim sredstvima drugih osoba, bilo radi zadovoljavanja vlastitih potreba (izgradnjom vlastitih poslovnih zgrada i socijalnih stanova, koji se

36 Čl. 6. Zakona o građevinskom zemljištu, Sl. novine FBiH 25/03 i 67/05.

37 Čl. 7. Zakona o građevinskom zemljištu, Sl. glasnik RS 112/06.

38 Čl. 128. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.

39 Nositelj prava građenja dužan je vlasniku zemljišta plaćati mjesečnu naknadu za zemljište u iznosu prosječne zakupnine za takvo zemljište, ako nije što drugo određeno (čl. 281. st. 2. ZV).

40 Simonetti, P., Hipoteka na pravu građenja, Privreda i pravo (Zargeb), br. 5-6, 1993.; isti, Pravo građenja kao predmet hipoteke, Informator, br. 4093. (1993.).

iznajmljuju po limitiranim najamninama), ili za tržište (izgradnja zgrada i dijelova zgrada koji se prodaju po tržišnim cijenama).

Budući da zadržavaju pravo vlasništva na zemljištu, vlasnici zemljišta koji osnivaju pravo građenja ubiru, doduše malu, ali stalnu i relativno sigurnu naknadu u mjesečnim iznosima prosječne zakupnine za takvo zemljište kada nije što drugo određeno (čl. 281. st. 2. ZV, odnosno čl. 287. st. 2. ZSP RS, kao i čl. 301. st. 2. Nacrta ZSP FBiH). Po prestanku prava građenja vlasnik zemljišta postaje vlasnikom zgrade, po načelu *superficies solo cedit*, koju mu je dužan predati u posjed posljednji nositelj prava građenja i to u ispravnom stanju, jer se na njihove odnose na odgovarajući način primjenjuju pravila po kojima se prosuđuju odnosi nakon prestanka prava plodouživanja, ako nije što posebno određeno (čl. 295. st. 2. ZV). Pri tomu je vlasnik zemljišta dužan platiti naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina vrjednija s tom zgradom, nego bez nje (čl. 295. st. 3. ZV). Tako i ZSP RS (čl. 300. st. 2. i 3.), odnosno čl. 314. st. 2. i 3. Nacrta ZSP FBiH. S time stekao pravo raspolaganja svojom nekretninom: zemljištem sa zgradom, pravo otuđiti ju, opteretiti ili ustupiti u zakup, odnosno najam po tržišnim cijenama, ili ponovo osnovati pravo građenja otuđenjem zgrade zadržavajući pravo vlasništva na zemljištu; ako ne odredi što drugo (npr. u pogledu “socijalnih stanova” koje grade osobe koje ne posluju po načelima profita).

Na taj se način uspostavlja i održava kruženje gradske rente, inkorporiranog kapitala u gradsko zemljište, što omogućava održavanje, modernizaciju, obogaćivanje i proširivanje gradske infrastrukture, gradnju socijalnih stanova i sl.

4. SADRŽAJ PRAVA GRAĐENJA

Nasuprot pravu vlasništva, pa i stvarnim služnostima čiji je sadržaj uglavnom određen zakonom, sadržaj prava građenja je zakonski i ugovorni.⁴¹

Po pravilu, zakonski sadržaj je esencijalan, ne može se izmijeniti ugovorom, odnosno aktom o osnivanju i preinaci prava građenja, ako nije drukčije određeno dispozitivnom normom. Ugovorni sadržaj prava građenja pretežno je akcidentalan, a u manjem opsegu uređen je dispozitivnim pravilima.

4.1. Zakonski sadržaj

Samo esencijalni sadržaj prava građenja određen je prisilnim (kogentnim) propisima u skladu s njegovom svrhom, pa ne može ovisiti od volje strana u pravnom odnosu. Tako npr. hrvatski ZV (kao i austrijski Zakon) propisuje da nositelj prava građenja glede zemljišta koje je opterećeno pravom građenja «ima ovlasti i dužnost plodouživatelja; svaka tome suprotna odredba je ništava» (čl. 281. st. 1.). Pravo građenja se ne može odvojiti, a od zemljišta (čl. 283.), kao ni zgrada

41 Vidi: Oefele/Winkler, op. cit., glava II. (zakonski sadržaj i zakonsko pravno djelovanje).

od prava građenja (čl. 285. st. 3.).⁴² Ovo su kogentna pravila od kojih se ni pod kojim uvjetom ne može odstupiti pravnim poslom. Nasuprot tomu, pravilo o obvezi plaćanja mjesečne naknade za zemljište u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište⁴³ ima dispozitivan karakter, ali ne ako je opterećeno zemljište u vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili u državnom vlasništvu (u entitetima BiH) jer se u tom slučaju ne može ugovoriti niža naknada za pravo građenja od tržišne cijene, osim ako je zakonom propisana iznimka.⁴⁴ Izvan tog ograničenja, u granicama autonomije volje, stranke ugovorom uređuju svoja prava i obveze suglasno svojim interesima.

Figurativno, sadržaj prava građenja možemo obilježiti dvjema koncentričnim kružnicama. U onu s manjim promjerom ulazi nepromjenjivi esencijalni sadržaj prava građenja, koji je određen kogentnim propisima. U prostoru koji se nalazi između manje i veće kružnice nalazi se ugovorni, tj. varijabilni sadržaj prava građenja određen voljom osnivača i stjecatelja, odnosno vlasnika zemljišta i nositelja prava građenja (*naturalia, accidentalia negotii*).

4.2. Ugovorni sadržaj

Širokom slobodom ugovaranja, ugovorom se omogućava značajniji utjecaj vlasnika zemljišta na formiranje sadržaja prava građenja, jer je on u pravilu ekonomski jača strana. Taj utjecaj, međutim, ne može ići toliko daleko da ugrozi socijalnu svrhu prava građenja, a upravo pomoću esencijalnog sadržaja štiti se, u značajnoj mjeri, kao što ćemo kasnije vidjeti, ekonomski slabija strana. Ako bi zbog premoćnog utjecaja vlasnika zemljišta bila toliko sužena ovlaštenja nositelja prava građenja ili ako bi mu bile nametnute takve obveze da bi uslijed toga bio doveden u neravnopravan položaj, zbog čega bi bila ugrožena i svrha prava građenja, ugovor bi bio apsolutno ništetan. Prema tomu ugovorni sadržaj mora odražavati socijalni cilj prava građenja, ili barem ne smije biti u kontradikciji s tim ciljem koji se po imperativnom propisu ostvaruje ugovorom o osnivanju prava građenja. Budući da pravo građenja u pravilu osnivaju gradovi, odnosno gradske općine i da je ugovorni sadržaj uglavnom utvrđen tipskim ugovorom,⁴⁵ rijetko će se dogoditi da zbog neznanja ili drugih razloga nenamjerno dođe u sukob s kogentnim propisima.

Razumije se da ugovorni sadržaj prava građenja stječe stvarnopravnu prirodu s uknjižbom u zemljišnu knjigu, jer se i pravo građenja stječe uknjižbom u zemljišnu knjigu, i time postaje integralni dio zakonskog sadržaja prava građenja. One odredbe ugovornog sadržaja koje nisu upisane u zemljišnu knjigu, kao sadržaj

42 Tako i čl. 287. st. 1., 289. i 291. st. 3. ZSP RS, odnosno čl. 301. st. 1., 303. i 305. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

43 Čl. 281. st. 1. ZV-a, odnosno čl. 287. st. 2. ZSP RS, kao i čl. 301. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

44 Čl. 391. ZV-a, odnosno čl. 348. st. 1. ZSP RS kao i čl. 365. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

45 Vidi: Ripfel/Schütze, *Erbbaurecht*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993., (Heidelberg Musterverträge).

prava građenja, zadržavaju svoju obvezno-pravnu prirodu, djelujući između strana ugovornica, bez utjecaja prema trećima.

Njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja vrlo iscrpno određuje koji se pravni odnosi mogu urediti ugovorom. Ali te odredbe uglavnom nemaju supsidijarni karakter, tako da bi važile ako sudionici drukčije ne odrede, već one samo predviđaju mogući ugovorni sadržaj nasljednog prava građenja (*accidentalia negotii*). Tako npr. ako stranke nisu ugovorile obavezu podizanja zgrade u određenom roku (§ 2. t. 1.) ta obveza ne postoji po Uredbi jer ju ne određuje ni dispozitivna norma, ali ju je moguće ugovoriti.

Sadržaj prava građenja u granicama slobode ugovaranja određuje se ugovorom o osnivanju prava građenja, kao i ugovorom o njegovoj preinaci. Budući da pravo građenja može osnovati za sebe i sam vlasnik zemljišta, jer on može biti nositelj prava građenja na svojem zemljištu njegov se sadržaj određuje jednostranim pravnim poslom o osnivanju toga prava upisom u zemljišnu knjigu kao i jednostranim pravnim poslom o njegovoj preinaci. Bilo da se sadržaj prava građenja u granicama autonomije volje određuje ugovorom ili jednostranim pravnim poslom da bi tako utvrđeni sadržaj postao sastavni dio prava građenja, nužno je da se upiše u zemljišne knjige.

Općenito, u njemačkom pravu više se ističe slučajni (akcidentalni) nego dispozitivni sadržaj prava građenja, jer je šira primjena akcidentalnih sastojaka pravnog posla o osnivanju i preinaci prava građenja.⁴⁶

Općenito, slučajni (akcidentalni) sastojci pravnog posla, za razliku od prirodnih (dispozitivnih) sastojaka, ne supstituiraju dispozitivna pravna pravila. Oni postoje samo ako su ugovoreni, pa i onda kada su navedeni u zakonu, odnosno Uredbi jer takvo navođenje mogućih slučajnih sastojaka pravnog posla i nema drugu svrhu nego da osnivaču i stjecatelju nasljednog prava građenja predoči moguće modifikacije sadržaja pravnog posla ili određenog tipa pravnog posla o osnivanju prava građenja. Tako njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja⁴⁷ kao moguće dopune ili modifikacije sadržaja nasljednog prava građenja, primjera radi, predviđa sljedeće akcidentalne sastojke pravnog posla o osnivanju nasljednog prava građenja: obvezu podizanja, održavanja i načina uporabe zgrade; obvezu osiguranja zgrade od požara i drugih rizika i obvezu ponovnog građenja u slučaju razaranja zgrade; obvezu snošenja javnih dažbina i trpljenja određenih privatnopravnih opterećenja; obvezu ovlaštenika da, u slučaju nastupanja određenih pretpostavki (pravnih činjenica) prenese zgradu u vlasništvo vlasnika zemljišta (nazadkupnja); obvezu ovlaštenika da sukcesivno plaća odgovarajuću naknadu za korištenje zemljišta; obvezu vlasnika zemljišta da ovlašteniku ponudi produžetak nasljednog prava građenja i prvenstveno pravo obnavljanja, odnosno ponovnog osnivanja nasljednog prava građenja (§ 2.). Može se ugovoriti i to da ovlaštenik ne smije otuđiti, niti opteretiti nasljedno pravo građenja sa zgradom, odnosno povećati opterećenje, bez suglasnosti vlasnika zemljišta (§ 5.).

46 Vidi: Ripfel/Schütze, op. cit., 1993.

47 Od 15. siječnja 1919. Erbbaurechtordnung.

Obveza građenja, pod građanskopravnom sankcijom nazadkupnje, obično sadrži ne samo dužnost izgradnje zgrade u određenom roku, nego i izgradnju zgrade određenih dimenzija (gabarita), odgovarajućeg arhitektonskog izgleda itd. Ugovorom se može ograničiti pravo nadogradnje, dogradnje ili pregradnje postojeće zgrade (koja je nakon izgradnje odvojena od zemljišta). Održavanje zgrade u ispravnom stanju se isto tako može ugovoriti. Ova obveza je u interesu ne samo vlasnika zemljišta, koji po prestanku nasljednog prava građenja stječe pravo vlasništva zgrade uz relativno malu naknadu (naročito u slučaju prestanka uslijed proteka vremena), nego i u interesu nositelja za vrijeme trajanja i prestanka prava građenja ako se ugovori kao sadržaj prava građenja da visina naknade ovisi o tržišnoj vrijednosti zgrade u trenutku prestanka prava građenja.

Način uporabe zgrade prema određenoj namjeni po pravilu proizlazi iz svrhe osnivanja nasljednog prava građenja, a ono se često osniva radi poticanja stambene izgradnje, odnosno radi zadovoljavanja stambenih potreba socijalno ugroženih slojeva stanovništva. Tako se npr. može unaprijed ograničiti visina stanarine (u novoizgrađenoj zgradi) ili utvrditi obveza da se pri iznajmljivanju zgrade, odnosno posebnog dijela zgrade (stana), izgrađene na pravu građenja ili njime odvojene od zemljišta, daje prednost socijalno ugroženima, obiteljima s više djece, mladim bračnim parovima, invalidima, zbrinjavanja bračnog druga ili djece poginulih boraca itd.

Neke klauzule o osnivanju prava građenja u Njemačkoj tipizirale su se kao običajno pravo. Tako npr. "drezdenski ugovor" limitira stanarinu do visine stope amortizacije i kamate na uloženi kapital uvećan za troškove održavanja zgrade (socijalna zaštita stanara od pohlepnih vlasnika zgrada).⁴⁸

Ugovorom o osiguranju zgrade od opasnosti požara i drugih rizika štiti se interes vlasnika zemljišta i ovlaštenika stvarnih prava na pravu građenja, posebno hipotekarnog vjerovnika, koji u slučaju propasti zgrade od osiguranog rizika stječe založno pravo na tražbinu osiguranika - vlasnika uništene (oštećene) zgrade prema osiguravajućem društvu iz osnova ugovornog osiguranja. Ovlaštenik nasljednog prava građenja može se obvezati da će u slučaju propasti zgrada, iz bilo kojeg razloga i bez njegove krivnje ili ako zgrada propadne iz razloga određenih pravnim poslom o osnivanju ili preinaci prava građenja, izgraditi novu zgradu, neovisno o svojim imovinskim mogućnostima i vlastitim interesima. U tom slučaju ova obveza tj. opterećenje na pravu građenja tereti novo izgrađenu zgradu, odnosno njenog svakodobnog vlasnika.

Građanskopravna sankcija nazadkupnje se može ugovoriti ne samo zbog kršenja obveza ovlaštenika nasljednog prava građenja (npr. u slučaju da ne izgradi zgradu u određenom roku), nego i zbog zadovoljenja nužnih stambenih potreba

⁴⁸ Ring, J., op. cit. (Erbbaurecht), str. 896. Šire o naknadi (renti) za nasljedno pravo građenja, Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 2. Aufl., Rudolf Haufe Verlag – Freiburg i. Br., 1993.

vlasnika zemljišta ili npr. u slučaju stečaja ovlaštenika prava građenja,⁴⁹ a da se pri tomu ne ugroze prava hipotekarnih vjerovnika.

Prvenstveno pravo obnavljanja nasljednog prava građenja ovlašćuje titulara da zahtijeva zaključenje ugovora o ponovnom osnivanju nasljednog prava građenja, ako vlasnik zemljišta nakon prestanka nasljednog prava građenja odluči ga ponovno osnovati u korist treće osobe (§ 2. toč. 6. i 31. Uredbe). Radi zaštite interesa ovlaštenika prava građenja ugovara se i prvenstveno pravo kupovine zemljišta na temelju jednostrane izjave volje ovlaštenika koja predstavlja anticipaciju prihvata buduće ponude. Svi ovi uglavci posredno koriste hipotekarnom vjerovniku.

Njemačka Uredba izričito propisuje kako se kao sadržaj nasljednog prava građenja može ugovoriti da ovlaštenik ne može otuđiti to svoje pravo bez suglasnosti vlasnika zemljišta (§ 5. st. 1. i 6. i § 15.). Također se može ugovoriti da ovlaštenik ne može opteretiti pravo građenja hipotekom, zemljišnim ili rentnim dugom, niti povećati postojeće terete bez suglasnosti vlasnika opterećenog zemljišta (§ 5. st. 2. i 6. i § 15.).⁵⁰

U Staudingerovom komentaru BGB-a⁵¹ izlaže se mišljenje da se prijenos nasljednog prava građenja može ograničiti na određenu socijalnu skupinu u skladu sa svrhom osnivanja toga prava, npr. u korist osoba koje su stambeno ugrožene, ako je nasljedno pravo građenja osnovano radi zadovoljavanja stambenih potreba takvih osoba, ili radi izgradnje stambene zgrade za mlade bračne parove, invalide, umirovljenike ili u korist druge socijalno ugrožene skupine (primjerice za dragovoljce u obrambenom ili domovinskom ratu, za invalide, za bračnog druga i maloljetnu djecu poginulih itd). Pravo raspolaganja može se ograničiti na određeno vrijeme, ali ne doživotno, jer bi se time pretvorilo u kvazi osobnu služnost, a njegov nositelj po imperativnom propisu je vlasnik ove nekretnine. Napokon, kao što se može ugovoriti pravo prvokupa zemljišta u korist ovlaštenika nasljednog prava građenja (§ 2. toč. 7.), moguće je također ugovoriti pravo prvokupa nasljednog prava građenja u korist vlasnika zemljišta (po njemačkom nasljednom pravu građenja kao i po austrijskom pravu građenja) sam vlasnik zemljišta može biti nositelj toga prava).⁵²

Vlasnik zemljišta bez opravdanog razloga može uskratiti svoju suglasnost za otuđenje ili opterećenje, odnosno povećanje opterećenja nasljednog prava građenja. U tom slučaju ovlaštenik se može obratiti sudu sa zahtjevom da mu odobri odgovarajuće raspolaganje, pa će sud usvojiti zahtjev ukoliko nađe da tim raspolaganjem neće biti ugrožena svrha koja se htjela postići pri osnivanju nasljednog prava građenja i da osoba koje stječe pravo građenja pruža jamstvo za uredno ispunjenje obveza koja proizlaze iz toga prava (§ 7. st. 1. Uredbe), a ne postoje drugi razlozi za uskraćivanje suglasnosti. Presuda će u tom slučaju

49 Ring, J., op. cit., str. 898.

50 Oefele/Winkler, op. cit., glava četvrta, t. IX.

51 Ring, op. cit., str. 898.

52 Ring, op. cit., str. 884-885.

namodjestiti suglasnost vlasnika zemljišta, pa se time sprječava moguća zloupotreba prava vlasništva zemljišta opterećenog pravom građenja.

Ugovorni sadržaj nasljednog prava građenja (prava i obveze sudionika toga odnosa) stječe stvarnopravnu prirodu uknjižbom u zemljišnu knjigu i time postaje integralnim dijelom zakonskog sadržaja. One odredbe ugovora koje nisu upisane u zemljišnu knjigu kao sadržaj nasljednog prava građenja, zadržavaju svoju obveznopravnu prirodu, pa te odredbe i ne čine sadržaj nasljednog prava građenja, već obveznopravnog odnosa između ugovaratelja (osnivača i stjecatelja prava građenja) i njihovih univerzalnih nasljednika, a ne tiču se trećih.

Hrvatsko i bosansko pravo dopuštaju, npr. ograničenje trajanja prava građenja rokom ili raskidnim uvjetom.⁵³ To, međutim, ne znači da se ne može dopunjavati ili ograničavati pravo građenja i drugim dodacima pravnog posla o osnivanju ili preinaci sadržaja prava građenja,⁵⁴ ako nisu suprotni kogentnim pravilima, odnosno biti i svrsi prava građenja.

Ugovorne odredbe o sadržaju prava građenja ili njegovoj preinaci obvezuju samo ugovaratelje a dvostrukim upisom u zemljišne knjige postaju sastavnim dijelom prava građenja, odnosno njemačkog nasljednog prava građenja, pa kao takve tiču se i svih trećih i prema njima djeluju.

5. SPECIFIČNA OBILJEŽJA PRAVA GRAĐENJA

Njemačko nasljedno pravo građenja (Erbaurecht) i austrijsko pravo građenja (Baurecht) već su po zakonskoj definiciji stvarna prava na nečijem zemljištu (§ 1. st. 1. Uredbe i § 1. st. 1. Zakona), a kako tu značajku očituje i samo biće prava građenja, u njemačkoj i austrijskoj pravnoj znanosti ne raspravlja se o naravi toga prava. U pravnoj znanosti tih zemalja posvećuje se, međutim, osobita pozornost specifičnoj pravnoj naravi prava građenja ili bolje reći specifičnim obilježjima toga prava.⁵⁵ Na ta obilježja osvrnut ćemo se u nastavku.

5.1. “Otjelovljeno” samostalno pravo – samostalna nekretnina

Osobitost njemačkog i austrijskog prava građenja ogleda se u tomu što je ono istodobno stvarno pravo na nečijem zemljištu i posve samostalno “otjelovljeno” pravo koje je, po analogiji, uz manje iznimke, podvrgnuto pod isti pravni režim kao i pravo vlasništva na zemljište (§ 11. st. 1. Uredbe)⁵⁶ ili, kako određuje austrijski Zakon, na pravo građenja se odnose propisi koji vrijede za zgradu (§ 6. st. 3) koja je

53 Čl. 293. ZV, odnosno čl. 298. st. 1. ZSP RS kao i čl. 312. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

54 Čl. 282. ZV, odnosno 288. ZSP RS kao i 302. Nacrta ZSP FBiH.

55 Ring, op. cit., str. 865., 875., 876., 879., 927-929. i 935.; Baur, F., Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin, 1963., str. 213. točka 10. i str. 246.; Ehrenzweig, A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien, 1923., str. 412-413.; Mayr, R., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, erster Band, Reichenburg 1923., str. 315.

56 Oefele/Winkler, op. cit., str. 47.

pripadnost toga prava i kao takva objekt prava vlasništva nositelja prava građenja. Zbog toga se pravo građenja po samom zakonu smatra nekretninom (§ 6. st. 1. Zakona). Iako po prirodi nije stvar, pravo građenja jest, kako se slikovito izražavaju njemački pravници, zemljište u pravnom smislu.⁵⁷ Prema tomu njemačko i austrijsko pravo građenja istovremeno je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i nekretninama u pravnom smislu. Zbog svoga dvostrukog svojstva pravo građenja se upisuje u opću zemljišnu knjigu kao opterećenje zemljišta - stvarno pravo na nečijem zemljištu, a u zemljišnu knjigu prava građenja kao samostalna nekretnina (§ 14. Uredbe). Po austrijskom Zakonu ono se upisuje kao samostalna nekretnina u posebnoj zemljišnoj knjizi iste zemljišne knjige, koji se otvara za tu svrhu (§ 5. st. 2.) uz postojeći uložak u kome je upisano zemljište koje se njime opterećuje.

Otjelovljenje prava građenja, kao samostalne nepokretne stvari, i njegovo izdvajanje u posebnu zemljišnu knjigu nasljednog prava građenja, odnosno novoootvoreni zemljišnoknjižni uložak u austrijskom pravu, kao "pravno zemljište" pruža mogućnost njegovu titularu da ga samostalno opterećuje u istoj mjeri u kojoj vlasnik može opterećivati svoje zemljište koje nije opterećeno pravom građenja. Tijekom građenja hipoteka na pravu izgradnje proteže se na građevinu koja je pripadnost prava građenja (bitni sastavni dio po njemačkom pravu) od kamena temeljca do potpune izgradnje i nakon toga do prestanka prava građenja.

Kao što se pravo građenja u opću zemljišnu knjigu upisuje kao opterećenje na nečijem zemljištu, tako se u posebnu zemljišnu knjigu, odnosno novoootvoreni zemljišnoknjižni uložak, gdje je pravo građenja upisano kao samostalna nekretnina (u pravnom smislu) upisuju sva prava koja ga opterećuju: hipoteka, zemljišni dug, pravo služnosti, realni tereti, pravo prvokupa, pravo nazadkupnje i sl.

Po hrvatskom pravu, pravo građenja se upisuje u zemljišnu knjigu kao teret zemljišta, uz naznaku novoosnovanog zemljišnoknjižnog uloška u koji je upisano kao samostalna nekretnina (u A listu) u koji se upisuju i prava u korist svakodobnog nositelja prava građenja, a taj zemljišnoknjižni uložak (novoosnovani) se upisuje uz naznaku zemljišnoknjižnog uloška u kome je upisano njime opterećeno zemljište. U vlastovnici novoosnovanog zemljišnoknjižnog uloška (B list) upisuje se nositelj prava građenja, a u teretovnicu (C list) prava na pravu građenja. Zgrada, nakon što bude izgrađena upisat će se kao da je izgrađena na pravu građenja (čl. 34. st. 1. i 2. ZZK).⁵⁸ Slično tomu i ZSP RS (čl. 294. st. 1.) kao i čl. 308. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.⁵⁹

Prema tomu, pravo građenja ima svoj dvostruki život. S jedne se strane očituje (objavljuje) pomoću opće zemljišne knjige, kao ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, a s druge, pomoću posebne zemljišne knjige (njemačko pravo), odnosno postojećeg zemljišnoknjižnog uloška (austrijsko pravo), odnosno novoootvorenog zemljišnoknjižnog uloška, kao samostalno "otjelovljeno" pravo,

57 Ring, J., op. cit., str. 876., 879., 927. itd.

58 Zakon o zemljišnim knjigama, NN 9/91, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08., vidi čl. 288. ZV-a.

59 Šire o tomu Simonetti, P., Osnivanje prava građenja, op. cit.

kao “pravno zemljište”,⁶⁰ odnosno kao samostalna nekretnina. Dvostruki upis u zemljišnu knjigu nema samo značaj publiciteta nego u prvom redu ima konstitutivni učinak. Ono tek nastaje, mijenja se (preinakom) i prenosi dvostrukim upisom na temelju pravnog posla, odluke nadležnog tijela, po pravilu sudske kojom se utvrđuje zakonski ili ugovorni sadržaj prestanka.

5.1.1. Samostalna nekretnina koju sačinjava pravo građenja i zgrada

Kao što je zgrada izgrađena na pravu građenja njegov priraštaj (bitni sastavni dio), tako je i prethodno izgrađena zgrada koja je naknadno osnovanim pravom građenja odvojena od zemljišta, njegov priraštaj (bitni sastavni dio). U oba slučaja pravo građenja i zgrada čine neraskidivo pravno jedinstvo – samostalnu nekretninu koja je istovremeno objekat prava vlasništva nositelja prava građenja. Pravo građenja na neizgrađenom zemljištu također se smatra nekretninom, u užem smislu, pa ga i takvog označava nekretninom hrvatski ZV (čl. 280. st. 2.), odnosno čl. 286. st. 2. ZSP RS, kao i radni Nacrt FBiH (čl. 300. st. 2.).

5.2. Razlike u odnosu na zemljišno vlasništvo

Propisujući analognu primjenu propisa o pravu vlasništva na zemljište, za nasljedno pravo građenja, njemačka Uredba (§ 11. st. 1.) izričito isključuje samo tri paragrafa BGB-a koji se odnose na zemljište, a proizlaze iz njegove dvostruke pravne prirode i svrhe, i to:

- § 925. uređuje prijenos prava vlasništva na zemljište. Pravo vlasništva na zemljište i postojeću zgradu može se razdvojiti na temelju pravnog posla, točnije upisom u zemljišnu knjigu, osnivajući pravo građenja, uz zadržavanje prava vlasništva na zemljište, ali se pravo građenja ne može razdvojiti od prava vlasništva na zgradu tako da jedna osoba bude vlasnik zemljišta, druga zgrade, a treća nositelj prava građenja. Ne postoji pravo koje bi moglo odvojiti zgradu od prava građenja kao što pravo građenja odvaja zgradu od zemljišta; upravo zbog toga i za prijenos prava građenja traži se dvostruki upis u zemljišnu knjigu.

- § 927. uređuje stjecanje prava vlasništva restriktivno protekom vremena – dosjelošću (održajem), jer se na toj osnovi ne može steći nasljedno pravo građenja (time, međutim, nije isključena tabularna dosjelošć);

- § 928. po kojem se vlasnik zemljišta može odreći svoga prava vlasništva bez ograničenja, a nasljedno pravo građenja ne može prestati odricanjem bez suglasnosti vlasnika opterećenog zemljišta i ovlaštenika prava koje opterećuju ili ograničavaju pravo građenja kao drugo zemljište u pravnom pogledu.

⁶⁰ Ehrenzweig, A., op. cit., str. 413.; Ring, J., op. cit., str. 928.

5.2.1. Pravna veza između zgrade i prava građenja

Prema općem shvaćanju po njemačkoj Uredbi zgrada je bitni sastavni dio nasljednog prava građenja. Svojevremeno su se austrijski pravници prepirali oko toga ima li izraz *Zubehör*, u § 6. stavku 1. austrijskog Zakona o pravu građenja šire značenje “pripadnost” koje obuhvaća termin *Zuwachs* (priraštaj) ili uže koje označava samo pripadak (pertinenciju). Pristaše uskog tumačenja riječi *Zubehör* smatraju da je zgrada samostalna pokretna stvar koja služi uporabi glavne stvari - pravu građenja kao njegov pripadak (pertinencija).⁶¹

Ova teza se ne da, međutim, logički obraniti jer se bitno ovlaštenje prava građenja, izgradnja zgrade, ostvaruje bez zgrade. Upravo je zgrada pravno odvojena od zemljišta rezultat vršenja postojećeg prava građenja. Dakle, bitno ovlaštenje prava građenja na neizgrađenom zemljištu vrši se bez “pripatka” (zgrade), a njegovim vršenjem – građenjem, nastaje zgrada koju pravo građenja odvaja od zemljišta, a k sebi privlači od „kamena temeljca“ kao da je ono zemljište.

Hipoteka se s glavne stvari širi i na pripadak (§ 457. OGZ-a), ali pripatka nema do završetka izgradnje pa do toga dana hipoteka na pravu građenja ne širi se na zgradu- pripadak (pertinenciju). Osim toga ako je zgrada pripadak prava građenja, a ne priraštaj, tada jedna osoba može biti vlasnik zgrade, a druga nositelj prava građenja što nije u skladu sa svrhom i prirodom prava građenja (*supra*).⁶² Praktična posljedica teze da je zgrada samo pripadak, a ne priraštaj prava građenja, bila bi vrlo nepovoljna za nositelja prava građenja onda kad treći izgradi zgradu na zemljištu opterećenome pravom građenja, jer bi tada vlasnik zemljišta stekao pravo vlasništva na zgradu (*superficies solo cedit*) ili graditelj na zemljište i zgradu (§ 418. OGZ-a), što je inverzija od načela *superficies solo cedit*, dok bi nositelj prava građenja imao pravo samo na obeštećenje.⁶³

Hoće li se, naime, provesti koncepcija ustanove prava građenja do krajnjih posljedica, a čini se da je to neizbježno zbog pravne sigurnosti u pravnom prometu i hipotekarnog zalaganja, tada pravo građenja dolazi “na mjesto zemljišta”, ono je, “drugo zemljište”, a zgrada njegov priraštaj (bitni sastavni dio). Time se stvara pravna konstrukcija prema kojoj je materijalni entitet (zgrada) priraštaj, odnosno pripadnost u širem smislu nematerijalnoga entiteta (prava). Zato se fingira da je pravo građenja nekretnina u pravnom smislu, odnosno drugo zemljište.

Zgrada na pravu građenja ili njime odvojena od zemljišta neraskidivo je povezana s pravom građenja i po hrvatskom pravu, kao i po pravu entiteta BIH i Brčko Distrikta. Ne može postojati niti jedna zakonska pretpostavka za pravno odvajanje zgrade kao cjeline nekretnine koja se sastoji od prava građenja i zgrade, jer nema prava koje bi moglo odvojiti zgradu od prava građenja, kao što pravo građenja odvaja zgradu od zemljišta. Zato se zgrada bez iznimke prenosi, nasljeđuje i opterećuje s pravom građenja kao jedinstvena nekretnina (čl. 285. st. 3. ZV-a).

61 Obuljen, *Pravo građenja*, Mjesečnik, 1912., str. 428.

62 Ehrenzweig, A., op. cit., str. 411.

63 Simonetti, P., *Pravo građenja*, str. 55-56.

Tako i čl. 291. st. 3. ZSP-a RS, odnosno čl. 305. st. 3. Nacrta FBiH. S druge strane pravo građenja se ne može pravno odvojiti od njime opterećenog zemljišta, «pa tko na bilo kojem pravnom temelju stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao ga je opterećenog pravom građenja, ako zakonom nije drukčije određeno» (čl. 283. ZV-a). Tako i čl. 289. ZSP RS, odnosno čl. 303. radnog Nacrta FBiH. Zemljište opterećeno pravom građenja može se otuđiti bez prava građenja, ali u tom slučaju prestaje pravo građenja, a to nije moguće bez izričitog odricanja njegovog nositelja danog u obliku tabularne isprave na temelju koje se to pravo briše u zemljišnoj knjizi (čl. 292. ZV-a), kao i čl. 298. ZSP RS, odnosno 7.1. talijansko superficijarno pravo opterećeno hipotekom čl. 312. Nacrta FBiH.

5.2.2. *Dosjelost (održaj) prava građenja po hrvatskom i bosanskom pravu*

Ni hrvatsko pravo, kao ni pravo entiteta BiH, i BD BiH, ne propisuje pretpostavke za stjecanje prava građenja dosjelošću (održajem), kao što ih propisuje za pravo vlasništva i pravo stvarne služnosti, ali za razliku od njemačkog prava⁶⁴ ne isključuje izričito primjenu ove pravne ustanove za stjecanje prava građenja. Budući da je pravo građenja po zakonu izjednačeno sa samostalnom nekretninom, postavlja se pitanje analogne primjene ustanove dosjelogosti kao načina izvornog stjecanja prava vlasništva na nekretninama. Pri razmatranju mogućnosti stjecanja prava građenja po hrvatskom i bosanskom pravu nameće se razlikovanje prava građenja na neizgrađenom zemljištu i prava građenja na izgrađenom zemljištu tj. nekretnine koja se sastoji od prava građenja– dosjelost prava građenja sa zgradom koja je njegov bitni sastavni dio.

5.2.2.1. *Dosjelost prava građenja na neizgrađenom zemljištu*

Bitna pretpostavka za dosjelost je posjed (državina), a posjed prava građenja ima ona osoba koja vrši njegovu sadržinu (slično kao i posjed prava stvarne služnosti). Dosjelost prava građenja na neizgrađenom zemljištu postoji ako se vrši njegova sadržina građenjem, ali građenjem na tuđem zemljištu bez pravne osnove nastaju druge pravne posljedice koje uređuje posebna pravna ustanova (čl. 152.-157. ZV-a, odnosno čl. 59.-63. ZSP RS kao i čl. 59. – 63. Nacrta FBiH).⁶⁵ S druge strane, posjednik prava građenja nema *animus domini* koji je pretpostavka za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, već je u njegovoj svijesti da mu pripada pravo građenja a ne pravo vlasništva koje je predmet opterećenja pravom građenja. Kako se pravo građenja na temelju pravnog posla stječe uknjižbom u zemljišnu knjigu⁶⁶, nije nositelj toga prava ona osoba koja ima pravni naslov (*iustus titulus*)

64 § 11. st. 1. Uredbe sa zakonskom snagom isključuje ustanovu dosjelogosti za nasljedno pravo građenja §927 BGB-a.

65 Iscrpno o pravnim posljedicama građenja na tuđem zemljištu sa stanovišta jugoslovenskog prava, Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982.

66 Šire o tome, Simonetti, P., Osnivanje prava građenja, ZPFR, vol. 20., br. 2. 1999., Način osnivanja prava građenja, str. 574. – 586.

za stjecanje prava građenja, već ta osoba može samo zahtijevati osnivanje prava građenja uknjižbom u zemljišnu knjigu na temelju propisane tabularne isprave. Ona je samo zakoniti posjednik ako gradi na zemljištu na kome ima pravo tražiti osnivanje prava građenja dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu. Takva osoba po pravilu nema građevinsku dozvolu jer se ta dozvola ne daje na temelju ugovora o osnivanju prava građenja, već se u postupku izdavanja građevinske dozvole traži dokaz o njegovom postojanju izvodom iz zemljišne knjige. Zgrada izgrađena bez građevinske dozvole do legalizacije ili uklanjanja ima privremeni karakter, bez obzira što je po namjeni i namjeri graditelja trajna, pa je stoga po samom zakonu pravno odvojena od zemljišta (samo su trajne zgrade pravno sastavni dio zemljišta, odnosno prava građenja). S druge strane, samo nositelj prava građenja koji je upisan u zemljišnu knjigu može tražiti legalizaciju bespravne izgradnje. Kad nema prava građenja ovlaštenik zahtjeva za legalizaciju vlasnik je zemljišta koji može opteretiti zemljište pravom građenja na temelju pravnog posla upisom u zemljišnu knjigu u korist graditelja.

5.2.2.2. *Dosjelost prava građenja sa zgradom*

Pravo građenja sa zgradom sačinjava neraskidivi pravni monolit. Zato tko stekne pravo građenja stekao je pravo vlasništva na zgradu koja je tim pravom odvojena od zemljišta bez obzira je li izgrađena na temelju prava građenja ili je njime postojeća zgrada odvojena od zemljišta. Za stjecanje prava građenja sa zgradom nužan je *animus possidendi* tj. svijest poštenog (savjesnog) posjednika da mu pripada pravo građenja, a ne pravo vlasništva na zemljištu. Posjednik očituje (manifestira) takav posjed ako svojim ponašanjem pokazuje da je u posjedu prava građenja npr. time što vlasniku «opterećenog» zemljišta plaća periodičnu naknadu kao da je on nositelj prava građenja ili što vlasniku «opterećenog» zemljišta dopušta da vrši svoje pravo vlasništva u mjeri koja ne ugrožava posjed prava građenja, npr. ne osporava vlasnika da osnuje podzemno pravo građenja ili da sam koristi podzemlje na način da time ne ometa ili ugrožava posjed prava građenja na površini zemljišta, ali mu osporava sve zahvate koji vrijeđaju ili ugrožavaju posjed prava građenja.

5.2.3. *Odricanje prava građenja*

Nositelj prava građenja - ne može se jednostavno odreći svojega prava, ako bi time ugrozio opstanak prava koja ga terete. Odricanjem prava vlasništva na zemljištu ne gase se prava koja terete zemljište, a odricanje prava građenja bilo bi nemoguće bez gašenja prava koja ga terete, jer bi ta neugašena prava prešla na zemljište, pa time opteretila vlasnika zemljišta bez njegove suglasnosti, što je pravno nemoguće.

5.2.4. Obujam prava vlasništva na zemljište i prava građenja

Pravo vlasništva na zemljištu proteže se do one visine i dubine do koje vlasnik ima pravni interes isključiti tuđe zahvate. Nasuprot tomu obujam objekta prava građenja je onaj sloj zemljišta koji po zakonskim pretpostavkama jamči stabilnost izgrađene zgrade ili koja se može izgraditi na temelju prava građenja uz odobrenje za građenje (građevinsku dozvolu). U načelu pravo vlasništva na zemljištu se proteže ispod toga sloja, pa je stoga moguće osnovati podzemno pravo građenja uz istovremeno postojanje prava građenja na površini zemljišta.

U njemačkoj pravnoj znanosti prevladava stajalište da se na nasljedno pravo građenja ne može analogno primijeniti ni § 905. BGB-a koji nije izrijekom isključen Uredbom. On propisuje da se pravo vlasništva proteže na prostor ispod i iznad površine zemljišta, jer objekt prava građenja u načelu ima manji obujam nego objekt prava vlasništva.⁶⁷ Lako je moguće zamisliti da jedna osoba ima pravo građenja na površini zemljišta, a druga ispod površine. Uostalom pravo građenja se osniva na površini ili ispod površine zemljišta. Može se osnovati pravo građenja na površini i ispod površine zemljišta i u korist iste osobe pa čak i u korist samog vlasnika zemljišta. Isključeno je, međutim, da jedna osoba bude vlasnikom površine zemljišta, a druga podzemlja, jer se pravo vlasništva na zemljište ne može horizontalno dijeliti (kod nekretnina iznimka su zgrade u etažnom vlasništvu).

6. PRAVO SLUŽNOSTI STEČENO GRAĐENJEM (PREKORAČENJEM MEĐE)

Ako nositelj prava građenja izgradnjom zgrade prekorači među susjednog zemljišta, analogno se primjenjuju opći propisi iz §§ 912-916. BGB-a o prekoračenju međe građenjem. Dakle, savjesni graditelj, nositelj nasljednog prava građenja, u tom slučaju, pod općim pretpostavkama stječe pravo služnosti na zauzetom dijelu susjednog zemljišta, ako se vlasnik nije odmah usprotivio građenju, uz obvezu da ovome plaća odgovarajuću obročnu naknadu.⁶⁸ Ta obveza tereti nasljedno pravo građenja, pa, dakle, njegova svakodobnog nositelja. Pravo služnosti razdvaja dio zgrade od susjednog zemljišta na koje se naslanja, a zgrada u cjelini sastavni je dio prava građenja (vodoravan prirastaj, horizontalna akcesija)⁶⁹ na kome je izgrađen pretežni dio zgrade.

Pod istim pretpostavkama graditelj (vlasnik zemljišta ili nositelj prava građenja) stječe pravo služnosti prekoračenjem međe i ako je susjedno zemljište opterećeno pravom građenja. U tom slučaju dio zgrade koji se naslanja na tuđe pravo građenja (faktički na susjedno zemljište) pravom služnosti pravno je odvojen

⁶⁷ Ring, J., Im Staudingers Kommentar BGB, op. cit., str. 927. i tamo citirana literatura.

⁶⁸ Više u radu: Simonetti, P., Prekoračenje granice građenjem, Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru, br. II-III, 1980-1981. i tamo citirana literatura; isti: u monografiji Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982., str. 189-208.

⁶⁹ Oefele/Winkler, op. cit., treća glava (str. 107-109., VI. Überbau).

od prava građenja. Pravo služnosti, koje odvaja dio zgrade od susjednog zemljišta, odnosno od prava građenja kojim je susjedno zemljište opterećeno ne spaja se s tim dijelom zgrade kao što se zgrada spaja s pravom građenja, a prestaje kad se ukloni taj dio zgrade. Ovo zbog toga što više nema povlasnog dobra – onog dijela zgrade koji se naslanja na susjedno zemljište, odnosno na pravo građenja kojim je opterećeno susjedno zemljište. Prema tomu, pravo služnosti ne odvaja ni dio zgrade koja se pravno naslanja na pravo građenja koje opterećuje susjedno zemljište na način kako pravo građenja odvaja od zemljišta cijelu zgradu. Ovo zbog toga što je pravo služnosti ograničeno stvarno pravo svakodobnog vlasnika povlasne nekretnine na njome opterećnoj poslužnoj nekretnini, a ne samostalna nekretnina u pravnom pogledu kao što je pravo građenja. Konstituiranje prava služnosti na susjednom zemljištu koje odvaja dio zgrade od zemljišta, odnosno od prava građenja kad je susjedno zemljište njime opterećeno, izbjegava se stjecanje prava suvlasništva po načelu *superficies solo cedit*, ako nije što drugo određeno zakonom.

Po hrvatskom pravu, ako se građenjem prekorači međa vlasnik zahvaćenog susjednog zemljišta ima pravo «zahtijevati uspostavu prijašnjeg stanja» (čl. 155. st. 1.). Dok se potpuno ne uspostavi prijašnje stanje «uzima se da je vlasniku zgrade do opoziva dana stvarna služnost imati dio svoje zgrade na susjednom zemljištu» (čl. 155. st. 2.), tj. prekarna služnost. Ako je zahvaćeno susjedno zemljište opterećeno pravom građenja ova služnost odvaja od prava građenja onaj dio zgrade koji se nalazi preko međe. To je jedina iznimka od načela neodvojivosti prava građenja od prava vlasništva na zgradu ali, kako se vidi, ne tiče se zgrade u cjelini nego samo onog dijela koji se nalazi preko međe.

Prema pravu Republike Srpske prekoračenjem granice izgradnjom zgrade «savjesni graditelj stiće pravo svojine na zahvaćenom zemljištu, uz obavezu isplate tržišne vrijednosti zemljišta» (čl. 62. st. 1. ZSP).⁷⁰ Tako i prema Nacrtu ZSP FBiH (čl. 62. st. 1.). U slučaju građenja na tuđem zemljištu opterećenom pravom građenja, nositelju toga prava pripadaju prava i obaveze vlasnika zemljišta (čl. 63). To znači da savjesni graditelj građenjem na zemljištu opterećenom pravom građenja stječe pravo vlasništva na zahvaćenom zemljištu preko međe i da na tom dijelu zemljišta prestaje pravo građenja.

7. PRAVO GRAĐENJA KAO OBJEKT HIPOTEKARNOG PRAVA

Za razliku od ostalih imovinskih prava, koja mogu biti predmetom ručnog zaloga, pravo građenja, budući da je izjednačeno sa zemljištem, odnosno zgradom, tj. nekretninom, jest objekt hipoteke (kao i zemljišnog duga) koja se stječe upisom u zemljišne knjige nasljednog prava građenja, odnosno u zemljišnoknjižni uložak

⁷⁰ Slično kao po talijanskom pravu, ali samo ukoliko se odnosi na zemljište koje nije opterećeno superficijarnim pravom (čl. 938. CC). Vidi, Messineo, F., *Diritto civile i commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965.

u koji je upisano pravo građenja kao samostalna nekretnina u pravnom pogledu.⁷¹ U interesu zaštite vjerovnika, pravo građenja treba biti sigurno, da se unaprijed zna njegovo trajanje. Zbog toga se ono ne može osnovati pod raskidnim uvjetom (§ 11. st. 2. Uredbe i § 4. st. 1. Zakona). Zato sankciju prestanka prava građenja pod raskidnim uvjetom zamjenjuje sankcija – prava nazadkupnje vlasnika opterećenog zemljišta, čijom realizacijom nositeljem prava građenja postaje sam vlasnik zemljišta. (Vlasnik zemljišta može i jednostranim pravnim poslom osnovati pravo građenja kao svoje pravo).

7.1. Talijansko superficijarno pravo građenja kao objekt hipoteke

Drugu mogućnost nudi talijansko superficijarno pravo koje ima isključivo funkciju pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade. Vlasništvo zgrade koju od zemljišta odvaja superficijarno pravo, naziva se superficijarnim vlasništvom (*la proprietà superficaria*), ali je taj naziv skovan u pravnoj literaturi za važenja prvog talijanskog Građanskog zakonika iz 1865. koji je dopuštao po uzoru na francuski Code civil (čl. 553.) pravno odvajanje zemljišta i zgrade pisanim pravnim poslom. Zgrada nije ni priraštaj, a ni pripadak superficijarnog prava, već posve samostalna nekretnina koja pripada nositelju superficijarnog prava (čl. 952.-955. Codice civile).

Hipoteka koja tereti superficijarno pravo i zgradu u superficijarnom vlasništvu prestaje istekom vremena na koje je bilo zasnovano to pravo, jer u tom slučaju prestaje i samo superficijarno pravo, a zgrada postaje priraštajem zemljišta. Potraživanje hipotekarnog vjerovnika u tom se slučaju namiruje iz naknade koju eventualno duguje vlasnik zemljišta superficijaru, a hipoteka se gasi (čl. 2816. st. 1.). Ali ako je iz nekoga drugog razloga sjedinjeno superficijarno pravo i pravo vlasništva na zemljište u imovini iste osobe, tada hipoteka koja tereti zgradu i ona koja tereti zemljište produžavaju teretiti svaka svoj objekt (čl. 2816. st. 2. CCI).^{72, 73} U tom slučaju fingira se, dakle, da i dalje postoje dvije nekretnine – zemljište i zgrada, obje u vlasništvu iste osobe, ali samo radi opstanka hipoteke.

71 Šire o tomu, Simonetti, P., Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja, u zborniku radova Zaštita vjerovnika, Informator, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994., str. 1. – 16.

72 Le ipoteche che hanno per oggetto il diritto di superficie si estinguono nel caso di devoluzione della superficie al proprietario del suolo per decorso del termine. Se però il superficario ha diritto a un corrispettivo, le ipoteche iscritte contro di lui si risolvono sul corrispettivo medesimo. Le ipoteche iscritte contro il proprietario di suolo non si estendono alla superficie. (1) Se per altre cause si riuniscono nella medesima persona il diritto del proprietario del suolo e quello del superficario, le ipoteche sull' uno e sull' altro diritto continuano a gravare separatamente i diritti stessi. (2) (art. 2816. CC).

73 Rubino, D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1957., str. 179.

7.2. Hrvatsko pravo građenja kao objekt hipoteke

I po hrvatskom pravu je moguće hipotekom opteretiti pravo građenja (čl. 285. st. 2. ZV-a). Tako i po ZSP RS (čl. 291. st. 2.), odnosno čl. 305. st. 2. Nacrta FBiH. Založno pravo (hipoteka) koje je teretilo pravo građenja nakon prestanka toga prava tereti naknadu koju je vlasnik zemljišta dužan dosadašnjem nositelju prava građenja (čl. 296. st. 2. ZV-a). Tako i po ZSP RS čl. 301. st. 2., odnosno čl. 315. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

8. PRVO RANG-MJESTO PRAVA GRAĐENJA

Jedno od najznačajnijih obilježja prava građenja jest njegovo prvo rang-mjesto⁷⁴ s obzirom na sva druga stvarna prava koja opterećuju isto zemljište. Bit je u tome da ostvarenje ili vršenje drugoga stvarnog prava ne smije dovesti do prestanka, pa niti do sužavanja prava građenja. Austrijski Zakon o pravu građenja izričito propisuje da se založna prava i drugi stvarni tereti ne mogu ostvariti unovčavanjem zemljišta, ako bi to dovelo do prestanka prava građenja, pa ta prava po rangu ne mogu stajati ispred prava građenja (§ 5. st. 1.). Njemačka je Uredba još restriktivnija: nasljedno pravo građenja može se osnovati isključivo s prvim rang-mjestom i taj rang se ne može mijenjati ni ubuduće (§ 10. st. 1.). Pravilo koje pravu građenja daje prvo rang-mjesto osigurava njegovu pravnu stabilnost. Time se postiže pravna sigurnost kako za njegova nositelja tako i za ovlaštenike prava koja ga opterećuju. S druge strane, pravo građenja se ne bi moglo ni ostvariti kad bi bilo u opreci sa stvarnim pravima korištenja ili uporabe istog zemljišta. Isto zemljište mogu opterećivati druga stvarna prava, osim prava građenja, ali ona moraju stajati iza prava građenja. Štoviše od osnivanja prava građenja ni građevinski objekt koji je prije izgrađen (naknadno pravno razdvajanje zemljišta i građevinskog objekta) ne jamči više za tražbinu osiguranu hipotekom koja opterećuje zemljište. Zbog toga je nemoguće zasnovati pravo građenja s prvim rang-mjestom na zemljištu opterećenome hipotekom bez prethodnog pristanka hipotekarnog vjerovnika (§ 12. st. 2. Uredbe), tako da se hipoteka ograniči samo na zemljište, a da ne opterećuje pravo građenja kao ni zgradu koja je postala bitni sastavni dio nasljednog prava građenja.

Prema hrvatskom pravu, ako zakonom nije drukčije određeno u pogledu načina osnivanja prava građenja, njegove preinake, prestanka te zaštite povjerenja u zemljišne knjige na odgovarajući način primjenjuju se pravila o načinu osnivanja i zaštite povjerenja stvarnih tereta (čl. 288 st. 5.). Drukčije je određeno u pogledu osnivanja prava građenja odlukom suda u postupku diobe nekretnina i ostavinskom postupku kao i u drugim slučajevima koji su određeni posebnim zakonom u kojem

⁷⁴ Općenito o rang mjestu stvarnih prava, vidi, Lazić, M., Rang stvarnih prava, Pravni život, god LI, 10, 2002., tom II, str. 71. – 83.; o načelu prvenstva u hrvatskom zemljišnoknjižnom pravu, Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 138. – 140.

slučaju se na odgovarajući način primjenjuju pravila o osnivanju prava služnosti odlukom suda, 289. i 226. ZV-a ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. U pogledu prava građenja u entitetima BiH vidi čl. 294. i 295. ZSP RS, odnosno čl. 308. i 309. Nacrta ZSP FBiH.

9. PROMETNOST PRAVA GRAĐENJA

Za razliku od prava korištenja radi građenja na zemljištu u društvenom vlasništvu, koje je u načelu bio izvan pravnog prometa,⁷⁵ prometnost prava građenja njegova je bitna značajka. Pravo (i svojstvo) otuđenja, opterećenja i nasljeđivanja određuje pravnu narav prava građenja. Ako bi se pravo građenja lišilo svojstava otuđenja, opterećenja i nasljeđivanja, izgubilo bi svoj identitet. Postalo bi neko drugo stvarno pravo slično osobnim služnostima: pravu plodouživanja ili pravu uporabe, odnosno pravu stanovanja (*habitatio*), što bi bilo u opreci s njegovom svrhom i funkcijama.

10. ZAKONSKA OGRANIČENJA RASPOLAGANJA PRAVOM GRAĐENJA

Prema hrvatskom pravu, kao i prema njemačkom i austrijskom pravu, pravo građenja je otudivo i nasljedivo, a može se i opteretiti kao i druge nekretnine, ako nije što drugo određeno (čl. 285. st. 1.). ZSP RS također precizira «ako zakonom nije drugačije određeno» (čl. 291. st. 1.). Tako i po čl. 305. st. 1. Nacrta ZSP FBiH. Kao što se ugovorom može isključiti ili ograničiti promet prava vlasništva (čl. 34. ZV-a) moguća su odgovarajuća ograničenja prometnosti prava građenja, osobito ona koja proizlaze iz opće svrhe prava građenja određene zakonom kao i iz posebne svrhe određene pravnim poslom ili odlukom suda o osnivanju prava građenja.

To, međutim, ne znači da je sloboda raspolaganja pravom građenja neograničena. Postoje određena zakonska ograničenja, upravo radi ostvarenja svrhe prava građenja. Ne bi se protivila biću prava građenja ni posebna ugovorna ograničenja u korist određenog kruga osoba, pa i određene socijalne kategorije osoba, koje predviđa npr. njemačko nasljedno pravo građenja.

Zakon propisuje pojedina ograničenja slobode raspolaganja radi postizanja svrhe prava građenja, a neka ograničenja proizlaze iz njegove pravne naravi. Upravo naprijed istaknuta dva zakonska ograničenja slobode raspolaganja pravom građenja proizlaze iz njegove naravi:

1. pravo građenja se ne može odvojiti od prava vlasništva na zgradu tako da bi jedna osoba bila nositelj prava građenja, druga vlasnik zgrade, a treća zemljišta

⁷⁵ Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 203. – 209.

(§ 12. st. 2. Uredbe) jer vlasnik zemljišta ne može biti istovremeno nositelj prava građenja.

2. nositelj prava građenja ne može se odreći svoga prava bez suglasnosti ovlaštenika prava koja ga opterećuju i vlasnika zemljišta koje je njime opterećeno (§ 26.). Tako i po hrvatskom i bosanskom pravu, ali se ovim ograničenjima dodaje i treće: pravo građenja, iako samostalna nekretnina u pravnom pogledu, ne može se pravno odvojiti od zemljišta koje opterećuje (čl. 283. ZV-a, odnosno čl. 289. ZSP RS ili čl. 303. Nacrta ZSP FBiH). Ovo zbog toga što je pravo građenja istovremeno ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i drugo zemljište odnosno nekretnina u pravnom pogledu.

Budući da se nasljedno pravo građana konstituira upisom u zemljišnu knjigu, za njegovo ukidanje ili prestanak traži se brisanje iz zemljišne knjige na temelju javne isprave kojom je utvrđen zakonski razlog prestanka. Premda, što se tiče suglasnosti hipotekarnih vjerovnika, i ostalih stvarnopravnih ovlaštenika, u njemačkom pravu nema izričite odredbe, vlada jednodušno mišljenje da je ta suglasnost ovih osoba nužna za ukidanje prava građenja na temelju očitovanja o odricanju, koje je dao njegov nositelj u propisanom obliku.⁷⁶ To je logično, jer se ukidanjem toga prava gase i prava što ga opterećuju, za razliku od nazadkupnje, koja ne ukida pravo građenja, već ga samo prenosi na vlasnika zemljišta (nositelj prava građenja može biti i sam vlasnik zemljišta).

11. OGRANIČENJA RASPOLAGANJA PRAVOM GRAĐENJA NA TEMELJU PRAVNOG POSLA

Sloboda raspolaganja pravom građenja može se ograničiti na temelju pravnog posla, npr. utanačenjem prava prvokupa u korist vlasnika zemljišta ili kategorijalno točno određene osobe ili određenog kruga osoba. Ono se može ograničiti i pravom nazadkupnje u korist vlasnika zemljišta ili zabranom opterećivanja preko određene granice bez suglasnosti vlasnika zemljišta, itd.⁷⁷ Ograničenja, kao i sadržaj određenim pravnim poslom postaju integralnim dijelom prava građenja upisom u zemljišnu knjigu koje je dužan trpjeti svakodobni vlasnik do isteka roka ili ispunjenja raskidnog uvjeta ako je njegovo trajanje time ograničeno (čl. 293. ZV, odnosno čl. 298. ZSP RS kao i čl. 312. Nacrta ZSP FBiH) ili bez vremenskog ograničenja jer takvo ograničenje nije propisano zakonom u hrvatskom i bosanskom pravu.

⁷⁶ Ring, J., Im Staudingers Kommentar BGB, op. cit., str. 968.

⁷⁷ Šire: Oefele/Winkler, op. cit.

ZAKLJUČAK

Privremene zgrade su po samom zakonu pravno odvojene od zemljišta kao potpuno samostalni objekti prava jer se za pravno jedinstvo nekretnine, zemljišta i zgrade traži trajna veza. Prema tomu, pretpostavka za pravo građenja pravno je jedinstvo zemljišta i zgrade. Pravo građenja i superficijarno pravo ili njima srodno pravo razdvajaju zemljište i zgradu kao dvije potpuno samostalne nekretnine. Temeljna razlika između superficijarnog prava i prava građenja je što pravo građenja privlači zgradu kao da je ono zemljište – postoji samo tri-četiri iznimke koje proizlaze iz propisa ili prirode i svrhe ustanove prava građenja. Nasuprot tome superficijarno pravo ograničeno je stvarno pravo na tuđem zemljištu koje pravno razdvaja zemljište i zgradu na površini ili ispod površine zemljišta bilo da je izgrađena prije ili na pravu građenja u prvom slučaju pravo građenja prestaje rušenjem zgrade ako nije drugačije određeno ili ne proizlazi iz njegove svrhe i pravnog posla. Prema tomu pravo građenja je istovremeno ograničeno stvarno pravo i umjetno zemljište, tj. nekretnina s neraskidivo povezanom zgradom koja se od njega ne može odvojiti ni po jednoj pravnoj osnovi kao što se može odvojiti zgrada od prirodnog zemljišta ustanovom prava građenja.

Pravo građenja se osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu: upisom u C list zemljišnoknjižnog uložka u kojem je upisano opterećeno zemljište i po njemačkom pravu u knjigu nasljednog prava građenja kao samostalna nekretnina, a u austrijskom pravu i pravima koji ga slijede upisom u poduložak prava građenja u kojem se upisuje kao drugo zemljište.

Prema tomu osnivanjem prava građenja ne ukida se načelo *superficies solo cedit* već se samo zamjenjuje prirodno zemljište s umjetnim zemljištem – pravom građenja. Pravna veza između prava građenja i zgrade neraskidiva je jer ne postoji pravo koje bi moglo pravno odvojiti zemljište i pravo građenja. Nositelj prava građenja uvijek je vlasnik zgrade pa makar je istovremeno i vlasnik prirodnog zemljišta (pravo građenja na vlastitom zemljištu). Samo ako se građenjem prekorači međa zemljišta opterećenog pravom građenja osniva se služnost koja pravno razdvaja onaj dio zgrade što se oslanja na susjedno zemljište opterećeno pravom građenja, a istovremeno taj dio također privlači pravo građenja (vodoravni prirastaj, horizontalna akcesija). Iznimku predstavlja Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske po kojem u tom slučaju graditelj stječe pravo vlasništva na onom dijelu zemljišta koje pokriva zgrada. Zbog dvostruke prirode prava građenja ono se ne može, ni steći, ni preinačiti, prestati bez dvostrukog upisa u zemljišnu knjigu: upisom u C list zemljišnoknjižnog uložka opterećenog zemljišta i upisom u knjigu njemačkog nasljednog prava građenja, odnosno u poduložak austrijskog i njemu sličnih prava građenja. Zakon po pravilu ne isključuje primjenu pravila ustanove dosjelošti za pravo građenja, pa se interpretacijom pravila te ustanove dolazi do zaključka da se ono stječe dosjelošću samo kad je izgrađena zgrada na pravu građenja ili njime odvojena od zemljišta. Na neizgrađenom zemljištu ne može steći pravo građenja građenje bez pravne osnove jer je taj pravni odnos uređen ustanovom

stjecanja prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu. Kako se pravo građenja stječe dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu graditelj nema pravnu pretpostavku za stjecanje građevne dozvole niti za legalizaciju bespravne izgradnje, a do legalizacije ili rušenja zgrade izgrađene bez građevne dozvole zgrada ima privremeni karakter pa je po samom zakonu samostalna nekretnina. Njemačko pravo, koje inače sužava ustanovu dosjelogosti isključuje stjecanje nasljednog prava građenja ustanovom dosjelogosti (§ 11. st. 2. Uredbe...isključuje primjenu §957 BGB-a, ali time nije isključena primjena ustanove tabularne dosjelogosti). Za odricanje prava građenja, za razliku od odricanja prava vlasništva traži se suglasnost imatelja stvarnih prava na pravu građenja. Obujam objekta prava građenja dubinski je ona površina zemljišta koja osigurava stabilnost i uporabu građevine predviđene pravnim aktom o osnivanju prava građenja.

Summary

THE RIGHT TO BUILD AND SUPERFICIES IN COMPARATIVE LAW

The right to build and superficies separate in the legal sense a permanent building from the land parcel, creating thus a new independent immovable. However, as opposed to superficies, the right to build is recognized by the law as an independent immovable, whereas the building built on it, or subsequently separated from the building plot, represents its integral inseparable part. The right to build can be alienated, inherited and burdened. Furthermore, it has three essential functions; the social - because it reduces building expenses for the value of the land price; the economic - because it enables permanent incomes of the town rent for the owner of the building plot and finally the legal function, which allows for the legal separation of the building plot from the building. The content of the right to build unlike other property rights is determined not only by the law, but also by the legal transaction that becomes its integral part by the entry into the land register.

Key words: property, right to build, functions, content, characteristics.

Zusammenfassung

VORTEILE DES BAURECHTES UND DES RECHTES DER SUPERÄDIFIKATE

Das Baurecht sowie das Recht der Superädifikate trennt rechtlich das Gebäude vom Grundstück als eine ganz selbstständige Immobilie, aber im Unterschied zum Recht der Superädifikate wird das Baurecht gemäß Gesetz als eine selbstständige Immobilie betrachtet und das durch dieses Recht gebaute Gebäude oder durch dieses Recht vom Grundstück nachträglich getrenntes Gebäude ist seine unzertrennliche Angehörigkeit (Anwachsung). Durch das Baurecht wird der Grundsatz *superficies solo cedit* nicht aufgehoben, sondern das natürliche Grundstück wird durch das artifizielle Baurecht als ein anderes Grundstück ersetzt. Das Baurecht stellt gleichzeitig das eingeschränkte Sachenrecht auf eigenem oder fremdem Grundstück und die selbstständige Immobilie dar, welche das Gebäude von seinem Grundstück rechtlich trennt. Deshalb wird aufgrund eines Rechtsgeschäftes dieses Recht durch doppelte Grundbucheintragung erworben oder geändert oder aufgehoben. Das Baurecht kann eteignet, geerbt und belastet werden; es hat drei wesentliche Funktionen: soziale, weil es die Baukosten um den Betrag des Grundstückspreises reduziert; wirtschaftliche, weil es den ständigen Zufluss der städtischen Rente in das Vermögen des Grundstückseigentümers ermöglicht, und die rechtliche, weil es

die rechtliche Trennung des Gebäudes vom Grundstück ermöglicht. Das Baurecht besitzt, im Unterschied zu anderen Sachenrechten, außer dem gesetzlichen auch den durch das Rechtsgeschäft bestimmten Inhalt (akzidenteller und dispositiver), welcher durch die Grundbucheintragung zu seinem integralen Teil wird.

Schlüsselwörter: Eigentum, Baurecht, Funktionen, Inhalt, Merkmale.

Riassunto

CARATTERISTICHE DEL DIRITTO AD EDIFICARE E DEL DIRITTO DI SUPERFICIE

Il diritto ad edificare così come il diritto di superficie scinde l'edificio dal fondo, trattandolo come immobile del tutto distinto: tuttavia, a differenza del diritto di superficie, il diritto ad edificare per legge viene considerato titolo per un immobile indipendente, mentre con riguardo all'edificio ivi eretto o successivamente separato in forza del suddetto diritto opera indissolubilmente il principio dell'accessione. Con il diritto ad edificare non si annulla il principio *superficies solo cedit*, bensì si sostituisce il fondo naturale con un diritto artificiale ad edificare, quale diverso fondo. Il diritto ad edificare è al contempo sia un diritto reale limitato su un fondo altrui o proprio, sia un immobile indipendente con annesso edificio che viene legalmente separato dal fondo. Pertanto, in forza di un valido titolo tale diritto viene costituito, muta o cessa mediante una doppia annotazione nel libro fondiario. Il diritto ad edificare può essere oggetto di alienazione, successione o aggravio. Ha tre funzioni principali: sociale, in quanto diminuisce i costi di costruzione per il valore del fondo; economica, in quanto permette una costante affluenza della rendita fondiaria urbana nel patrimonio del proprietario del fondo; giuridica, in quanto permette la separazione giuridica del fondo dall'edificio. Il diritto ad edificare a differenza degli altri diritti reali, oltre al contenuto stabilito per legge ha anche delle caratteristiche che posso essere definite mediante autonomo negozio giuridico (accidentale e dispositivo), le quali divengono parte integrante del medesimo mediante annotazione nel libro fondiario.

Parole chiave: proprietà, diritto ad edificare, funzioni, contenuto, peculiarità.

(NE)OBJAVLJIVANJE PODATAKA O PROMJENAMA U KORPORATIVNOJ STRUKTURI UVRŠTENOG DIONIČKOG DRUŠTVA I UTJECAJ NA PRELAZAK KONTROLNOG PRAGA - NOVI POJAVNI OBLICI DRŽANJA DIONICA ISPOD RADARA REGULATORA

Dr. sc. Edita Čulinović Herc, redovita profesorica
Dr. sc. Antonija Zubović,
viša asistentica - znanstvena novakinja
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.725
347.728.1
Ur.: 5. veljače 2013.
Pr.: 20. veljače 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuju propisi hrvatskoga prava koji reguliraju obvezu objave prelaska pragova stjecanja glasačkih prava u uvrštenom društvu prema ZTK-u te se uspoređuju s odredbama ZPDD-a koje se odnose na objave i prelazak kontrolnog praga. Poseban se naglasak stavlja na držanja dionica koja se pribrajaju u glasačke blokove prema ZTK-u, s jedne strane i ZPDD-u s druge te se upućuje na nomotehničke razlike. Obrađuju se nove pojave na tržištu kapitala (empty voting i hidden ownership) kojima se nastoji povećati glasačka snaga u uvrštenom dioničkom društvu radi stjecanja ili održavanja kontrole, s obzirom na to da te pojave izmiču dužnosti objave prema važećim propisima. Iznose se primjeri iz prakse tržišta kapitala u kojima su navedeni instituti iskorišteni za prikriveno stjecanje (ili održavanje) kontrole u uvrštenom društvu, na primjeru uporabe swapa dionica namirivog u novcu (cash settlement equity swapa). Iznose se rješenja sadržana u Prijedlogu izmjene Direktive o transparentnosti koja ih želi podvesti pod dužnost objave te rješenja nekih nacionalnih zakonodavstava država članica EU-a. Zaključno se daju prijedlozi rješenja za hrvatsko pravo.

Gljučne riječi: objave promjena u glasačkoj strukturi, kontrolni prag, uvršteno društvo, empty voting, hidden ownership, ZTK, ZPDD.

1. UVOD

Uvršteno dioničko društvo objavljuje veliki broj informacija.¹ Među njima se nalaze i informacije o promjenama u postotku glasačkih prava. To su informacije na kojima ulagatelji grade svoju investicijsku odluku. Ulagatelji posebno pod povećalom prate transakcije s blokovima dionica koje sklapaju veći dioničari ili članovi uprave, odnosno nadzornog odbora.² Ako te osobe stječu nove dionice, tržište ih obično slijedi, a ako otuđuju blokove dionica takve transakcije predstavljaju za tržište određeno upozorenje. Pored ulagatelja, vlastite dionice stječu i otuđuju i uvrštena društva, pa su i to relevantni podaci za ulagatelje, s obzirom na to da zbog mirovanja prava glasa iz tih dionica govore o broju aktivnih glasova na glavnoj skupštini društva.

Kako je obveza objavljivanja podataka o promjenama u korporativnoj strukturi vezana uz određene blokove glasačkih prava, informacija o prelasku pojedinih pragova često može biti signal da je u pripremi postupak preuzimanja, i to ponuditelja koji ne mora uvijek biti simpatičan upravi društva. Dužnost objavljivanja prelaska svakog od tih pojedinih pragova, jamči društvu da će ono i javnost biti na vrijeme informirano o pripremi preuzimanja. Ponuditelji, s druge strane, pogotovo ako se ne radi o preuzimanju, koje je prijateljsko upravi društva, žele da ono bude iznenađenje, jer to ostavlja neraspoloženoj upravi društva dovoljno vremena za pripremu (dopuštenih) protupreuzimateljskih mjera.

Iako je prelazak samo jednog praga u držanju prava glasa na skupštini ciljnog društva okidač za dužnost objave ponude za preuzimanje (u nas 25%+1 glas), pa je gotovo teško zamisliti da bi netko mogao izdavatelja zaskočiti s preuzimanjem bez da se to iščita kroz objave prelaska pojedinih pragova, odnosno objave stjecanja blokova glasačkih prava (5, 10, 15, 20%), ipak korporativna praksa u pravu preuzimanja pokazuje da je i to moguće izvesti i to kombiniranjem izravnog držanja dionica u paketu koji je „ispod radara“ s izvedenim financijskim instrumentima kojima se ti glasački blokovi mogu po potrebi jako „nabildati“, a da izdavatelj, javnost i manjinski dioničari spoznaju to prekasno.³ Budući da osoba može raznim neizravnim oblicima držanja raspršiti i prikriti svoj portfelj, a k tomu i s nekom drugom osobom zajednički djelovati s ciljem stjecanja ili zadržavanja kontrole, nadzor nad izdavateljima radi utvrđivanja postoji li obveza objave ponude za

1 Pregledno o toj obvezi i sporovima koji iz toga nastaju vidi, 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.

2 Obveza propisana čl. 464. st. 3. ZTK-a. K tomu čl. 272.p. ZTD-a („Izjava o primjeni kodeksa korporativnog upravljanja“) u st. 1. t. d., između ostaloga, propisuje obvezu nadzornog, odnosno upravnog odbora društva dionicama kojeg se trguje na uređenom tržištu osigurati da uprava, odnosno izvršni direktori društva u posebnom odjeljku godišnjeg izvješća o stanju društva navedu podatke o „slučajevima u kojima su u suradnji s društvom financijska prava iz vrijednosnih papira odvojena od držanja tih papira“.

3 Vidi infra predmet Continental AG, pod točkom 6.2.1.

preuzimanje iziskuje dubinsko istraživanje i po vremenskom obuhvatu i po broju povezanih osoba čije se stjecanje dionica prati.

Dužnost objave prelaska pragova, a posebno kontrolnog praga, propisana je zato da se na temelju informacija o unutarnjem odnosu glasačkih snaga u uvrštenom dioničkom društvu formira istinita cijena dionice, odnosno da osobe koje su stekle kontrolu nad društvom objave ponudu za preuzimanje, kako bi manjinskim dioničarima omogućile da napuste društvo, ali pod tržišnim uvjetima. No, kako je preuzimanje skup postupak, ponuditelj i osoba koja s njime zajednički djeluje često nastoje izbjeći objavu ponude za preuzimanje, bilo da se legitimno koriste brojnim „izuzetim slučajevima“ bilo kreiranjem mreže neuhvatljivih i disperziranih oblika posrednog držanja dionica. Stoga zakonodavac sili dioničare da objave takve oblike neizravnog držanja, odnosno da ih pribroje paketima dionica koje već drže.

Zadatak je ovoga rada, s jedne strane dati pregled postojećih propisa hrvatskoga prava koji reguliraju predmetnu materiju te usporediti u čemu se sastoje međusobne razlike u računanju glasačkih prava za potrebe utvrđivanja dužnosti objave ponude za preuzimanje i istog računanja za potrebe objave podataka o promjenama u korporativnoj strukturi u uvrštenom društvu, jer su one propisane različitim zakonima (ZTK i ZPDD). U drugom dijelu rada skreće se pozornost na nove pojave na tržištu kapitala koje izmiču dužnosti objave, a imaju za cilj povećanje glasačke snage, odnosno stjecanje ili održavanje kontrole u uvrštenom društvu. Pravna valjanost novih praksi na tržištu kapitala propitivana je pred nacionalnim regulatorima i/ili u sudskim postupcima, a legitimnost je tih instituta, iako nije s uspjehom dovedena u pitanje, oštro kritizirana u literaturi.⁴ Istodobno se javlja svijest o potrebi reguliranja istih pojava na razini EU-a, a neke države članice su već zbog toga promijenile svoje propise. Stoga se zaključno daju prijedlozi rješenja za naše pravo.

4 Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, Debt, Equity, and Hybrid Decoupling: Governance and Systemic Risk Implications, <http://ssrn.com/abstract=1084075> (posjećeno 21.11.2012.), Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership: Taxonomy, Implications, and Reforms, *The Business Lawyer*, vol. 61., br. 3., 2006., str. 1011-1070., Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, Equity and Debt Decoupling and Empty Voting II: Importance and Extensions, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156., br. 3., 2008., str. 625-739., Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, Hedge Funds, Insiders, and Empty Voting: Decoupling of Economic and Voting Ownership in Public Companies, *Journal of Corporate Finance*, vol. 15., 2007., str. 343-367., Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, The New Vote Buying: Empty Voting and (Morphable) Ownership, *Southern California Law Review*, vol. 79., 2006., str. 811-908., Kahan, Marcel, Rock, Edward, B., Hedge Funds in Corporate Governance and Corporate Control, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155., 2007., Schouten, Michael C., The Case for Mandatory Ownership Disclosure, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, vol. 15., 2010., str. 127-182.

2. REFERENTNI PROPISI I NJIHOV RATIO

Objavljivanje podataka o promjenama u postotku glasačkih prava u društvima čiji su vrijednosni papiri uvršteni radi trgovanja na uređeno tržište u RH regulirano je odredbama Zakona o tržištu kapitala (dalje u tekstu: ZTK).⁵ Dužnost objave nekih promjena (u postotku glasova, ali i u držanju udjela) postoji za sva dionička društva (i šire, društva kapitala) prema Zakonu o trgovačkim društvima (dalje u tekstu: ZTD).⁶ Jedna od promjena u prelasku praga u držanju glasačkih prava u uvrštenom društvu (prelazak kontrolnog praga) rezultira obvezom objave ponude za preuzimanje prema Zakonu o preuzimanju dioničkih društava (dalje u tekstu ZPDD).⁷

U Europskoj uniji objavljivanje informacija o promjenama u držanju glasačkih prava u društvima čiji su vrijednosni papiri uvršteni na uređeno tržište regulirano je odredbama Direktive Europskog parlamenta i Vijeća broj 2004/109/EZ od 15. prosinca 2004. godine o usklađivanju zahtjeva za transparentnošću u svezi podataka o izdavateljima čiji su vrijednosni papiri uvršteni u trgovanje na uređenom tržištu kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva 2001/34/EZ (dalje u tekstu: Direktiva o transparentnosti),⁸ Direktivom Komisije 2007/14/EZ od 8. ožujka 2007. godine kojom se propisuju detaljna pravila za provedbu određenih odredbi Direktive 2004/109/EZ o usklađivanju zahtjeva za transparentnošću u vezi informacija o izdavateljima čiji su vrijednosni papiri uvršteni za trgovanje na uređenom tržištu (dalje u tekstu: Direktiva 2007/14/EZ),⁹ Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća broj 2008/22/EZ od 11. ožujka 2008. godine kojom se mijenja i dopunjuje Direktiva 2004/109/EZ (dalje u tekstu: Direktiva 2008/22/EZ).¹⁰ Države članice Europske

5 Zakon o tržištu kapitala, Narodne novine br. 88/08, 146/08, 74/09.

6 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, u čl. 478. propisuje obvezu društva pri stjecanju više od četvrtine dionica u dioničkom društvu, bez obzira je li riječ o uvrštenom društvu ili onom koje to nije, sa sjedištem u RH, bez odgađanja pismeno obavijesti to društvo. Nužno je istaknuti da se odredba ZTD-a ne vezuje samo za pravo glasa, već za udio u temeljnom kapitalu, dakle u slučaju stjecanja više od četvrtine (povlaštenih) dionica bez prava glasa također treba obavijestiti društvo. Ista dužnost obavještavanja vrijedi ako jedno društvo prema čl. 478. st. 3. ZTD-a, stekne u drugom društvu većinsko sudjelovanje (većinu udjela ili većinsko pravo odlučivanja).

7 Zakon o preuzimanju dioničkih društava, Narodne novine br. 109/07, 36/09, 108/12.

8 Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2005 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, OJ L 390, 31.12.2004., str. 38–57.

9 Commission Directive 2007/14/EC of 8 March 2007 laying down detailed rules for the implementation of certain provisions of Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, OJ L 69, 9.3.2007., str. 27–36.

10 Directive 2008/22/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2008 amending Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, as regards the implementing powers conferred on the Commission, OJ L 76, 19.3.2008., str. 50–53.

unije bile su dužne prenijeti odredbe Direktive o transparentnosti u svoje nacionalno zakonodavstvo do 20. siječnja 2007. godine, a odredbe Direktive 2007/14/EZ najkasnije u roku 12 mjeseci od dana donošenja, dakle do 8. ožujka 2008. godine. Uz odredbe Direktive o transparentnosti u europskom pravu relevantne su i odredbe Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima,¹¹ Direktive o ponudama za preuzimanje.¹² Budući da su uvrštena društva dužna primjenjivati i propise kojima se uređuje pravni položaj onih društava koja nisu uvrstila svoje vrijednosne papire na organizirana tržišta kapitala, potrebno je uzeti u obzir i odredbe Četvrte¹³ i Sedme¹⁴ direktive u pravu društava.

Propisivanjem obveze obavještavanja/objavljivanja podataka o držanju određenoga postotka glasačkih prava u uvrštenom društvu nastoji se postići dvostruki cilj. S jedne strane, sudionici tržišta kapitala na taj način pribavljaju informacije o značajnim transakcijama s dionicama društva u koje namjeravaju uložiti svoj kapital, a s druge identificiraju se osobe koje drže „velike blokove dionica“ u pojedinim društvima, što je osobito važno za procjenu njihove glasačke snage unutar društva.¹⁵ K tomu isti podaci omogućavaju tijelu koje obavlja

- 11 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14. 7. 2007., str. 17-24. O osvrtnu na pojedine odredbe Direktive o pravima dioničara s aspekta hrvatskoga prava vidjeti kod Maurović, Ljiljana, Smjernica EU o ostvarivanju prava glasa dioničara na glavnoj skupštini, Hrvatska pravna revija, br. 10., 2010., str. 37-43.
- 12 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. Vidi podatke čija je objava propisana u čl. 10. navedene Direktive.
- 13 Fourth Council Directive 78/660/EEZ of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies, OJ L 222, 14.8.1978., str. 11., izmijenjena odredbama Directive 2006/46/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 amending Council Directives 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies, 83/349/EEC on consolidated accounts, 86/635/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions and 91/674/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of insurance undertakings, OJ L 224, 16.8.2006., str. 1-7.
- 14 Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, OJ L 193, 18.7.1983., str. 1-17.
- 15 Commission Staff Working Document, The review of the operation of Directive 2004/109/EC: emerging issues, Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Operation of Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/directive/sec-2010_611_en.pdf, str. 14. (posjećeno 14.7.2012.), gdje se iznosi sumnja u učinkovitost postojećeg režima omogućiti izdavateljima da dobiju uvid u „stvarne“ dioničare. Vidjeti više kod Kraakman, Reiner, Disclosure and Corporate Governance: An Overview Essay, u knjizi Ferrarini, Guido, Hopt, Klaus, J., Winter, Jaap, Wymeersch, Eddy, Reforming Company and Takeover Law in Europe, Oxford University Press, 2004., str. 96., 99-101., ističe argumente za propisivanje obveze objavljivanja podataka. Ujedno iznosi da obveza objave podataka ima tri funkcije, funkciju provedbe (engl. *enforcement function*), edukativnu funkciju (engl. *educative function*) i zakonodavnu funkciju (engl. *legislative function* ili, tzv. „*comply or explain*“ strategy).

nadzor nad tržištem kapitala i manjinskim dioničarima praćenje ponašanja velikih dioničara, kako bi ih se pri oblikovanju volje društva onemogućilo u ostvarivanju isključivo privatnih koristi, a na uštrb interesa društva.

3. RELEVANTNA STJECANJA GLASAČKIH PRAVA KOJA REZULTIRAJU OBVEZOM OBAVJEŠTAVANJA PREMA ZTK-u

3.1. Osnovni pragovi i adresati

Odredbom čl. 413. st. 1. ZTK-a, fizička osoba ili pravni subjekt koji neposredno ili posredno dosegne, prijede ili padne ispod praga od 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% i 75% glasačkih prava u izdavatelju dionica obavezan je o takvom dosezanju, prelasku ili padu ispod praga bez odgode, a najkasnije u roku od četiri trgovinska dana, dostaviti obavijest izdavatelju i HANFI.¹⁶ Relevantno je stjecanje onog broja dionica kojim se prelazi prag broja glasova na glavnoj skupštini, a ne postotak u temeljnom kapitalu društva budući da je cilj obavještanja saznati tko ima utjecaja na donošenje odluka.

Sukladno čl. 413. st. 2. ZTK-a obveza obavještanja o promjenama u postotku glasačkih prava odnosi se na svako dosezanje, prelazak ili pad ispod propisanih pragova u izdavatelju koje je posljedica: 1. stjecanja, otpuštanja ili ostvarivanja glasačkih prava sukladno člancima 415., 416. i 417. ZTK-a i/ili 2. promjene broja dionica s pravom glasa na koje je podijeljen temeljni kapital izdavatelja ili promjene broja glasačkih prava iz tih dionica.¹⁷ Nužno je istaknuti da komparativno gledano, postoji trend snižavanja propisanih pragova, tako da se oni već sada čak „spuštaju“ na 2% ili 3%,¹⁸ a što je u skladu s odredbom čl. 3. Direktive o transparentnosti.

16 Istovjetna odredba sadržana je u čl. 9. st. 1. Direktive o transparentnosti („*Notification of the acquisition or disposal of major holdings*“). Direktiva daje mogućnost državama članicama ne primijeniti prag od 30%, ako primjenjuje prag od 1/3 te ne primijeniti prag od 75% ako primjenjuje prag od 2/3. U pravu SAD-a obveza objavljivanja podataka o držanju glasačkih prava u uvrštenom društvu nastaje stjecanjem 5% ili više dionica istog roda s pravom glasa. Izjava o objavi podataka (*Schedule 13D*) mora se dati u roku od 10 dana od prelaska propisanoga praga. Taj, tzv. „*10-day window*“ se kritizira kao predug. Vidi, Jensen, Michael, C., *Takeovers: Their Causes and Consequences*, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 2., br. 1., 1988., str. 37-38. Kenyon-Slade, Stephen, *Mergers and Takeovers in the US and UK – Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004., str. 93., koji predlaže rok od 48 sati za ispunjavanje, tzv. *pre-notification Schedule 13D* prije nego što stekne 5% ili više pojedinoga roda dionica ciljnoga društva, te rok od 24 sata i dva dana („*cooling-off period*“) u kojemu stjecatelj ne može stjecati dodatne dionice ciljnoga društva.

17 Isto u čl. 9. st. 2. Direktive o transparentnosti.

18 Iako su postojala upozorenja za opasnost od prevelikog snižavanja pragova, European Securities Markets Expert Group (*ESME*) podržala je prag od 3%, a takvo je stajalište zauzeto i u Commission Staff Working Document, *The review of the operation of Directive 2004/109/EC: emerging issues*, Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Operation of Directive 2004/109/EC on the harmonisation*

Odredbama sadržanim u člancima 415., 416. i 417. ZTK-a, proširuju se situacije „držanja“ koje za dioničara rezultiraju dužnošću objave.

3.2. Ubrajanje potvrda o deponiranim dionicama

Prema čl. 415. ZTK-a za potrebe ubrajanja glasačkih prava, izjednačuju se glasačka prava koja proizlaze iz dionica s pravom glasa sadržanim u potvrdama o deponiranim dionicama¹⁹ kada se te dionice, odnosno potvrde o deponiranim dionicama drže posredno ili neposredno, u svoje ime i za svoj račun ili u svoje ime i za račun druge osobe.

3.3. Ubrajanje financijskih instrumenta koji daju pravo na isporuku dionica

Odredbe čl. 416. ZTK-a reguliraju kada je držanje financijskog instrumenta koji daje pravo na stjecanje dionica relevantno za potrebe objave. Osobi se pribraja pravo glasa iz dionica ako stekne financijske instrumente²⁰ (koje drži bilo posredno ili neposredno), a koji mu daju bezuvjetno pravo da svojom jednostranom izjavom volje, na temelju obvezujućeg pravnog posla sklopljenog prema mjerodavnom pravu, steknu već izdane dionice s pravom glasa izdavatelja koje su temelj izdanja odnosno financijskog instrumenta.²¹

of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/directive/sec-2010_611_en.pdf, str. 15., 63. (posjećeno 14.7.2012.). U pojedinim državama članicama (Austrija, Belgija, Cipar, Češka, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Mađarska, Italija, Luksemburg, Latvija i Poljska) izdavatelji su u statutu društva ovlašteni propisati niži prag za objavu podataka o držanju dionica. Zakonom se može propisati koji je najniži prag. Primjerice u Francuskoj on iznosi 0,5%, dok je u Belgiji 1%.

- 19 Sukladno čl. 532. ZTK-a potvrda o deponiranim vrijednosnim papirima je vrijednosni papir koji sadrži pravo imatelja tog vrijednosnog papira da od izdavatelja potvrde o deponiranju zahtijeva: 1. ispunjenje obveze iz vrijednosnog papira na kojeg se ta potvrda odnosi (osnovni vrijednosni papir) ili 2. da za njegov račun ostvaruje prava iz osnovnog vrijednosnog papira prema izdavatelju osnovnog vrijednosnog papira. Čl. 534. st. 1. ZTK-a propisuje da se potvrda o deponiranim vrijednosnim papirima izdaje kao nematerijalizirani vrijednosni papir.
- 20 Financijski instrumenti definirani su u čl. 3. st. 1. t. 2. ZTK-a. Odredbom čl. 13. st. 2. Direktive o transparentnosti propisano je da Komisija određuje vrste financijskih instrumenata, njihovo zbrajanje kao i pravnu prirodu obvezujućeg pravnog posla. Čl. 11. Direktive 2007/14/EZ propisuju se vrste financijskih instrumenata koji daju pravo na stjecanje dionica s pravom glasa, isključivo na inicijativu imatelja. Izričito je propisano da će se prenosivi vrijednosni papiri (*transferable securities*), opcije (*options*), terminski ugovori (*futures, swaps*), ugovori s terminskim tečajem (*forward rate agreements*) i svi ostali ugovori o izvedenim instrumentima (*other derivative contracts*), iz Odjeljka C Priloga I. Direktive 2004/39/EC, smatrati financijskim instrumentima, pod uvjetom da na temelju obvezujućeg pravnog posla daju pravo na stjecanje dionica s pravom glasa, koje su već izdane, isključivo na inicijativu imatelja čije su dionice radi trgovanja uvrštene na uređenom tržištu.
- 21 Odredbom čl. 13. Direktive o transparentnosti izričito je propisano da se obveza obavještanja iz čl. 9. Direktive primjenjuje na fizičke i pravne osobe koje neposredno ili posredno

Mora se raditi o takvim financijskim instrumentima koji daju na dan dospijeća mogućnost izbora između stjecanja već izdanih dionica s pravom glasa izdavatelja koje su temelj izdanja odnosno financijskog instrumenta i isplate u novcu.²² U obzir se uzimaju svi financijski instrumenti koje fizička osoba ili pravni subjekt drži, a koji su izdani na temelju dionica s pravom glasa istog izdavatelja (čl. 416. st. 4. ZTK). Obavijest o stjecanju takvog instrumenta mora sadržavati i podatak o danu dospijeća ili danu proteka roka financijskog instrumenta te podatak o danu ili razdoblju u kojem fizička osoba ili pravni subjekt može steći dionice s pravom glasa izdavatelja koje su temelj izdanja odnosno financijskog instrumenta.²³

Za ubrajanje prava glasa iz dionica koje se mogu steći temeljem financijskog instrumenta nužno je ispunjenje nemalog broja kumulativnih uvjeta. Prvi je uvjet da je diskrecijska ocjena o aktivaciji tog financijskog instrumenta isključivo na strani imatelja financijskog instrumenta. Tipičan primjer za to je stjecanje opcije za kupnju dionica. Odluka o aktiviranju opcije je isključivo na njezinu kupcu, pa ako je kupac opcije ne aktivira ona „propada“. Drugi je uvjet pomalo nespretno sročeno, ali je njegova bit sljedeća: mora se raditi o pravnom poslu koji prema mjerodavnom pravu formalno ovlašćuje imatelja financijskog instrumenta da zahtijeva ispunjenje obveze sadržane u tom financijskom instrumentu. Za to je potrebno prvo utvrditi da je financijski instrument valjan prema mjerodavnom pravu, a drugo da je ovlaštenik iz tog financijskog instrumenta u mogućnosti na tom ugovoru temeljiti svoj zahtjev. Ako obveza isporuke dionica ne bi proizlazila formalno iz financijskog instrumenta nego iz džentlenskog sporazuma, tada se dionice iz tih instrumenata ne bi mogle pribrojiti.²⁴ Treći je uvjet da dionice moraju već biti izdane. Tako npr. financijski instrument kojim bi se ovlašteniku davalo pravo na isporuku dionica koje će se tek upisati o dospijeću emisije zamjenjivih obveznica, ne bi ulazio u polje primjene ove odredbe. Četvrti uvjet sastoji se u tomu da ovlašteniku iz takvog financijskog instrumenta mora biti dana oba prava kao alternative: ili da zahtijeva predaju dionica ili da zahtijeva predaju novca. Drugim riječima, ako temeljem takvog financijskog instrumenta nastaje za drugu stranu samo obveza isplate u novcu (*cash settlement derivative*) onda ovlaštenik iz financijskog instrumenta ne može zahtijevati predaju dionica, pa se takvi financijski instrumenti niti ne računavaju za potrebe brojanja glasačkih prava. No, vidjet ćemo iz korporativne prakse preuzimanja na koji su način ulagatelj koji se pripremao za preuzimanje i investicijski bankar našli načina da zaobiđu ovaj uvjet, kako bi izbjegli računanje dionica temeljem tog pravnog

drže financijske instrumente (*financial instruments*) koji daju pravo stjecanja dionica s pravom glasa koje su već izdane, izdavatelja čije su dionice uvrštene radi trgovanja na uređenom tržištu, na njihovu vlastitu inicijativu na temelju formalnog (obvezujućeg) sporazuma (engl. *formal agreement*).

22 Direktiva o transparentnosti u čl. 13. propisuje da o dospijeću, imatelj instrumenta mora imati ili *bezuvjetno* pravo stjecanja dionica ili *diskrecijsko pravo* da takve dionice stekne ili ne stekne.

23 Isto u čl. 13. Direktive o transparentnosti.

24 Vidi *infra* slučaj Continental AG, pod točkom 6.2.1.

posla.²⁵ Stoga je i ponuda za preuzimanje koja je uslijedila bila i veliko iznenađenje za izdavatelja.

3.4. Slučajevi ili kombinacije slučajeva koji se također pribrajaju

Čl. 417. ZTK-a navodi još osam situacija u kojima se dioničarima pribrajaju glasačka prava u izdavatelju, bilo da se radi o navedenim slučajevima ili kombinacijama tih slučajeva. Krug navedenih slučajeva/situacija zapravo nastoji dati stvarnu sliku glasačke snage u društvu.

U prvom slučaju (čl. 417. st.1. t. 1. ZTK) radi se o glasačkim pravima koja drži treća strana, s kojom je fizička osoba ili pravni subjekt sklopio sporazum, kojim su se sve strane obvezale svojim usklađenim ostvarivanjem glasačkih prava koja drže, usvojiti dugoročnu politiku upravljanja izdavateljem.

Radi se zapravo o takvom obliku zajedničkog djelovanja u uvrštenom dioničkom društvu koje ima za cilj usklađeno ostvarivanje glasačkih prava, čime se opet nastoji povećati glasačka snaga. Uzmimo da oba dioničara imaju 4,9% glasačkih prava u izdavatelju. Niti jedan niti drugi nemaju zasebnu dužnost objave, jer nitko od njih nije prešao prag. No, s obzirom na to da se njihova glasačka snaga podvostručuje, a oni zajedno imaju 9,8% glasova i da usklađeno ostvaruju pravo glasa, o toj će okolnosti morati obavijestiti izdavatelja. Ako je takvih dioničara više, prijeđu li oni tim oblikom zajedničkog djelovanja prag od 25%+1 dionicu (kontrolni prag prema ZPDD-u) morat će objaviti ponudu za preuzimanje.

Ovaj slučaj za koji ZTK propisuje pribrajanje, samo je jedan od pojavnih oblika zajedničkog djelovanja koji su relevantni za potrebe primjene ZPDD-a, odnosno za potrebu utvrđivanja prelaska kontrolnog praga i to, tzv. „zajedničkim djelovanjem temeljem sporazuma“. No odredbe ZPDD-a preciznije određuju o kakvom se sporazumu mora raditi da bi se na temelju njega mogao izvesti zaključak o postojanju zajedničkog djelovanja. Usklađeno ostvarivanje prava glasa prepoznato je prema ZPDD-u samo kao jedan od ciljeva, koji se mogu ostvariti takvim sporazumom, ali je ZPDD izrijekom uredio da taj sporazum može biti: izričit ili prešutan, usmeni ili pisani, pa nema razloga da se takvo shvaćanje ne usvoji i za potrebe interpretacije ove norme iz ZTK-a.

U drugom slučaju (čl. 417. st. 1. t. 2. ZTK) radi se o glasačkim pravima koja treća strana drži na temelju sporazuma kojim je fizička osoba ili pravni subjekt privremeno i uz naknadu prenio ostvarivanje glasačkih prava na treću stranu. Taj se sporazum najčešće sklapa kako bi se prije ili tijekom održavanja glavne skupštine društva ojačala glasačka snaga nekog dioničara, posebno u pravnim sustavima koji poznaju sustav registracije ili prijave dioničara za sudjelovanje na skupštini društva. Propis je tako ustrojen da podrazumijeva da je osoba koja prenosi pravo glasa privremeno i uz naknadu ostala imatelj vrijednosnog papira, te je samo prenijela izvršavanje prava glasa (uz naknadu). Stoga je upitno mogu li se pod ovu

25 Loc. cit.

normu podvesti slučajevi gdje je pozajmila dionicu ili sklopila ugovor o prodaji s nazadkupnjom. Te osobe ne izvršavaju tuđe, već svoje pravo glasa, a dionicu će vratiti/nazadprodati kada to od njih očekuje osnovni ugovor. Kako je njihovo stjecanje dionica privremenog karaktera, ta osoba može vrlo lako iskoristiti te dionice da glasa na štetu društva, jer zbog povrata dionica neće snositi ekonomske konsekvence svog glasovanja. Ako se ima u vidu da pravni sustavi koji su usvojili koncept registracije, odnosno prijave dioničara na skupštinu zahtijevaju da je svojstvo „biti dioničar“ važno na taj dan, lako se može dogoditi da ta ista osoba, koja je privremeno stekla dionice glasuje na skupštini, a da uopće nije više dioničar. Konsekvence glasovanja privremenog dioničara snosit će dioničar kojem će biti vraćene/nazadprodane te iste dionice.

Treći slučaj (čl. 417. st. 1. t. 3. ZTK) označava situaciju u kojoj su glasačka prava prenesena na neku osobu radi osiguranja neke njezine tražbine. U slučaju založnopravnog osiguranja založni dužnik ostaje imatelj dionice, a u slučaju fiducijarnog osiguranja, fiducijar je novi „privremeni imatelj“ dionice sa svim prerogativima, dok god traje fiducija, stoga se dionice i glasačka prava koja iz njih proizlaze pripisuju njemu. No kako fiducijant i fiducijar mogu ugovorom utvrditi i drukčije (npr. da fiducijar mora slijediti upute fiducijanta) postavlja se pitanje kome će se onda ti glasovi pribrajati – fiducijantu ili fiducijaru. Barbić smatra da „*fiducijar ostvaruje pravo glasa na temelju dionice koju drži kao i svaki drugi dioničar pa nema potrebe utvrđivati kontrolira li fiducijar pravo glasa, jer je jasno da je tako kad je dioničar, a još manje ima li potrebe utvrđivati ima li kao dioničar namjeru koristiti se pravom glasa*“.²⁶ Ovo shvaćanje ima potporu u tomu što će prema trećima uvijek biti relevantna izjava volje koju iskaže fiducijar, neovisno što će možda biti osnove da ga fiducijant pozove na odgovornost zbog toga što je fiducijar glasovao suprotno njegovim uputama. No pri zalaganju dionice, s obzirom na to da dioničar ostaje nominalno dioničar, potrebno je ulaziti u unutarnji odnos između založnog dužnika i vjerovnika, i provjeravati tko od njih kontrolira pravo glasa, kao što nalaže ZTK.

Do slične situacije dolazi kada je na dionici u korist neke osobe osnovano pravo plodouživanja, pa je to ujedno četvrti slučaj (čl. 417. st. 1. t. 4. ZTK) koji rezultira obvezom obavještavanja izdavatelja. Barbić smatra da plodouživatelj dionice ne pripada pravo glasa, međutim, imatelj dionice će pri glasovanju zasigurno voditi računa o interesima plodouživatelja.²⁷ To je logično jer plodouživatelj crpi iz dionica ekonomsku korist.

Peti slučaj nameće obvezu dioničaru da obavijesti izdavatelja o dionicama koje drži putem osoba koje ona kontrolira, pri čemu zakonodavac u čl. 418. st. 1. ZTK-a određuje što točno smatra kontroliranim društvom.²⁸ Prvi je slučaj kada osoba koja kontrolira društvo mora u njemu imati većinu glasačkih prava. Drugi je slučaj u

26 Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2010., str. 564-565.

27 Ibid., str. 565.

28 Kontrolirano društvo definirano je u čl. 2. st. 1. t. f. Direktive o transparentnosti.

kojem je osoba dioničar ili član te ima pravo imenovati ili opozvati većinu članova upravljačkih i/ili nadzornih tijela. Treći je slučaj u kojem je osoba dioničar ili član te u kojem samostalno kontrolira većinu glasačkih prava temeljem sporazuma sklopljenog s drugim dioničarima ili članovima toga pravnog subjekta. Četvrti je slučaj u kojem osoba može ostvarivati ili ostvaruje prevladavajući utjecaj ili kontrolu.²⁹ Osoba koja ima kontrolu smatra se vladajućom osobom, a njoj se prema izričitoj dikciji čl. 418. st. 3. ZTK-a pribrajaju osim glasova kontroliranog društva i glasačka prava onih fizičkih osoba ili pravnih subjekata koje glasaju u svoje ime, ali za račun vladajuće osobe ili nekoga kontroliranog društva vladajuće osobe.

Kada se radi o dionicama koje su u pohrani, glasačka prava iz tih dionica pribrajaju se toj osobi (skrbniku), ako ta osoba može ostvarivati pravo glasa iz dionica samostalno, po vlastitoj ocjeni, ako nema posebne upute dioničara. Ovaj zakonom određen šesti slučaj „pribrajanja“ (čl. 417. st. 1. t. 6. ZTK) ujedno pokazuje u čemu se sastoji „kontrola nad pravom glasa“. To je samostalnost ovlaštenika (u ovom slučaju skrbnika) da glasuje po svojoj vlastitoj ocjeni u nedostatku posebnih uputa dioničara. No, ako bi dioničar iskoristio svoje pravo na davanje uputa onda se glasačka snaga iz tih dionica ne bi mogla pripisati skrbniku. No hoće li do toga doći potpuno je neizvjesna okolnost izvan kontrole skrbnika, pa to stvara pravnu nesigurnost oko toga kome će se glasačka prava na kraju pribrojiti. Do tih će situacija smatramo razmjerno rijetko dolaziti, jer dioničari i daju svoje dionice u skrbništvo kako bi nekoj stručnoj osobi prepustili upravljanje pravima iz dionica. Valja istaknuti da kada skrbnik drži dionice u pohrani, a može glasovati isključivo uz upute dioničara, tada je prema izričitoj normi čl. 427. ZTK-a oslobođen dužnosti obavještanja neovisno o tomu koliko takvih dionica drži.

Sedmi slučaj koji je okidač obveze obavještanja o držanju dionica (čl. 417. st. 1. t. 7. ZTK) označava situaciju kada glasačka prava drži treća strana u svoje ime, ali to čini za račun neke druge osobe. Radi se o odnosu u kojem se treća strana nominalno iskazuje kao dioničar, ali djelujući u tom svojstvu to čini za račun treće osobe. Ovakav bi aranžman odgovarao pravnoj naravi komisijskog posla. Cilj takvih aranžmana također može biti prikazivanje manje glasačke snage (u ovom slučaju komitenta) nego što to ona zapravo jest.

Osmi slučaj (čl. 417. st. 1. t. 8. ZTK) je punomoćnik dioničara. Za njega vrijede isti kriteriji kao i za skrbnika. Ako on može samostalno, prema vlastitoj ocjeni, u slučaju da nema posebne upute dioničara, ostvarivati pravo glasa, tada se takvo držanje dionica pribraja već postojećim oblicima držanja i o tomu se treba obavijestiti izdavatelja.

29 Čl. 5. st. 4. ZPDD-a uređuje pojam kontrole nešto drugačije u svrhu utvrđenja zajedničkog djelovanja. Cit.: (4) Smatra se da fizička i/ili pravna osoba kontrolira pravnu osobu ako ima: 1. neposredno ili posredno više od 25% udjela u temeljnom kapitalu pravne osobe, 2. neposredno ili posredno više od 25% glasačkih prava u glavnoj skupštini pravne osobe, 3. pravo upravljanja poslovnim i financijskim politikama pravne osobe na temelju ovlasti iz statuta ili sporazuma, 4. neposredno ili posredno prevladavajući utjecaj na vođenje poslova i donošenje odluka.

3.5. Obavijest koja se upućuje izdavatelju

Obavijest o promjeni glasačkih prava mora imati zakonom propisane sastojke (čl. 423. ZTK). Kada dioničar objavi držanje određenog postotka dionica s pravom glasa u društvu, on nije dužan objaviti što namjerava činiti s dionicama koje drži.

Neka zakonodavstva to zahtijevaju. Objava namjere u svezi s dionicama zahtijeva se u francuskom i njemačkom zakonodavstvu. U francuskom pravu, sukladno odredbama koje su izmijenjene 2009. godine,³⁰ ulagatelj je dužan objaviti namjeru s dionicama društva po prelasku propisanih pragova, 10%, 15%, 20% i 25%. Ulagatelj je dužan objaviti podatke o tomu na koji način je financirana transakcija stjecanja dionica, koja su jamstva dana kao i njegove namjere s izdavateljem. Dužan je objaviti drži li sva prava iz dionica ili ih drži kroz posudbu (*stock lending*). Rok za dostavu obavijesti (izdavatelju i regulatoru) je 5 radnih dana. Također, ulagatelj je dužan dostaviti nove podatke o namjeri s izdavateljem, ako se ona promijenila. Ujedno izmjenama francuskoga zakonodavstva koje se primjenjuju od 1. listopada 2012. godine, ulagatelj je dužan objaviti namjere u pogledu derivata namirivih u novcu kao i onih u dionicama (*equity-settled derivatives kao i cash-settled derivatives*) koji se sukladno novom uređenju uzimaju u obzir u računanju glasačke snage dioničara za potrebe obavještanja o držanju značajnoga postotka dionica u uvrštenom društvu. Sukladno čl. L. 233-7 francuskoga *Code de commerce*, ulagatelj koji je dužan objaviti namjeru (*declaration of intent*) mora precizirati namjerava li ostvariti opcijski ugovor (*option contract*) stjecanjem dionica koje drži njegova protustranka kod koje je osigurao svoje ulaganje (*as its hedge position*) ili ako namjerava izmijeniti uvjete opcijskog ugovora na način da novčanu naknadu zamijeni naknadom u fizičkom obliku (*physical settlement*).³¹

U njemačkom pravu, *Risikobegrenzungsgesetz* iz 2008. godine³² propisano je da je ulagatelj koji dosegne ili prijeđe prag od 10% prava glasa u uvrštenom društvu dužan objaviti svoju namjeru vezanu uz njegovo ulaganje u roku od 20 trgovinskih dana od dosizanja ili prelaska propisanog praga, osim ako je prag dosegnut ili prijeđen samo privremeno, za kraće vremensko razdoblje.³³ Ako dođe do promjene objavljenih podataka, ulagatelj je dužan poslati novu obavijest u roku od 20 trgovinskih dana. Međutim, nužno je naglasiti da izdavatelji u svom statutu mogu propisati neprimjenu ovih odredaba (§ 27a. WpHG). Slično je u pravu SAD-a, gdje

30 Loi No 2009-1255 du 19 octobre 2009 kojim je izmjenjena odredba čl. L. 233-7 francuskog Code de commerce. Vidi čl. 223-17 AMF General Regulations, dostupno na http://www.amf-france.org/documents/general/8155_1.pdf (posjećeno 30. 01. 2013.).

31 Loi No 2012-387 du 22 mars 2012 kojim je izmjenjena odredba čl. L 233-7 (VII) Code de commerce.

32 Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungs-gesetz) vom 12. August 2008 (BGBl. I S. 1666).

33 § 27a. WpHG izričito propisuje da su ulagatelji dužni objaviti: 1. je li stjecanje učinjeno radi ostvarivanja strateških ciljeva ili ostvarivanja dobiti, 2. namjeru stjecanja daljnjih prava glasa u narednih 12 mjeseci, 3. namjeru ostvarivanja utjecaja na organe upravljanja izdavateljem, 4. namjeru provođenja materijalnih promjena u strukturi kapitala društva kao i namjeru uvođenja promjena u politiku dividendi.

Section 13(d) Securities Exchange Act³⁴ (dalje u tekstu: SEA) kao i Rule 13d-1(a) Regulation 13D, svaka osoba koja, posredno ili neposredno, stekne glasačka prava (*beneficial ownership*)³⁵ od 5% ili više dionica izdavatelja istog roda s pravom glasa dužna je to javno objaviti. No, u istoj objavi (*Schedule 13D*), stjecatelj je dužan navesti je li stjecanje dionica dovelo ili će dovesti do promjene u postojećem sastavu upravnog odbora (uključujući i to hoće li se predložiti promjena broja direktora u društvu ili uvjeta za njihovo postavljanje), odnosno hoće li navedena promjena u držanju glasova dovesti do popunjavanja postojećih, a upražnjenih mjesta u upravnom odboru. Ujedno je dužan navesti hoće li uslijed navedenog stjecanja doći do promjene u statutu društva, internim aktima društva (*by-laws*) ili će doći do poduzimanja drugih radnji koje mogu utjecati na stjecanje kontrole nad izdavateljem od bilo koje osobe. Dakle, dužan je objaviti svoje namjere u pogledu dionica koje drži.³⁶

Prema ZTK-u, rok za dostavu obavijesti počinje teći od dana od kada je fizička osoba ili pravni subjekt: 1. saznao ili s obzirom na okolnosti mogao saznati za stjecanje, otpuštanje ili mogućnost ostvarivanja glasačkih prava, neovisno o danu stjecanja, otpuštanja ili mogućnosti ostvarivanja glasačkih prava, 2. saznao za posljednje podatke objavljene javnosti sukladno čl. 429. ZTK-a. Prema čl. 574. ZTK-a propisana je novčana kazna za onu osobu koja propusti dostaviti obavijest o dozezanju, prelasku ili padu ispod propisanih pragova u izdavatelju. U poredbenom pravu osoba koja ne obavijesti o držanju propisanog postotka glasačkih prava u društvu ne može ostvarivati pravo glasa po dionicama kojima prelazi propisani prag te bi takvo rješenje valjalo usvojiti i u nas.³⁷

Sukladno čl. 417. st. 2. ZTK-a kad nastane obveze obavještavanja, svaka osoba za koju je nastala obveza, obvezna je izdavatelju i HANFI dostaviti obavijest, a smatra se da je tako nastaloj obvezi udovoljeno ako se izdavatelju dostavi jedna zajednička obavijest.

34 Securities Exchange Act of 1934, Pub. L. 73-291, 48 Stat. 881 (15 U.S.C. § 78a et seq.).

35 Sukladno Rule 13d-3 Regulation 13D („*Determination of Beneficial Owner*”) pojam „*beneficial owner*“ obuhvaća svaku osobu koja, posredno ili neposredno ima glasačku snagu („*voting power*“) koja uključuje pravo glasa ili određivanje kako će se glasovati na temelju dionice koja daje pravo glasa i/ili ulagateljsku snagu („*investment power*“) koja uključuje pravo raspolaganja ili određivanje kako će se raspolagati dionicom.

36 Vežano uz objavljivanje podataka o držanju glasačkih prava u društvima koja su uvrstila svoje dionice na organizirano tržište kapitala, u američkom pravu trenutno postoji pet različitih režima: režim koji se primjenjuje na tzv. aktivne dioničare koji drže 5% dionica s pravom glasa (*Schedule 13D*), zatim režimi koji se primjenjuju na tzv. pasivne dioničare koji drže 5% dionica s pravom glasa (*Schedule 13G*), institucionalne ulagatelje (*Form 13F*), *insidere* (direktore i dužnosnike društva) i dioničare koji drže 10% dionica društva (*Formulari 3, 4 ili 5 Section 16.*) i *mutual funds*. Ono što se predlaže u SAD-u je pojednostavljenje propisa o objavi podataka o držanju dionica u društvu (*share ownership disclosure rules*).

37 Jurić, Dionis, Transparentnost statusnih i financijskih odnosa povezanih društava, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27., br. 2., 2008., str. 959., gdje se poziva na Clausen, N. J., Sorensen, K. E., Disclosure of Major Shareholdings: A Comparative Analysis of Regulation in Europe, *International And Comparative Corporate Law Journal*, vol. 4., br. 3., 2002., str. 239-242.

3.6. Iznimke od obveze obavještanja

Iznimke od obveze obavještanja pokazuju da određene privremene oblike stjecanja ne treba prijavljivati kada stjecatelji dionica stalno mijenjaju pozicije trgujući u špekulativne svrhe, odnosno kada zauzimaju poziciju kratkoročnih ulagaljelja (*short party*) ili kada „ne kontroliraju“ pravo glasa.

Tako čl. 427. ZTK-a propisuje da za dionice i financijske instrumente koje drži skrbnik u okviru pružanja usluge skrbništva, ne postoji obveza obavještanja pod uvjetom da skrbnik glasačka prava može ostvarivati isključivo uz uputu dioničara dobivenu u pisanom obliku ili korištenjem elektroničkih sredstava.³⁸ Razlog ove iznimke sastoji se u tomu što skrbnik koji je sklopio takav skrbnički ugovor u nedostatku uputa uopće ne smije glasovati, pa onda niti nema glasačku snagu.

Druge iznimke proizlaze iz same prirode trgovanja financijskim instrumentima, koja podrazumijeva da se njima aktivno i često trguje. Ako su razlozi promjene pozicija u financijskim instrumentima usmjereni na stjecanje dobiti, odnosno zaradom na razlici u cijeni, onda se ne može govoriti o ulagateljima na duge staze koji imaju strateške ciljeve s izdavateljem. Oni samo trguju za svoj račun, odnosno u špekulativne svrhe.

Također ne postoji obveza obavještanja glede dionica i financijskih instrumenata koji su stečeni isključivo u svrhu poravnjanja i namire unutar tri trgovinska dana. Da bi se ova iznimka od obveze obavještanja primjenjivala na kreditnu instituciju (ili investicijsko društvo), osim poštivanja rokova za poravnanje i namiru i urednog vođenja knjige trgovanja glasačka prava u knjizi trgovanja ne smiju prelaziti 5% i kreditna institucija ne smije ostvarivati ta glasačka prava niti ih koristiti za uplitanje u upravljanje izdavateljem.³⁹

Istu poziciju ima održavatelj tržišta. To je prema čl. 3. st. 9. ZTK-a osoba koja neprekidno djeluje na tržištu financijskih instrumenata, koja je spremna trgovati za vlastiti račun, kupnjom i prodajom financijskih instrumenata, po cijenama koje sama odredi, koristeći vlastiti kapital. Niti za njega ne postoji obveza obavještanja kada on tim stjecanjem ili otpuštanjem doseže, prelazi ili pada ispod praga od 5% glasačkih prava, pod uvjetom da ima odobrenje za pružanje investicijskih usluga i obavljanje investicijskih aktivnosti nadležnog tijela, ne upliće se u upravljanje izdavateljem, niti vrši bilo kakav utjecaj na izdavatelja da kupi predmetne dionice ili podrži njihovu cijenu.

Odredbama čl. 420.-422. ZTK-a propisane su iznimke kod izračunavanja postotka glasačkih prava nekog izdavatelja koje drži matično društvo društva za upravljanje⁴⁰ i matično društvo investicijskog društva. Međutim, one se primjenjuju

38 Isto u čl. 9. st. 4. Direktive o transparentnosti.

39 Isto u čl. 9. st. 6. Direktive o transparentnosti.

40 Glasačkim pravima koja u slučajevima iz čl. 415., 416. i 417. ZTK-a pripadaju matičnom društvu društva za upravljanje, ne pribrajaju se glasačka prava iz dionica i financijskih instrumenata iz čl. 416. st. 1. ZTK-a kojima to društvo za upravljanje upravlja sukladno propisima kojima se uređuje osnivanje i poslovanje društava za upravljanje otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom, ako društvo za upravljanje ta glasačka

na ograničen krug adresata, odnosno samo na financijske institucije kojima je kupnja i prodaja vrijednosnih papira i financijskih instrumenata osnovna djelatnost bilo da ih kupuju radi upravljanja kolektivnim ili individualnim portfeljem (*asset management*), bilo da ih kupuju po nalogu nalogodavaca ili u špekulativne svrhe. *Ratio* ove odredbe je da se glasačka prava ne pripisuju matičnom društvu (najčešće kreditnoj instituciji koja je osnivač tih društava), ako ovisno društvo koristi pravo glasa iz dionica koje se nalaze u portfelju fondova kojima upravlja ili u portfelju individualnih klijenata, odnosno u vlastitom portfelju, neovisno o matičnom društvu, pri čemu su za investicijska društva propisani još neki dodatni uvjeti.⁴¹

3.7. Obveze izdavatelja

Nakon što je izdavatelj primio obavijest od osobe koja je stekla dionice, nastaje njegova obveza da je objavi javnosti, bez odgode, a najkasnije u roku od tri trgovinska dana od dana zaprimanja (čl. 428. ZTK). Zakonodavac nameće obvezu izdavateljima dionica da na kraju svakog mjeseca, u kojem je došlo do promjene broja dionica s pravom glasa na koje je podijeljen temeljni kapital izdavatelja ili promjene broja glasačkih prava iz tih dionica, objave javnosti informaciju o nastalim promjenama i novom ukupnom broju dionica s pravom glasa.⁴² Ujedno je u čl. 431. ZTK-a propisano da je izdavatelj dionica obvezan bez odgode objaviti javnosti svaku promjenu u pravima iz izdanih dionica, za svaki rod dionica posebno, uključujući i promjene u pravima iz izvedenih vrijednosnih papira koje je izdao izdavatelj i koje daju pravo na stjecanje dionica izdavatelja.⁴³

Budući da društvo stjecanjem i raspolaganjem vlastitim dionicama može značajno utjecati na glasačku snagu pojedinoga dioničara, apostrofirana se potreba objavljivanja podataka o transakcijama stjecanja i otpuštanja vlastitih dionica.⁴⁴ ZTK u čl. 430. st. 1. propisuje da je izdavatelj dionica koji stječe ili otpušta vlastite

prava ostvaruje neovisno o svom matičnom društvu. Isto je propisao u čl. 12. Direktive o transparentnosti.

41 Glasačkim pravima koja u slučajevima iz čl. 415., 416. i 417. ZTK-a pripadaju matičnom društvu investicijskog društva, ne pribrajaju se glasačka prava iz dionica i financijskih instrumenata iz čl. 416. st. 1. ZTK-a kojima to investicijsko društvo upravlja pružanjem usluge upravljanja portfeljem, ako investicijsko društvo: 1. ima odobrenje za pružanje usluge upravljanja portfeljem izdano od HANFE ili nadležnog tijela države članice, 2. može ostvarivati glasačka prava iz dionica samo uz uputu dobivenu u pisanom obliku ili korištenjem elektroničkih sredstava, ili primjenom odgovarajućih mjera osigurava da se usluga upravljanja portfeljem pruža neovisno o ostalim uslugama pod uvjetima koji su jednaki uvjetima određenim propisima, kojima se uređuje osnivanje i poslovanje društava za upravljanje otvorenim investicijskim fondovima s javnom ponudom, 3. glasačka prava ostvaruje neovisno o svom matičnom društvu.

42 Isto u čl. 15. Direktive o transparentnosti.

43 Isto u čl. 16. st. 1. Direktive o transparentnosti.

44 Za europsko pravo vidi čl. 14. Direktive o transparentnosti i čl. 10. st. 1. t. i. Direktive o ponudama za preuzimanje. Za hrvatsko pravo vidi čl. 430. ZTK-a i čl. 272.p. st. 1. t. d. ZTD-a.

dionice, bilo neposredno bilo putem osobe koja djeluje u svoje ime, a za račun izdavatelja, obvezan bez odgode, a najkasnije u roku od četiri trgovinska dana od dana stjecanja ili otpuštanja vlastitih dionica, objaviti javnosti broj vlastitih dionica (u apsolutnom i relativnom iznosu) koje drži nakon svakog stjecanja ili otpuštanja vlastitih dionica. Postotak vlastitih dionica koji drži izdavatelj izračunava u odnosu na sve dionice izdavatelja izdane s pravom glasa (čl. 430. st. 2. ZTK). Postupanje izdavatelja protivno odredbi čl. 430. st. 1. ZTK-a sankcionirano je kao lakši prekršaj izdavatelja naveden u čl. 575. ZTK-a.

Obveza fizičke ili pravne osobe koja je stjecanjem dionica s pravom glasa prešla, dosegla i pala ispod pragova propisanih zakonom da obavijesti o takvom stjecanju (prelasku ili padu) izdavatelja uvijek se, prema čl. 414. st. 1. ZTK-a, računa u odnosu na sve dionice izdavatelja istog roda s pravom glasa, uključujući i vlastite dionice izdavatelja i dionice kod kojih je ostvarivanje glasačkih prava isključeno ili ograničeno zakonom ili pravnim poslom, a prema posljednjim podacima objavljenim javnosti sukladno članku 429. ZTK-a. Dakle, za pravne i fizičke osobe koje su dužne obavijestiti izdavatelja o stjecanju / otpuštanju dionica s pravom glasa mjerodavne su one promjene ukupnog broja glasova (prema čl. 413. st. 2. t. 2. ZTK) koje su posljedica promjene broja ukupno izdanih dionica s pravom glasa (npr. kod izdavanja novih dionica ili povlačenja izdanih dionica) kao i u slučajevima promjene broja glasačkih prava iz već izdanih dionica (npr. pretvaranje povlaštenih dionica u redovne dionice).⁴⁵

3.8. Odgovornost izdavatelja za štetu

U čl. 442. ZTK-a predviđena je i odgovornost za objavljivanje informacija javnosti. Izdavatelj, članovi upravljačkih i/ili nadzornih tijela izdavatelja, kao i osobe koje su u izdavatelju zadužene za ispunjenje pojedinih obveza izdavatelja propisanih člancima 403., 407., 410., 411., 431. i 432. ZTK, solidarno odgovaraju ulagatelju za štetu koju ulagatelj pretrpi radi nepravilnog ispunjenja tih obveza, osim ako se dokaže da su pri ispunjenju istih postupali s pažnjom dobrog stručnjaka. S obzirom na to da se među nabrojenim člancima ne spominje obveza izdavatelja iz čl. 428. ZTK-a, smatramo da je krug odgovornih osoba pri povredi te objave ograničen samo na izdavatelja i članove njegovih upravljačkih tijela. Ovu bi omašku trebalo ispraviti u idućoj redakciji na način da se uvrsti da „osobe koje su u izdavatelju zadužene za ispunjenje pojedinih obveza...“ odgovaraju za propuste objave iz čl. 428. ZTK-a.

⁴⁵ Vidi stajalište HANFE dostupno na: <http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&AKCIJA=230&LANG=&vijestid=488> (posjećeno 17.12.2012.).

4. RELEVANTNA STJECANJA GLASAČKIH PRAVA KOJA REZULTIRAJU OBVEZOM OBJAVE PONUDE ZA PREUZIMANJE PREMA ZPDD-U

4.1. Kontrolni prag i obveza objave ponude

Preuzimanjem dioničkog društva određena osoba stječe ili je na putu da stekne kontrolu nad društvom, nakon čega može utjecati na donošenje ključnih odluka u društvu. Manjinski dioničari tada u pravilu gube utjecaj i interes za ostanak u društvu, pa im treba omogućiti izlazak iz društva. Zbog toga zakonodavac, stjecatelju kontrole nameće obvezu objavljivanja ponude za preuzimanje u trenutku stjecanja određenoga postotka glasačkih prava u društvu. Taj kontrolni prag u hrvatskom pravu iznosi 25% dionica s pravom glasa, čijim prelaskom nastaje obveza objavljivanja ponude za preuzimanje. Kada netko stekne više od 25% glasova u glavnoj skupštini ciljnog društva najčešće može blokirati ili spriječiti donošenje nekih bitnih odluka u društvu, pa se uz taj prag vezuje i pojam kontrolnog praga. Iako taj postotak glasačkih prava označava *blocking minority* to još uvijek nije postotak glasačkih prava koji je potreban za postizanje većine pri donošenju odluke, pa se stoga u literaturi on s pravom osporava, kao prenizak.⁴⁶

Specifičnost propisa koji uređuju postupak preuzimanja u smislu utvrđivanja broja i postotka glasačkih prava (radi utvrđivanja je li prijedren kontrolni prag) je u tomu da se, s jedne strane osobi (ponuditelju) ubrajaju osim dionica koje izravno drži, glasačka prava koja drži po nekim neizravnim osnovama, propisanim prema čl. 8. ZPDD-a, ali se pored toga glasačkim pravima ponuditelja pribrajaju glasačka prava osoba koje s njime zajednički djeluju, bilo da ih te druge osobe drže izravno ili na načine koji se s njima izjednačuju.⁴⁷

4.2. Uračunavanje glasačkih prava za neke oblike držanja dionica

Slično kao i u odredbama ZTK-a koje uređuju dužnost objave promjena u korporativnoj strukturi za određene glasačke pragove, i ZPDD, osim dionica koje su već stečene, ubraja ponuditelju i osobama koje s njim zajednički djeluju i ona glasačka prava koja po nekoj osnovi drže osobe različite od ponuditelja (i osoba koje s njima zajednički djeluju) pa čak i neka još „nestečena“ glasačka prava. ZPDD u čl. 8. st. 1. imenuje nekoliko takvih situacija.

46 Na to ukazuju Parać i Petrović. Vidi, Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, Pravo u gospodarstvu, god. 42., sv. 4., 2003., str. 47-48. Isto, Petrović, Siniša, Neka pitanja prometa dionica kod preuzimanja dioničkog društva, Hrvatska pravna revija, br. 8., 2002., str. 22. U Studiji izrađenoj za potrebe Europske komisije o primjeni Direktive o ponudama za preuzimanje koja je objavljena 2011. godine, većina ispitanika podržala je prag od 30% glasačkih prava, kao prag čijim bi prelaskom trebala nastati obveza objavljivanja ponude za preuzimanje. Dostupno na <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2011/nov11/31663.pdf> (posjećeno 30.07.2012.).

47 Čl. 6. st. 2. ZPDD-a i čl. 5. st. 1. Direktive o ponudama za preuzimanje.

U stečene dionice čl. 8. st. 3. ZPDD-a ubraja i one u pogledu kojih je već sklopljen pravni posao ili je nastao drugi pravni temelj za prijenos dionica, neovisno o tomu je li prijenos dionica i upis u depozitorij ili registar dionica ciljnog društva, već obavljen te je li pravni posao sklopljen pod odgovnim uvjetom. Ovo je rješenje usvojeno iz razloga što bi odlaganjem upisa u depozitorij ponuditelj, odnosno osobe koje s njim zajednički djeluju, mogao odgađati učinak samog stjecanja, a time i ubrajanje glasova, tako da pravni posao koji je temelj za prijenos nikad ne posluži kao podloga za upis. Isto tako bi ugovorne strane mogle kontrolirati da nikad ne nastupi odgovni uvjet koji bi bio dodan tom pravnom poslu, što bi opet rezultiralo nemogućnošću ubrajanja glasova. Smatra se da su stečene dionice s pravom glasa i ako je došlo do stjecanja potvrda koje predstavljaju određeni broj dionica ciljnog društva, a s kojima se trguje na burzi, npr. globalne potvrde o deponiranim dionicama (čl. 8. st. 3. ZPDD).

Dalje će se ponuditelju i osobama koje s njim djeluju zajednički pribrojiti dionice s pravom glasa ciljnog društva koje su te osobe prenijele na treću osobu kao osiguranje, osim ako je ta osoba ovlaštena samostalno ostvarivati pravo glasa iz tih dionica neovisno o uputama tih osoba (čl. 8. st. 1. t. 2. ZPDD). Ova je situacija slična onoj koja rezultira pribrajanjem glasačkih prava za potrebu obavještanja izdavatelja prema čl. 417. st. 1. t. 3. ZTK-a.⁴⁸ Na dvojbu oko toga komu će se *in concreto* pribrojiti glasovi već smo ukazali u prvom dijelu rada.⁴⁹

Dioničaru se pribrajaju glasova iz dionica kada je u njegovu korist osnovano pravo plodouživanja, iako on prema prevladavajućem shvaćanju nema pravo glasa.⁵⁰

Pibraja se i glasačka prava iz dionica koje ponuditelj može steći izjavom volje (čl. 8. st. 1. t. 4. ZPDD). Tipična situacija je sklapanje nekog (teminskog) pravnog posla kojim ponuditelj ili osoba koja s njime zajednički djeluje stječe pravo na „isporuku dionica s pravom glasa“. Zakonodavac spominje najjednostavniji primjer, ali odredba zakona se ne iscrpljuje tim primjerom. To je stjecanje *call* opcije (opcija za kupnju dionica). Kako osoba koja je kupila *call* opciju ima ovlaštenje aktivirati je na neki dan ili unutar nekog perioda, onda joj se ubrajaju glasačka prava iz dionica koje su predmet te opcije. Postavlja se pitanje ubrajaju li mu se glasačka prava iz dionica koje su predmet opcije već od kupnje opcije ili tek u vrijeme od kada je moguće njezino izvršenje (*strike date*).⁵¹ U svakom slučaju jednostavnije je rješenje ubrojiti ta stjecanja od dana sklapanja opcijskog ugovora.

48 Odredba glasi: 3. glasačkim pravima iz dionica koja su fizičkoj osobi ili pravnom subjektu prenesena kao osiguranje, ako fizička osoba ili pravni subjekt kontrolira ta glasačka prava i iskaže svoju namjeru ostvarivanja istih.

49 Vidi raspravu o tom pitanju supra u točki 3. 4.

50 Plodouživatelj nema pravo glasa u glavnoj skupštini društva i nije dioničar. Međutim dioničar je dužan voditi računa o interesima plodouživatelja pri ostvarivanju prava glasa. Barbić, Jakša, op. cit., str. 391.

51 To donekle ovisi i o modelu opcijskog ugovora. Postavlja se pitanje je li primjereno vezivati trenutak stjecanja dionice za trenutak kupnje opcije (kao što to proizlazi iz čl. 8. st. 3. ZPDD-a), ako kupac, npr. *call* opcije može izvršiti opciju samo na određeni dan nakon sklapanja opcijskog ugovora, ali ne i unutar razdoblja od sklapanja opcijskog ugovora do dana izvršenja opcije.

Idući primjer uračunavanja su glasačka prava iz dionica koje su nekome povjerene (čl. 8. st. 1. t. 5. ZPDD). Ako osobe kojima su povjerene mogu pravo glasa iz tih dionica ostvarivati samostalno, po vlastitoj ocjeni, bez posebnih uputa dioničara onda se te dionice (glosačka prava) pribrajaju njima, neovisno o tomu što dionice nominalno pripadaju drugoj osobi. Ova odredba ZPDD-a je nepotpuna u odnosu na svoj uzor iz njemačkoga prava (§ 30. st. 1. t. 5. WpÜG).⁵² Njemačka odredba spominje i osobu koja kao punomoćnik može ostvarivati pravo glasa. Smatramo da bi odredbom ZPDD-a trebalo obuhvatiti i punomoćnike i skrbnike.

4.3. Ukupan broj dionica u odnosu na koji se računa postotni kontrolni prag

U „životu“ dioničkog društva broj glasačkih prava na glavnoj skupštini društva vezan je prvenstveno uz ukupan broj dionica izdanih s pravom glasa. No broj aktivnih glasačkih prava na pojedinoj skupštini društva može se mijenjati, ako primjerice društvo stekne vlastite dionice. Pravo glasa iz tih dionica miruje (čl. 235. ZTD), pa se sukladno tomu smanjuje apsolutan broj glasova. U tom slučaju kontrolni prag bi mogla prijeći i osoba koja prijeđe prag u odnosu na realno smanjeni broj aktivnih glasova. Stjecanjem vlastitih dionica društvo bi moglo „gurnuti“ nekog dioničara u preuzimanje bez da je on ili osoba s kojom zajednički djeluje stekao ijednu novu dionicu, s onima koje već ima. Zakonodavac štiti dioničare od takvoga prelaska praga.

ZPDD propisuje da se postotak dionica s pravom glasa u ciljnom društvu izračunava u odnosu na sve dionice ciljnog društva izdane s pravom glasa, uključujući i vlastite dionice ciljnog društva i dionice kod kojih je ostvarivanje prava glasa isključeno ili ograničeno zakonom ili pravnim poslom.⁵³

No kako se dionicama s pravom glasa stjecatelja pribrajaju dionice s pravom glasa osoba koje s njim zajednički djeluju, za utvrđivanje glasačke snage pojedinog dioničara bit će relevantne i sve osnove za uspostavu odnosa zajedničkog djelovanja.

Institut zajedničkog djelovanja uređen je čl. 5. ZPDD-a. Osobe koje djeluju zajednički su fizičke i/ili pravne osobe koje surađuju međusobno ili s ciljnim društvom 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 (čl. 5. st. 2. ZPDD).⁵⁴

52 §30. WpÜG: „die dem Bieter anvertraut sind oder aus denen er die Stimmrechte als Bevollmächtigter ausüben kann, sofern er die Stimmrechte aus diesen Aktien nach eigenem Ermessen ausüben kann, wenn keine besonderen Weisungen des Aktionärs vorliegen.“ Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3822), das zuletzt durch Artikel 2c des Gesetzes vom 28. November 2012 (BGBl. I S. 2369).

53 O važnosti uzimanja u obzir vlastitih dionica pri izračunavanju ukupnog postotka dionica s pravom glasa vidjeti kod Parać, Zoran, Dileme oko preuzimanja javnih dioničkih društava, Pravo u gospodarstvu, god. 42., svezak 4., 2003., str. 45-46.

54 U postupku rješavanom pred Upravnim sudom Republike Hrvatske br. Us-7615/2009-6 sud je izričito istaknuo: „Sud smatra da nije od utjecaja činjenica što ne postoji pisani sporazum ili drugi dokaz u pisanoj formi..., već je dovoljna znakovita manifestacija volje kroz druge

Za neke tipične situacije povezanosti osoba, Zakon uvodi i predmnjevu zajedničkog djelovanja. Tako je izrijeком propisano da se za sljedeće osobe smatra da djeluju zajednički: 1. osobe koje povezuju samo okolnosti u svezi sa stjecanjem dionica, kao što su vrijeme ili razdoblje u kojem su stjecale dionice, mjesto stjecanja, način stjecanja, odredbe ugovora o stjecanju, vrijednost stečenih dionica, druge okolnosti koje su dovele do stjecanja dionica koje ukazuju na usklađenost u stjecanju ili zajedničkoj namjeri osoba, 2. članove uprave ili nadzornog odbora društava koja djeluju zajednički, 3. članove uprave ili nadzornog odbora s društvima u kojima su članovi tih tijela, 4. osobe koje su glavnoj skupštini ciljnog društva predlagale imenovanje ili razrješenje članova uprave ili nadzornog odbora, ili druge odluke, za čije je donošenje potrebna tročetvrtinska većina prisutnih glasova na glavnoj skupštini i koje su glasovale za donošenje takvih odluka.⁵⁵ Neke od ovih pretpostavki u praksi će se moći vrlo teško dokazati.⁵⁶

Ujedno pravne osobe te fizičke i/ili pravne osobe djeluju zajednički kad jedna od njih neposredno ili posredno kontrolira drugu ili druge pravne osobe, pri čemu zakonodavac dalje pojašnjava kada se smatra da fizička i/ili pravna osoba kontrolira pravnu osobu.⁵⁷ Trgovačka društva djeluju zajednički ako su međusobno povezana u smislu odredaba ZTD-a.⁵⁸ Fizičke osobe djeluju zajednički ako su u krvnom srodstvu u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do prvog stupnja zaključno te ako su bračni ili izvanbračni drugovi.⁵⁹

aktivnosti da sili na zaključak zajedničkog djelovanja stjecanja dionica istog ciljnog društva. “ Namjera zakonodavca bila je anticipirati sve pojave oblike temeljem kojih dvije ili više osoba mogu zajednički djelovati kako bi se te osobe obvezalo da objave ponudu za preuzimanje utvrdi li se da one djeluju zajednički. Dostupno na: http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&AKCIJA=sudske_odluke (posjećeno 30.01.2013.).

- 55 Ističe se nekoliko nepreciznosti u propisanoj odredbi. Prva se nepreciznost odnosi na okolnost da glavna skupština po ZTD-u nije nadležna za imenovanje i razrješenje članova uprave. Ako bi se takva nadležnost propisala statutom društva ta bi odredba bila nišetna. Druga nepreciznost učinjena je propisivanjem uvjeta da je za donošenje odluke glavne skupštine “potrebna tročetvrtinska većina prisutnih glasova na glavnoj skupštini”. U ZTD-u se ne propisuje takva većina. Ova bi većina bila moguća jedino ako bi bila propisana statutom, ali to će biti moguće samo za one slučajeve kada ZTD dopušta takvo odstupanje. Barbić, Jakša, op. cit., str. 388.
- 56 Na ovaj se problem osvrće Petrović, Siniša, Zajedničko djelovanje prema Zakonu o postupku preuzimanja dioničkih društava, Informator, br. 4835., 2000., str. 9.
- 57 Smatra se da fizička i/ili pravna osoba kontrolira pravnu osobu ako ima: 1. neposredno ili posredno više od 25% udjela u temeljnom kapitalu pravne osobe, 2. neposredno ili posredno više od 25% glasačkih prava u glavnoj skupštini pravne osobe, 3. pravo upravljanja poslovnim i financijskim politikama pravne osobe na temelju ovlasti iz statuta ili sporazuma, 4. neposredno ili posredno prevladavajući utjecaj na vođenje poslova i donošenje odluka (čl. 5. st. 4. ZPDD). Valja naglasiti da slučaj opisan pod 1. ne dovodi nužno do kontrole, ako se pri tom istodobno ne drži i 25% glasačkih prava.
- 58 ZTD povezana društva uređuje u Glavi VI. (čl. 473.-511. ZTD). Sukladno čl. 473. ZTD-a povezana društva su pravno samostalna društva koja u međusobnom odnosu mogu stajati kao: 1. društvo koje u drugome društvu ima većinski udio ili većinsko pravo u odlučivanju, 2. ovisno i vladajuće društvo, 3. društvo koncerna, 4. društva s uzajamnim udjelima, 5. društva povezana poduzetničkim ugovorima.
- 59 Vidi odluku Upravnog suda RH broj Us-12566/2007-6 dostupno na: http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&AKCIJA=sudske_odluke (posjećeno 30.01.2013.).

5. RAZLIKE IZMEĐU ZTK-a I ZPDD-a

Analizirajući naprijed navedene odredbe ZTK-a i ZPDD-a dolazimo do zaključka da postoje s jedne strane propisi koji predstavljaju zajednički nazivnik, ali i oni koji divergiraju. Istovjetno rješenje je da i ZTK i ZPDD za izračunavanje glasačke snage u obzir uzimaju sve dionice izdavatelja izdane s pravom glasa, uključujući i vlastite dionice i dionice kod kojih je ostvarivanje prava glasa isključeno ili ograničeno zakonom ili pravnim poslom.

Razlika se pojavljuje kod držanja financijskih instrumenata koji daju pravo na stjecanje dionica. Tako, da bi se prema ZTK-u fizičkoj ili pravnoj osobi pribrojilo pravo glasa potrebno je da oni te financijske instrumente drže posredno ili neposredno te da im daju bezuvjetno pravo da svojom jednostranom izjavom volje, na temelju obvezujućeg pravnog posla sklopljenog prema mjerodavnom pravu, steknu već izdane dionice s pravom glasa izdavatelja koje su temelj izdanja odnosno financijskog instrumenta. ZTK, dakle uvjetuje ubrajanje glasova, ako postoji nekoliko kumulativno ispunjenih uvjeta: ovlaštenik mora moći aktivirati taj financijski instrument jednostranom izjavom volje, a pravni posao mora biti valjan prema mjerodavnom pravu. To zbog toga jer nevaljani osnovni pravni posao ne bi mogao biti temelj za isporuku dionica, pa zbog toga niti za povećanje prava glasa. ZTK naglašava da se radi o dionicama koje su već izdane. Za razliku, ZPDD propisuje da će se ponuditelju i osobama koje s njime zajednički djeluju, pribrojiti dionice koje ponuditelj može steći izjavom volje, pri čemu se ne propisuju dodatni uvjeti koje je potrebno ispuniti. Čini se da je ZTK nomotehnički precizniji i da bi elemente iz ZTK-a trebalo prihvatiti i u ZPDD-u.

Određene razlike postoje u definiranju sporazuma kojim nastaje usklađeno ostvarivanje glasačkih prava osoba koje djeluju zajednički temeljem sporazuma. ZTK u čl. 417. st. 1. propisuje da će se fizičkoj osobi ili pravnom subjektu pribrojiti glasačka prava koja ima pravo steći, otpustiti, ostvarivati ili prenijeti njihovo ostvarivanje u izdavatelju, ako se radi o glasačkim pravima koja drži treća strana, s kojom je fizička osoba ili pravni subjekt sklopio sporazum, kojim su se sve strane obvezale svojim usklađenim ostvarivanjem glasačkih prava koja drže, usvojiti dugoročnu politiku upravljanja izdavateljem. U slučaju ZTK sporazum ima samo jedan cilj – usvajanje dugoročne politike upravljanje izdavateljem.

S druge strane, ZPDD uređujući zajedničko djelovanje precizira da sporazum može biti izričit ili prešutan, usmeni ili pisan, ali je spektar ciljeva koji se tim sporazumom nastoji postići širi nego onaj kojeg navodi ZTK. Osim usklađenog ostvarivanja prava glasa (koji je isti i prema ZPDD-u i prema ZTK-u), osobe između kojih postoji sporazum prema ZPDD-u mogu imati za cilj i (daljnje) stjecanje dionica s pravom glasa, ali i sprječavanje druge osobe u provođenju postupka preuzimanja, što je različito od ZTK-a. *ESME* je u svom izvješću⁶⁰ opravdao

60 European Securities Markets Expert Group *Preliminary views on The definition of "acting in concert" between the Transparency Directive and the Takeover Bids Directive*, 17 September 2008, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/acting_in_concert_20081117_en.pdf. (posjećeno 10.12.2012.).

postojanje tih razlika različitim regulatornim ciljevima. Dok je prvenstveni cilj odredaba o dužnosti objavljivanja podataka o korporativnoj strukturi vanjska vidljivost korporativne strukture društva, cilj koji se želi postići propisima koji reguliraju preuzimanje je zaštita manjinskih dioničara kroz dužnost objave ponude za preuzimanje, osoba koje djeluju zajednički. Autorice smatraju da bi pojam sporazuma iz čl. 417. st.1. t. 1. ZTK-a trebalo tumačiti u duhu čl. 5. st. 2. ZPDD-a.

6. NOVI POJAVNI OBLICI NEIZRAVNOG DRŽANJA GLASAČKIH PRAVA

6.1. *Empty voting i hidden (morphable) ownership*

Iako zakonodavac nastoji „uhvatiti u mrežu“ sve oblike neizravnog držanja kojima neka osoba stječe glasačke blokove i/ili kontrolu, razvojem tržišta kapitala dolazi do nastanka novih manje vidljivih pojava oblika neizravnog držanja. Neke od njih su *new vote buying*,⁶¹ *empty voting* i *hidden (morphable) ownership*.

Prazno glasovanje ili *empty voting* obuhvaća glasovanje po onim dionicama u odnosu na koje dioničar nema korespondirajući imovinski interes u društvu u kojem ostvaruje svoje pravo glasa.⁶² Ako dioničar ima imovinski interes u društvu u kojem glasa, tada će njegovo glasovanje biti usklađeno (*aligned*) s interesima društva, jer podrži li odluku koja je suprotna interesima društva, to će se odraziti i na njegov ekonomski status, odnosno preuzet će rizik kojeg će osjetiti na imovini. No ako taj interes ne postoji, tada nema ni rizika pa osoba može glasovati kako hoće. Često se kao najpoznatiji primjer *empty votinga* navodi slučaj *Laxey Partners / British Land*.⁶³ *Laxey* je bio *hedge* fond koji je imao 1% dionica s pravom glasa u *British Landu* (dalje: BL). Na glavnoj skupštini BL-a *Laxey* je glasao s 9% dionica i tako podržao prijedlog za likvidaciju BL-a. K tomu se protivio ponovnom izboru predsjednika BL-a. Dionice je stekao tako što ih je pozajmio neposredno prije datuma predviđenog za registraciju dioničara (*record date capture*). Neki

61 Zurkinden, Michael, Corporate Vote Buying: The New Separation of Ownership and Control, <http://ssrn.com/abstract=1338624>, str. 11. (posjećeno 27.11.2012.), razlikuje recipročne i nerecipročne transakcije „kupovanja novih glasova“ (*reciprocal and non-reciprocal vote buying transactions*). O recipročnim transakcijama će se raditi kada „prodavatelj prodaje“ glasačka prava „kupcu“ koji za to plaća određeni novčani iznos. Dakle, glasovima se izravno „trguje“. S druge strane, kod nerecipročnih transakcija glasovi se u pravilu ne prodaju, već „kupac“ osigurava svoj ekonomski rizik koji proizlazi iz držanja dionica. Nerecipročno „kupovanje“ glasova uključuje dvije odvojene transakcije na dva odvojena tržišta.

62 Statement of the European Corporate Governance Forum on Empty Voting and Transparency of Shareholder Positions, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_empty_voting_en.pdf (posjećeno 15.12.2012.).

63 Hu, Henry T.C. and Black, Bernard S., The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership, *Southern California Law Review*, vol. 79., str. 817., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=904004> (posjećeno 20.12.2012.).

institucionalni investitori koji su pozajmili dionice Laxeyu, među kojima je bio Hermes, poznati aktivist korporativnog upravljanja, uopće nisu bili svjesni na koji način će se koristiti pozajmljene dionice.⁶⁴

Stvaranjem nerazmjera u odnosu na prava glasa i imovinskih interesa u društvu te „kupovanjem novih glasova“, mogu se postići željeni učinci u drugim društvima, ali ne na transparentan način. Ilustrativan je sljedeći primjer. U prosincu 2004. godine *Deutsche Boerse* predložila je kupnju dionica *London Stock Exchange (LSE)*. U siječnju 2005. godine, dva *hedge fonda (Children's Investment Fund i Atticus Capital)* koji su zajedno držali 8% dionica u *Deutsche Boerse* javno su se usprotivili prijedlogu tvrdeći da je on protivan interesima dioničara, te se odustalo od provođenja namjeravane poslovne transakcije.⁶⁵ Ovi podaci ukazuju da osobe koje stječu dionice kao *empty voters*, a to su najčešće *hedge* fondovi, mogu vršiti prekomjerni pritisak na izdavatelja. Uz njih se obično i vezuje dioničarski aktivizam u pejorativnom smislu.

European Corporate Governance Forum (dalje u tekstu *ECGF*) u svom je očitovanju iz 2010. godine o *empty votingu* i vidljivosti svojstva dioničara⁶⁶ istaknuo da do *empty votinga* dolazi na nekoliko načina: pozajmljivanjem dionica (engl. *borrowing shares*), korištenjem *swapa* dionica (*equity swap*)⁶⁷ ili kupnjom dionica u vrijeme kada je potrebno prijaviti sudjelovanje na skupštini društva (*registration date*), odnosno trgovanjem dionicama u vremenskom razdoblju između datuma registracije (*record date*) i datuma održavanja glavne skupštine (*voting date*)⁶⁸ i njihovom nazadprodajom (neposredno nakon datuma registracije) što rezultira time da „dioničar“ koji glasuje na skupštini društva više nema svojstvo dioničara.

64 Ibid., str. 822., bilješka 23., 834. BL je optužio Laxey za zlouporabu glasačkih prava, a Laxey je pozivao slabi menadžment da odstupi. Hermes se još i ispričao.

65 O tome više vidi kod Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, *Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership: Taxonomy, Implications, and Reforms*, cit., str. 1033-1034.

66 Statement of the European Corporate Governance Forum on Empty Voting and Transparency of Shareholder Positions, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_empty_voting_en.pdf (posjećeno 15.12.2012.).

67 Posebnost ugovora o *equity swapu* je u okolnosti što njihovim sklapanjem može doći do „razdvajanja“ financijskih interesa od prava glasa u kojem strana s *long equity side* („*the equity leg*“) stječe financijske koristi, ali ne i pravo glasa koje proizlazi iz dionice, dok *short side* („*the interest leg*“) ima pravo glasa, ali ne i financijske koristi. O (valutnom i kamatnom) *swapu* više u nas, vidi: Slakoper, Zvonimir, Beroš, Marta Božina, *Ugovor o valutnom i kamatnom swapu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 30., br. 2., 2009., str. 944-985.

68 Pravo glasa i u SAD-u i u europskom pravu društava sukladno čl. 7. st. 2. Direktive o pravima dioničara u uvrštenim društvima, ima onaj tko je imatelj dionice na određeni datum prije održavanja glavne skupštine, tzv. datum registracije (*record date*). Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14. 7. 2007., str. 17-24. Latham&Watkins, „Empty Voting“ and Other Fault Lines Undermining Shareholder Democracy: The New Hunting Ground for Hedge Funds, M&A Deal Commentary, April 2007., dostupno na http://www.lw.com/upload/pubContent/_pdf/pub1878_1.Commentary.Empty.Voting.pdf (posjećeno 04.11.2012.), gdje problematiku trgovanja dionicama nakon datuma registracije, a prije samoga glasanja prikazuju na predmetu *Transkaryotics* koji je u tijeku pred sudom u Delawareu.

Suprotna je pojava kada osoba nije imatelj dionice, ali je ovlašten izvršiti utjecaj na glasovanje kao da je pravi dioničar, pa se onda kaže da „*skriveno*“ drži dionice, odnosno da ima *hidden (morphable) ownership*.⁶⁹ Prema sadašnjem regulatornom režimu držanje derivata namirivih u novcu (*cash settlement derivatives*) ne ulazi u zonu objaveštavanja o blokovima glasačkih prava, jer taj instrument ne daje mogućnost njegovu imatelju da stekne dionice. No u praksi imatelj tog financijskog instrumenta postaje ekonomski izložen kretanjima cijena tih dionica, a može ostvariti neformalan utjecaj na onoga tko ima pravo glasa. Zbog toga se ova pojava opisuje i kao „kombinacija nerazotkrivenog ekonomskog interesa udružena s vjerojatnom neformalnom glasačkom snagom“.⁷⁰

ECGF naglašava da *empty voting i hidden ownership* nisu u zoni dužnosti objave glasačkih prava prema pravu EU-a.

Čl. 10. Direktive o transparentnosti, doduše, poznaje obvezu obavještanja (i objave podataka) o držanju glasačkih prava kada „pravo glasa drži treća osoba na temelju sporazuma sklopljenog s tom fizičkom ili pravnom osobom, a koji predviđa privremeni prijenos *ostvarivanja* prava glasa uz naknadu“,⁷¹ no ovdje ne dolazi do prijenosa ostvarivanja prava glasa nego do potpunog prijenosa prava, ali privremeno.

Čl. 10.(g) Direktive o transparentnosti propisuje obvezu obavještanja kada „treća osoba drži pravo glasa u svoje vlastito ime, a za račun fizičke ili pravne osobe“.⁷² Ta norma također ne pokriva situaciju *empty voting*, jer *empty voter* drži tu dionicu kao svoju vlastitu, ali privremeno. To je potrebno ispraviti uvođenjem obveze obavještanja izdavatelja i objave takvog držanja glasova, koje stajalište je podržano u komparativnoj doktrini.⁷³

69 Hu, Henry, T. C., Black, Bernard, op. cit., str. 1014., gdje ističu da su vrlo često pravila o transparentnosti usmjerena na pravo glasa, a ne na imovinska prava.

70 Commission staff working paper impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/modifying-proposal/20111025-impact-assessment_en.pdf, str. 19, prema Hu, Henry T. C. and Black, Bernard S., *The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership*, cit., str. 817., dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=904004> (posjećeno 20.12.2012.).

71 Isti propis u nas postoji u čl. 417. st. 1. t. 2. ZTK-a gdje stoji da se obveza obavještanja odnosi na svaku fizičku osobu ili pravni subjekt, kada isti ima pravo steći, otpustiti, ostvarivati ili prenijeti ostvarivanje glasačkih prava u izdavatelju, ako se radi o glasačkim pravima koja treća strana drži na temelju sporazuma kojim je fizička osoba ili pravni subjekt privremeno i uz naknadu prenio ostvarivanje glasačkih prava na treću stranu.

72 U izvorniku „*voting rights held by a third party in its own name on behalf of that person or entity*“. U nas vidi čl. 417. st. 1. t. 7. ZTK-a: „glasačkim pravima koja drži treća strana u svoje ime, a za račun fizičke osobe ili pravnog subjekta“.

73 Zetzsche, Dirk, *Continental vs. Schaeffler*, Hidden Ownership and European Law – A Matter of Law or Enforcement?, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1170987, str. 21. (posjećeno 29.6.2011.).

ECGF predlaže da se u pravu društava uvede presumpcija da oni dioničari koji sudjeluju na glavnoj skupštini imaju uz pravo glasa i korespondirajući ekonomski / finansijski interes iz tih dionica. Drugim riječima, ako su te dvije komponente prava razdvojene, a broj dionica koji se drži u takvim aranžmanima prelazi određene pragove, onda bi tu informaciju dioničari trebali objaviti, u protivnom bi ih se smatralo osobama koje su dale neistinite izjave. Pojavilo se i pitanje bi li se tako dani glasovi mogli poništiti, ali se ECGF suzdržao od takvih preporuka navodeći da smatra da bi objava informacija o takvom držanju glasova trebala za tržište i ulagatelje biti dovoljna.⁷⁴ U tom su pravcu išle izmjene nekih zakonodavstava.⁷⁵

*Transparency Directive Assessment Report*⁷⁶ ističe da se pojavi *empty votinga* može pristupiti na dva načina: jedan je poboljšati propise o objavljivanju podataka tako da se propiše obveza objavljivanja i takvih aranžmana, a drugi je zabraniti *empty voting*. Ako se usvoji prva ponuđena opcija potrebno je prije svega definirati koji sve aranžmani ulaze pod *empty voting* i tko su *empty voters*,⁷⁷ što bi se moglo učiniti dopunom Direktive o transparentnosti. Zahtijevala bi se objava u određeno vrijeme prije glavne skupštine, da je dioničar prenio finansijski interes iz dionica temeljem kojih će glasovati, tako da bi ostali dioničari imali svijest o tomu kada na skupštini donose odluke. No to je povezano s dodatnim troškovima. Drugi način uređenja *empty voting* je njegova zabrana. Međutim, to nije moguće učiniti odredbama Direktive o transparentnosti.

CESR (prednik današnje ESMA-e), 9. veljače 2010. godine objavio je stajalište da obavještanje o držanju značajnoga postotka dionica, odnosno glasačkih prava treba obuhvatiti sve instrumente kojima se postiže isti finansijski učinak, kao i da se drže dionice, bez obzira mogu li se namiriti u novcu ili predajom dionica. CESR je smatrao da Direktivom o transparentnosti treba obuhvatiti i finansijske instrumente koji imaju sličan ekonomski učinak (*similar economic effect*), kao i kad ta osoba drži dionice te da njome treba obuhvatiti i one instrumente koji daju pravo na stjecanje dionica, budući da postoji velika vjerojatnost da će ulagatelj, koji ima značajnu ekonomsku korist u tim dionicama, nastojati utjecati na izdavatelja.⁷⁸ Nastavno, 14. rujna 2011. godine ESMA (sljednica CESR-a) je pokrenula postupak kojem je cilj prikupiti dokaze i podatke o postojanju *empty voting* i učincima

74 Statement of the European Corporate Governance Forum on Empty Voting and Transparency of Shareholder Positions, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_empty_voting_en.pdf (posjećeno 15.12.2012.).

75 Vidi rješenje usvojeno u portugalskom zakonodavstvu u bilješci 117.

76 Transparency Directive Assessment Report, Mazars, 2009., dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/report-application_en.pdf (posjećeno 16.7.2012.).

77 Zetsche navodi da su to uglavnom investicijska društva, odnosno investicijske banke, op. cit., str. 21.

78 CESR proposal to extend major shareholding notifications to instruments of similar economic effect to holding shares and entitlements to acquire shares, dostupno na: http://www.pszaf.hu/data/cms2151563/09_1215b.pdf (posjećeno 16.7.2012.).

njegove primjene u Europskoj uniji.⁷⁹ Ujedno je 25. listopada 2011. godine izrađen Prijedlog izmjena i dopuna Direktive o transparentnosti u kojem se u velikom dijelu podržavaju stajališta koje zastupa ESMA.⁸⁰

6.2. Primjeri iz prakse

6.2.1. Continental AG

Jedan od primjera novih oblika neizravnog držanja glasačkih prava koji izmiču odredbama o obvezi objavljivanja blokova glasačkih prava, a upitno je i njihovo uračunavanje za potrebe objave ponude za preuzimanje, je slučaj stjecanja dionica od strane društva Schaeffler (ponuditelj) u društvu Continental AG (ciljno društvo).⁸¹

Gospodin Schaeffler je izjavio da njegovo društvo namjerava steći 49% dionica u Continental AG (ciljno društvo) na privatnom sastanku s Predsjednikom uprave društva Continental AG u zračnoj luci Frankfurt 11. srpnja 2008. godine. Međutim, budući da bi sukladno njemačkom Zakonu o preuzimanju (WpÜG), društvo Schaeffler bilo obvezno objaviti ponudu za stjecanje svih dionica društva Continental AG, ono je odustalo od stjecanja dionica kojima prelazi prag propisan za obveznu objavu ponude za preuzimanje. Ujedno, Predsjednik uprave društva Continental AG bio je obaviješten da društvo Schaeffler ima prava koja će mu omogućiti stjecanje 36% dionica ciljnog društva. Ciljno društvo je 14. srpnja 2008. godine objavilo zaprimanje pisma namjere stjecanja dionica od društva Schaeffler (medvjedi zagrljaj - *bear hug*).⁸² Tržište je na ovu objavu reagiralo porastom cijene dionica ciljnog društva s 55 EUR na 65,80 EUR, koji trend se nastavio sutradan dosegavši cijenu od 70,64 EUR.

Isti je dan društvo Schaeffler (ponuditelj) obavijestilo upravu ciljnog društva Continental AG da će objaviti ponudu za preuzimanje svih preostalih dionica ciljnog društva po najnižoj dopuštenoj cijeni, koja je iznosila 69,37 EUR, budući

79 Vidjeti više na http://www.esma.europa.eu/system/files/2011_288.pdf (posjećeno 17.01.2012.).

80 Commission staff working paper impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/modifying-proposal/20111025-impact-assessment_en.pdf (posjećeno 20.12.2012.).

81 Vidi više kod Zetzsche, Dirk, op. cit., str. 1-38. Društvo Continental AG jedno je od trideset najvećih njemačkih uvrštenih društava. Njegova godišnja prodaja 2010. godine iznosila je više od 26 milijuna eura. Društvo trenutno zapošljava oko 150.000 zaposlenika na 200 lokacija u 36 zemalja. Dostupno na: http://www.conti-online.com/generator/www/com/en/continental/pressportal/themes/basic_information/about_continental/hidden/goto_facts_en.html (posjećeno 29.6.2012.).

82 Riječ je o ponudi za preuzimanje u kojoj je cijena koja se nudi za stjecanje dionica ciljnog društva mnogo viša od njihove stvarne vrijednosti, što dovodi do toga da dioničari ponudu u pravilu prihvaćaju.

da je steklo 36% dionica ciljnog društva zauzimanjem pozicija u izvedenicama (derivatima), odnosno kroz *equity swap* sklopljen s *Merrill Lynch International (London)*.

Uprava ciljnog društva 16. srpnja 2008. godine dala je negativno mišljenje o ponudi za preuzimanje ustvrdivši da nije u najboljem interesu društva i njegovih dioničara.⁸³ Ponuditelj je tvrdio da je njegova strategija stjecanja udjela u ciljnom društvu u skladu s propisima. BaFin (nadzorno tijelo) je najavio ispitivanje stjecanja navedenih dionica ciljnog društva od strane društva Schaeffler 15. srpnja 2008. godine. Nadzorni odbor društva Continental AG jednoglasno je odbacio ponudu društva Schaeffler te je ovlastio upravu društva na poduzimanje protupreuzimateljskih mjera 23. srpnja 2008. godine.⁸⁴

Prema odredbi u to vrijeme važećeg § 25. WpHG,⁸⁵ kojim je implementirana Direktiva o transparentnosti u njemačko pravo, obveza objave držanja dionica kao i ukupnih glasačkih prava po dionicama bila je neovisna o obvezi obavještanja o držanju glasačkih prava koja proizlaze iz drugih financijskih instrumenata. Ta se držanja nisu zbrajala, već je zasebno postojala obveza obavještanja o glasačkim pravima po osnovi držanja dionica i po osnovi ostalih financijskih instrumenata.

Stoga se postavilo pitanje kako je uopće došlo do toga da je ponuditelj odjednom stekao 36% dionica s pravom glasa? On je izravno držao 2,9% dionica s pravom glasa (čiji je udio tek naknadno porastao na 3,06% kupnjom još određenog broja dionica nakon što je objavio svoj *bear hug*). Kako je prvi prag za objavu blokova glasačkih prava prema njemačkom pravu iznosio 3% držanje tog bloka dionica nije podlijegalo obvezi objave. Paket od 4,95% dionica ciljnog društva ponuditelj je stekao izvršivši u naravi (fizičkom predajom dionica) *equity swap* s Royal Bank of Scotland kao protustrankom. Kako je obveza obavještanja o stjecanju glasačkih prava po toj osnovi (financijski instrument koji se izvršava predajom) također nastajala prelaskom praga od 5% glasačkih prava, niti to stjecanje nije trebalo objaviti. Nakon izvršenja tog *equity swapa*, društvo Schaeffler je sukladno važećim pravilima objavilo da je steklo dionice kojim je prešlo prag od 8,01% glasačkih prava. Time je udovoljilo propisu o dužnosti objave glasačkih prava koja prelaze 5%.

Postojao je i *equity swap* koji se trebao namiriti u novcu (*cash settlement equity swap*), kojeg je ponuditelj sklopio s Merill Lynchom (dalje ML). Predmet toga *swapa* bile su dionice koje su predstavljale 28% glasačkih prava izdavatelja. Prema njemačkom pravu, da bi se transakcije s financijskim instrumentima uračunavale i objavljivale kao stjecanje glasačkih prava, bilo je nužno da se tim instrumentima

83 U medijima se naglašavalo da je ponuda dobra za dioničare budući da je stvarna vrijednost dionica znatno niža, a samo društvo Schaeffler dovelo je do porasta njihove vrijednosti. Zetzsche, Dirk, op. cit., str. 5.

84 Društvo Continental AG podnijelo je njemačkom regulatornom tijelu (BaFin) dokument 24. srpnja 2008. godine, u kojem je na 250 stranica navelo argumente za proglašenje nezakonitim stjecanje dionica kroz *swap* od strane društva Schaeffler. Zetzsche, Dirk, op. cit., str. 7.

85 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708).

moгу steći (već izdane) dionice, i to isključivo na inicijativu ovlaštenika iz *swapa*, a na temelju formalnog ugovora. Financijski instrumenti koji su se mogli namiriti samo u novcu nisu podlijezali toj obvezi.

Predmet tog drugog ugovora o *swapu* kojeg je ponuditelj (*long party*) sklopio s investicijskim bankarom (*short party*), obuhvaćao je zamjenu (*swap*) dvaju novčanih tijekova: referentna vrijednost prvog novčanog tijeka bila je virtualna obveznica čiji prinos se vezuje uz kamatnu stopu EURIBOR ili LIBOR te je tom prinosu bio dodan neki postotak. Druga referentna veličina bili su novčani tijekovi iz dionice ciljnog društva i oni koji proizlaze iz dividende i oni koji su vezani uz cijenu dionice na tržištu. *Swap* ugovor je predviđao da će investicijski bankar (*short party*) platiti ponuditelju razliku u novčanim tijekovima, ako cijena dionice bude rasla. U suprotnom slučaju bi ponuditelj (*long party*) trebao naknaditi investicijskom bankaru razliku u cijeni, ako cijena dionice padne ispod neke referentne vrijednosti.

Kako je Merrill Lynch bio i jedina strana kod koje se mogao izvršiti taj *swap* (*sole counterparty*), što ga je izlagalo riziku, pravila dobrog bankarskog poslovanja od njega su zahtijevala da svoje kratke pozicije u tim novčanim tijekovima zaštiti (*hedge*), odnosno da se osigura od rizika izloženosti, bilo na način da fizički kupi dionice ili da sklopi *offset* aranžman (aranžman prijeboja) s drugim bankama. Takav aranžman izvršiv u naravi (predajom dionica) sklopljen je s devet investicijskih banaka, od kojih je osam steklo dionice ispod granice praga od tri posto (2,999%) što naravno nije rezultiralo dužnošću objave takva stjecanja. Ponuditelj temeljem tih devet ugovora nije bio formalno ovlašten od tih banaka zahtijevati isporuku dionica jer je on sa svojim investicijskim bankarom sklopio derivat isporučiv jedino u novcu (*cash settled total return equity swap*). No ostalo je otvoreno pitanje je li postojao takav *gentlemen's agreement*, i je li se on mogao izjednačiti s „obvezujućim ugovorom“ kojim bi ponuditelj (koji je sklopio ugovor o *cash settlement swapu*) mogao od osoba s kojima je njegova ugovorna strana sklopila *offsetni* aranžman zahtijevati isporuku dionica? Njemačko regulatorno tijelo BaFin je u svojoj odluci istaknulo da nije došlo do povrede propisa o objavi podataka od strane društva Schaeffler 21. kolovoza 2008. godine.⁸⁶

To je stajalište prilično oštro kritizirano u literaturi. Posljedica toga bila je da je njemačko pravo napustilo odvojeno izračunavanje glasačkih prava iz dionica i iz financijskih instrumenata. Izmjena WpHG-a koja je stupila na snagu 1. ožujka 2009. godine propisuje da ako se drže i dionice i ostali financijski instrumenti dolazi do zbrajanja glasačkih prava koja pripadaju ovlašteniku temeljem držanja dionica kao i ostalih financijskih instrumenata. Dođe li do prelaska praga od 5% glasačkih prava nastaje obveza obavještanja propisana §25. WpHG.

86 Dostupno na: http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2008/pm_080821_conti.html (posjećeno 30.01.2013.)

6.2.2. Fiat Agnelli

Početak novog milenija, Fiat se susreo s financijskim poteškoćama i problemima restrukturiranja. Pozajmio je 3 milijarde eura od bankovnog konzorcija, tako da je bankovni konzorcij otkupio cijelu emisiju konvertibilnih obveznica Fiata. Fiat je objavio da zajam u obliku emisije obveznica neće biti vraćen u novcu, 26. travnja 2005. godine, već će doći do konverzije obveznica u dionice Fiata na dan 20. rujna 2005. godine. To je značilo da bi bankama, zamijene li sve obveznice za dionice pripalo otprilike 24% dionica Fiata. Na taj način bi došlo do razvodnjavanja udjela obitelji Agnelli koja je putem društva IFIL kontrolirala Fiat, tako da bi njihov udio pao s 30% na svega 23% glasačkih prava. No obitelj Agnelli nije htjela izgubiti kontrolu nad Fiatom.⁸⁷

Da je kontrolu zadržala kupnjom novog paketa dionica, stjecanje tih dionica rezultiralo bi dužnošću objave ponude za preuzimanje ostalim dioničarima, što se htjelo izbjeći. Zbog toga je IFIL pribjegao sklapanju ugovora o *equity swapu*.

Exor Group, društvo u kojem je 70% udjela imala obitelj Agnelli, sklopio je 26. travnja 2005. godine *equity swap* s investicijskim bankarom Merrill Lynchom (dalje: ML). *Swap* je imao za predmet 90 milijuna Fiatovih dionica koje su nosile oko 7% glasačkih prava. Ukupna vrijednost transakcije bila je 495 milijuna eura. Referentna cijena dionice bila je 5.50 eura. *Swap* je ustrojen uzevši u obzir cijenu po kojoj je ML mogao kupiti dionice na tržištu u razdoblju do 7. lipnja 2005. godine. Kada je bilo objavljeno da će se bankovni zajam isplatiti konverzijom u dionice (26. 4. 2005.), vrijednost Fiatovih dionica je pala na 4.50 eura po dionici. *Swap* ugovor je predviđao sljedeću zamjenu: ako bi vrijednost dionice rasla iznad 5,50 eura, ML bi Exoru trebao platiti svako povećanje, u suprotnom je Exor trebao ML-u platiti svako smanjenje cijene ispod 5.50 eura. *Swap* se mogao izvršiti samo u novcu (*cash settlement swap*) i kao takav nije podlijegao dužnosti objave stjecanja dionica prema talijanskom pravu. Da je bio izvršiv fizičkom predajom dionica bilo bi ga trebalo prijaviti.

Aranžmani koje je ML imao s drugim investicijskim bankama (ING I CAIL) kojima je nastojao zaštititi (*hedge*) svoju kratku poziciju, imali su predviđenu fizičku predaju dionica. Uvjeti sklopljenog *equity swapa* između ML i Exora bili su izmijenjeni 15. rujna 2005. godine na način da je Exor mogao zahtijevati prijevremeno okončanje *swapa* (*early termination*), a umjesto predaje novca mogao je zahtijevati i predaju dionica (*physical settlement*). Kako su *hedging* ugovori ML-a i njegovih protustranaka predviđali fizičku predaju dionica, ML je mogao temeljem noveliranog *equity swap* ugovora isporučiti Exoru dionice umjesto novca,

87 Kratak činjenični opis slučaja Fiat Agnelli dostupan na: <http://www.fow.com/article/1781227/issue/26557/corporate-applications-of-equity-swaps.html> (posjećeno 30.01.2013.). Širi činjenični opis i građanskopravni sudski epilog vidi u Sentenza della Corte d'appello di Torino, sezione prima civile 5.12.2007/23.1.2008, dostupno na: www.consob.it. U kaznenom postupku radi manipulacije tržištem širenjem neistinitih informacija također su optužene osobe oslobođene od odgovornosti. Vidi Sentenza dello Tribunale Ordinario di Torino, Sezione Prima Penale, 21. 12. 2010.

što je i učinjeno. Nakon toga je IFIL kupio dionice koje je držao Exor temeljem realiziranog izmijenjenog *swap* ugovora i to po cijeni od 6.50 eura po dionici. Dakle, Exor je stekao dionice temeljem *swapa* od ML-a, a onda ih je prodao IFIL-u i na tome još zaradio. Pravilno tempiranje realizacije *swapa* nije dovelo u pitanje gubitak kontrole obitelji Agnelli, nad Fiatom, makar je prijetilo razvodnjavanje njihovog udjela, zbog toga jer su banke stekle konverzijom obveznica u dionice veliki broj glasačkih prava.

6.3. Podvođenje pod normu pojava empty votinga i hidden ownershipa

6.3.1. Prijedlog izmjene Direktive o transparentnosti

Izvješće o primjeni Direktive 2004/109/EZ podneseno je 27. svibnja 2010. godine.⁸⁸ U njemu je istaknuto da nije postignut dovoljan napredak u pogledu osnivanja paneuropskog sustava (*pan-European system*) za pohranu informacija koje objavljuju izdavatelji,⁸⁹ radi olakšavanja pristupa informacijama ulagateljima. Ulagatelji još uvijek moraju pretražiti 27 različitih nacionalnih baza podataka čije je povezivanje u jedinstvenu bazu tek u začetku.⁹⁰ Za razliku, SAD ima

88 Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Operation of Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/directive/com-2010-243_en.pdf (posjećeno 14.7.2012.). Vidi i Commission Staff Working Document, The review of the operation of Directive 2004/109/EC: emerging issues, Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Operation of Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/directive/sec-2010_611_en.pdf (posjećeno 14.7.2012.).

89 Osnivanje središnjeg sustava za pohranu podataka predstavlja dugoročni cilj Komisije. Vidi Commission Recommendation 2007/657/EC of 11 October 2007 on the electronic network of officially appointed mechanisms for the central storage of regulated information referred to in Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council, OJ L 267, 12.10.2007., str. 16., §22. Ovakvu inicijativu podržava i International Organization of Securities Commissions (IOSCO).

90 Ističe se da ulagatelji u pravilu ostvaruju uvid u informacije o određenom društvu kroz internetske stranice društva, što nije mjerodavno. Vidi Commission Staff Working Document, The review of the operation of Directive 2004/109/EC: emerging issues, Accompanying document to the Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Operation of Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/directive/sec-2010_611_en.pdf, str. 18. (posjećeno 14.7.2012.), gdje se poziva na Transparency Directive Assessment Report, Mazars, 2009.

jedinstvenu bazu podataka.⁹¹ Uočavajući nedostatke postojećih rješenja, europski je zakonodavac 25. listopada 2011. godine podnio Prijedlog izmjena i dopuna Direktive o transparentnosti.⁹² U domeni teme ovoga rada predlažu se izmjene odredbi kojima će se nastojati podvesti pod dužnost objavljivanja novi pojavni oblici netransparentnog držanja glasačkih prava.

Jedna od predloženih izmjena odnosi se na definiciju financijskog instrumenta na koji se odnosi dužnost obavještavanja izdavatelja. Zbog toga je izmijenjen čl. 13. st. 1. Direktive o transparentnosti. Novi čl. 13. st. 1. (a) propisuje da se obveza (obavještavanja) odnosi na financijske instrumente koji o dospijeću daju njegovu imatelju, na temelju obvezujućeg ugovora, ili bezuvjetno pravo kupnje ili pravo kupnje dionica s pravom glasa po diskrecijskoj ocjeni imatelja financijskog instrumenta, pod uvjetom da se radi o već izdanim dionicama izdavatelja, čije su dionice uvrštene na uređeno tržište. U čl. 13. st. 1. (b) proširuje se postojeći režim obveze objave podataka na sve instrumente koji proizvode sličan ekonomski učinak (*similar economic effect*) kao i onih pod t. (a) bez obzira daju li pravo na predaju dionica ili ne.

Tom promjenom će se pod normu podvesti oni financijski instrumenti koji su zadavali najviše glavobolja, a to su izvedenice koje se namiruju u novcu (*cash-settled derivatives*).⁹³ U obavijesti koju šalje dioničar financijski instrumenti koji se drže temeljem podstavka (a), trebaju biti prikazani odvojeno od onih iz podstavka (b).

Prijedlogom izmjena i dopuna Direktive o transparentnosti, dodaje se novi čl. 13. st. 1. (b) koji predviđa da se broj glasačkih prava iz financijskog instrumenta izračunava u odnosu na sve dionice koje su u osnovi tog financijskog instrumenta. K tomu imatelj je dužan zbrojiti i obavijestiti izdavatelja o svim financijskim instrumentima koji se odnose na istog izdavatelja. Za izračunavanje glasačkih prava uzimat će se u obzir samo tzv. „duge“ pozicije (*long positions*), primjerice *call* opcije, koje se sukladno izričitoj odredbi, ne smiju „spajati“ (*shall not be netted*), s tzv. „kratkim“ pozicijama (*short positions*) koje netko ima prema istom izdavatelju.⁹⁴ Za izradu tehničkih standarda, kojima će se urediti metoda obračuna glasačkih prava predviđena je nadležnost ESMA-e, i to za one financijske instrumente koji se vezuju uz košaricu dionica ili neki indeks.⁹⁵

91 Vidi <http://www.sec.gov/edgar.shtml> (posjećeno 15.7.2012.).

92 Potpuni tekst Prijedloga izmjena i dopuna Direktive o transparentnosti dostupan je na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/modifying-proposal/20111025-provisional-proposal_en.pdf (posjećeno 20.12.2012.).

93 Commission staff working paper impact assesment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/modifying-proposal/20111025-impact-assessment_en.pdf (posjećeno 20.12.2012.).

94 „Kratka“ pozicija bila bi primjerice *put* opcija. Spajanje bi anuliralo učinak pribrajanja.

95 Čl. 1. st. 8. Prijedloga izmjena i dopuna Direktive o transparentnosti dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/modifying-proposal/20111025-provisional-proposal_en.pdf (posjećeno 20.12.2012.).

Čl. 13. st. 1. (b) predviđa da se u svrhu primjene predloženog novog čl. 13. st. 1. Direktive pod financijskim instrumentima podrazumijevaju opcije, budućnosnice (*futures*), zamjene (*swaps*) kamatni unaprijedni ugovori (*forward rate agreements*), ugovori za razlike (*contract for differences*) i sve druge izvedenice koje se mogu izvršiti predajom dionica ili u novcu, ako udovoljavaju uvjetima sadržanima u čl. 13. st. 1. (a) i (b). ESMA je dobila u nadležnost sastaviti indikativnu listu financijskih instrumenata koji podliježu dužnosti obavještanja, uzimajući u obzir tehnološki napredak financijskog tržišta.

Novim člankom 13a. st. 1. Prijedloga izmjene Direktive o transparentnosti, predlaže se zbrajanje glasačkih prava koja proizlaze iz dionica s glasačkim pravima iz financijskih instrumenata koji daju pravo na stjecanje dionica (uključujući i izvedenice koje se namiruju u novcu), iako ih u obavijesti treba i odvojeno prikazati. Time će se postići veći stupanj pravne sigurnosti, usuglasiti primjena Direktive, s obzirom na to da su države članice usvojile različita rješenja glede pitanja pribrajanja.⁹⁶

U čl. 13a. st. 2. Prijedloga izmjene Direktive o transparentnosti stoji da se glasačka prava koja su već bila objavljena temeljem obveze iz čl. 13. Direktive, trebaju ponovo objaviti kada fizička osoba ili pravni subjekt stekne dionice koje su temelj izdanja odnosnog financijskog instrumenta, a kojim se prelazi prag propisan čl. 9. st. 1. iste Direktive.

Prijedlogom izmjena i dopuna Direktive o transparentnosti predlažu se i mjere koje mogu donijeti države članice ako fizička ili pravna osoba ne postupi u skladu s obvezama propisanim u čl. 9., 10., 13. i 13a. Direktive o transparentnosti. Izričito je propisano da države članice mogu isključiti ili ograničiti ostvarivanje glasačkih prava (*suspend the exercise of voting rights*) po dionicama koje su uvrštene na uređeno tržište radi trgovanja, ako nadležno tijelo utvrdi da osoba koja drži dionice ili drugi financijski instrument nije postupila u skladu s propisanim obvezama. Ujedno su države članice dužne osigurati da nadležno tijelo, bez odgode, objavi svaku sankciju ili mjeru izrečenu zbog povrede odredaba koje su prenesene u nacionalno zakonodavstvo temeljem Direktive o transparentnosti.⁹⁷

96 Prijenos čl. 13. Direktive o transparentnosti razlikuje se među članicama EU-a. Jedna grupa država (Austrija, Bugarska, Cipar, Španjolska, Luksemburg, Italija i Poljska) smatrala je da odredba čl. 13. Direktive propisuje obvezu obavještanja neovisno o obvezi propisanoj odredbom čl. 9. Direktive. Druga grupa država (Belgija, Njemačka, Danska, Estonija, Grčka, Finska, Francuska, Mađarska, Irska, Litva, Malta, Nizozemska, Portugal, Švedska, Slovenija, Slovačka, Velika Britanija uključujući i Norvešku i Island), zauzela je stajalište da ulagatelji moraju zbrojiti glasačka prava iz dionica s glasačkim pravima iz ostalih financijskih instrumenata, kako bi se utvrdilo je li došlo do prelaska pragova propisanih odredbom čl. 9. Direktive. CESR, prednik današnje ESMA-e, 2005. godine smatrao je da ne treba zahtijevati zbrajanje glasačkih prava po financijskim instrumentima iz čl. 13. Direktive i držanje glasačkih prava sukladno čl. 9. ili 10. Direktive (vidi http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/prospectus/cesr-05-407_en.pdf). Ovo novo rješenje sadržano u prijedlogu predstavlja poštovanje zahtjeva.

97 Nadležno tijelo neće biti dužno objaviti izrečene sankcije ili mjere ako bi takva objava značajno ugrozila stabilnost financijskih tržišta.

Iako su predložene izmjene motivirane većom zaštitom ulagatelja, moguće je da će dodatni troškovi vezani uz objavljivanje podataka, negativno odjeknuti na tržištu „korporativne kontrole” (*market for corporate control*) i to smanjenjem vrijednosti dionica.⁹⁸

Usporedno s Prijedlogom za izmjenu i dopunu Direktive o transparentnosti, ESMA je 14. rujna 2011. godine pokrenula postupak *Call for Evidence on empty voting* kao i njegovim učincima na razini Europske unije.⁹⁹ U svom *Feedback Statementu*, ESMA je zaključila da je izuzetno teško postići suglasnost oko definicije pojma *empty voting*, te da se radi o višedimenzionalnom problemu. Navela je da odgovori ispitanika ukazuju na to da nema dovoljno dokaza o razmjerima i učestalosti ove pojave, pa je ocijenjeno da ESMA neće provoditi nova istraživanja na tu temu, ali da će se potrebne izmjene provesti izmjenom Direktive.¹⁰⁰

6.3.2. Ostali relevantni akti europskog prava

Empty voting i *hidden ownership* svakako su pojave koje su značajne za stjecanje kontrole i njeno održavanje, odnosno za preuzimanje što su pokazala dva primjera obrađena u ovom radu. Smatra se da postoji veliki interes javnosti da se u vrijeme koje prethodi preuzimanju ciljnog društva, objave držanja dionica koja mogu dovesti do promjene kontrole, jer na to tržište reagira promjenom cijene. Ovo posebice vrijedi za financijske instrumente gdje dolazi do razdvajanja (*decoupling*) prava koja proizlaze iz dionica, što prema našem, ali i nekim drugim pravnim sustavima nije dopušteno.¹⁰¹

98 Istraživanja tržišta pokazuju da povećavanjem broja podataka koje je društvo dužno objaviti dolazi do pada vrijednosti njegovih dionica. Vidjeti više kod Zetzsche, Dirk, *Against Mandatory Disclosure of Economic-only Positions referenced to Shares of European Issuers – Twenty Arguments against the CESR Proposal*, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1559787>, str. 1-24. (posjećeno 10.10.2012.), ističe razloge za neprihvatanje prijedloga ESMA-e.

99 Vidjeti više na: http://www.esma.europa.eu/system/files/2011_288.pdf (posjećeno 17.01.2012.). Rezultati provedenog istraživanja objavljeni su 29. lipnja 2012. godine, dostupno na <http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-415.pdf> (posjećeno 20.12.2012.).

100 *Feedback statement, Call for Evidence on Empty Voting*, ESMA 2012/415, od 29.06.2012., str. 12., dostupno na: <http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-415.pdf> (posjećeno 30.01.2013.).

101 Ovo se razdvajanje protivi temeljnim načelu prava društava, a to je načelo nedjeljivosti dionice koje je u hrvatskom zakonodavstvu izričito propisano odredbom čl. 163. st. 7. ZTD-a. Isto je u u njemačkom (§ 8. st. 5. Zakona o dionicama), austrijskom (§ 8. st. 5. Zakona o dionicama), francuskom (čl. L 228-5 Trgovačkog zakonika), talijanskom (čl. 2347. st. 1. Građanskog zakonika), španjolskom (čl. 66. st. 1. t. 1. Zakona o dioničkim društvima) pravu. Riječ je o tzv. sadržajnoj nedjeljivosti. Odredbom o nedjeljivosti dionice izražava se i to da se člansko pravo u društvu ne može odvojiti od upravljačkih prava, dakle ne može se odvojiti od prava glasa. Može se, međutim, drugome dati pravo da ostvaruje pravo glasa, ali on to tada čini u ime dioničara, a ne u svoje ime. Zakonodavac, međutim, može propisati iznimke od propisanog pravila. Tako se odredbom hrvatskoga prava o fiducijarnom prijenosu dionice radi osiguranja, može od dionice odvojiti pravo glasa i pravo na dividendu (čl. 326. st. 3. Ovršnog zakona, Narodne novine br. 112/12.).

Osim što omogućava potencijalnom ponuditelju da „bildanjem“ latentnog portfelja izdavateljevih dionica iznenadi izdavatelja ponudom za preuzimanje, takvo držanje dionica, stvara iskrivljenu sliku tržišta, pa se može govoriti i o tržišnoj manipulaciji. S jedne strane, ulagatelji pogrešno misle da je veliki broj dionica tog izdavatelja slobodan za trgovanje (*free float*), a zapravo su dionice upakirane u financijske instrumente (najčešće *swapove*), koje ispod radara (pragova za objavu) drže investicijski bankari koji rade *hedging* tih financijskih instrumenata. S druge strane, na objave o prelasku pragova o blokovima glasačkih prava, tržište obično reagira porastom cijene, jer se „u zraku“ osjeća nadolazeća ponuda za preuzimanje, a kako nema objave rastućih blokova glasačkih prava, cijena dionice ostaje mirna i stabilna u razdoblju koji prethodi preuzimanju. Stoga, ako se ponuda i objavi, manjinski dioničari (uzme li se u obzir tržišna cijena u posljednja tri mjeseca) neće „zaraditi“ onoliko koliko bi zaradili da su rastući blokovi bili objavljivani. To je naravno ušteda i za ponuditelja.

Stoga se postavlja pitanje na koji način to pitanje urediti s aspekta preuzimanja te je li potrebno izmijeniti Direktive o ponudama za preuzimanje koja je donesena 21. travnja 2004. godine, a stupila na snagu 20. svibnja 2004. godine.¹⁰²

Ovo se posebno odnosi na pitanje hoće li se radi procjene dostizanja kontrolnog praga glasačkim pravima iz dionica pribrojiti i prava iz dionica koje su baza financijskih derivata i jesu li svi derivati relevantni? Valja naglasiti da se Direktiva o ponudama za preuzimanje ne bavi pitanjem pribrajanja, već to prepušta nacionalnim zakonodavstvima.¹⁰³

Stupe li na snagu naprijed navedene izmjene Direktive o transparentnosti, u prvi plan će doći pitanje – hoće li se i za potrebe uračunavanja glasačkih prava ponuditelja (i osoba koje s njime zajednički djeluju) njima pribrajati samo financijski instrumenti koji daju pravo na isporuku dionica s pravom glasa ili i oni koji su namirivi u novcu? To zbog toga jer potonji ne povećavaju formalno glasačku snagu u društvu. Iako je potrebno razmotriti sve argumente za i protiv, autoricama ovog rada čini se logičnim da bi računanje izvedenica namirivih u novcu radi utvrđivanja prelaska kontrolnog praga i posljedično nastanak dužnosti objave ponude za preuzimanje, bila preteška sankcija za ponuditelja. Međutim, objava informacije o tomu da je financijski instrument promijenio svoj način namire i postao od instrumenta namirivog u novcu instrument namiriv predajom dionica, podatak je koji bi morao biti objavljen *ad hoc* jer je ta promjena itekako relevantna za doseganje kontrolnog praga, i bila bi okidač za pribrajanje.¹⁰⁴

Iako nema još naznaka da će se mijenjati Direktiva o ponudama za preuzimanje, u ovom „međusektorskom“ prostoru dviju direktiva, ključnu ulogu bi trebala

102 Sukladno članku 21. Direktive o ponudama za preuzimanje, države članice su bile dužne prenijeti usvojene odredbe u nacionalna zakonodavstva do 20. svibnja 2006. godine.

103 Direktiva o ponudama za preuzimanje uređuje stecanje prenosivih vrijednosnih papira koji daju pravo glasa u društvu (*securities*) te definira zajedničko djelovanje temeljem sporazuma i postojanja odnosa kontrole.

104 To se dogodilo u predmetu Agnelli. Vidi supra, pod točkom 6. 2. 2.

odigrati ESMA,¹⁰⁵ jer će biti nužna *inter se* harmonizacija tih dviju direktiva. K tomu, ako se uzme u obzir da unutar EU-a postoje razlike u uređenju instituta zajedničkog djelovanja, tako da je jedna skupina zemalja u sklopu njime obuhvatila i situacije neizravnog držanja koje poznaje Direktiva o transparentnosti, a druga nije¹⁰⁶ razvidno je da odredbe Direktive o transparentnosti utječu na odredbe o Direktive o ponudama za preuzimanje. *Feedback statement* ESMA-e o *empty votingu* navodi da se *Takeover Panel UK* zalaže da objavljivanje podataka o tim instrumentima i u svrhu preuzimanja, a da će po izradi vanjske studije o Direktivi o ponudama za preuzimanje slika o tomu biti jasnija.¹⁰⁷

Drugi akt koji je također relevantan za *empty voting* je Uredba o kratkoročnom trgovanju i nekim aspektima zamjena neplaćenih kredita.¹⁰⁸ Prema čl. 6. te Uredbe ako netko (najčešće *hedge* fond) drži neto kratke pozicije u odnosu na izdane dionice nekog izdavatelja u iznosu od 0,5% njegova temeljnog kapitala, držanje tih pozicija je potrebno objaviti javnosti, kao i svako iduće povećanje držanja za 0,1%. Ova dužnost objavljivanja omogućit će javnosti, ali i izdavatelju da se upozna s okolnošću „tko se zbog držanja kratkih pozicija u odnosu na dionice s pravom glasa može pojaviti kao dioničar na skupštini društva, a ne mora imati korespondirajući ekonomski interes u tom društvu“¹⁰⁹, kao što je to bio scenarij u slučaju *Laxey / British Land*.¹¹⁰

Konačno, kako je svojedobno legalizaciju *empty votinga* na neki način potpomogla odredba čl. 7. st. 1. (b) Direktive o pravima dioničara¹¹¹ – potrebno je uzeti

105 Wymeersch, Eddy, A New look at the Debate about the Takeover Directive, Financial Law Institute, Working Paper 2012-05, April 2012, dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1988927>, str. 2., 12. (posjećeno 20.12.2012.).

106 U Izvješću o primjeni Direktive o ponudama za preuzimanje, koje je objavljeno krajem lipnja 2012. godine ističe se da su države članice na različite načine prenijele u svoja nacionalna zakonodavstva odredbu čl. 2. st. 1. t. d. Direktive. Jedna je skupina zemalja (Austrija, Cipar, Danska, Italija, Mađarska, Irska, Luksemburg, Nizozemska, Slovačka, Velika Britanija) prenijela definiciju propisanu odredbama Direktive o ponudama za preuzimanje, dok je druga (Belgija, Finska, Francuska, Njemačka, Poljska, Portugal, Rumunjska, Španjolska, Švedska) pojmom zajedničkog djelovanja obuhvatila i situacije koje rezultiraju dužnošću objave glasačkih prava propisane Direktivom o transparentnosti. Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Application of Directive 2004/25/EC on takeover bids, Brussels, 28.6.2012., COM(2012) 347 final, dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/COM2012_347_en.pdf (posjećeno 15.10.2012.).

107 Feedback statement, Call for Evidence on Empty Voting, ESMA 2012/415, od 29.06.2012., str. 14., dostupno na: <http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-415.pdf> (posjećeno 30.01.2013.).

108 Regulation (EU) No 236/2012 of the European Parliament and the Council of 14 March 2012 on short selling and certain aspects of Credit Default Swaps, OJ L 86, str. 1-24.

109 Feedback statement, Call for Evidence on Empty Voting, ESMA 2012/415, od 29.06.2012., str. 14., dostupno na: <http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-415.pdf> (posjećeno 30.01.2013.).

110 Vidi supra, pod točkom 6. 1.

111 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, OJ L 184, 14. 7. 2007., str. 17-24.

u obzir i njezinu reviziju. Razlog njezina uvođenja bila je želja regulatora da dionica bude vrijednosni papir kojim će se moći tržiti i nakon što se prijavi sudjelovanje na glavnoj skupštini, a prije njezina održavanja (ako mjerodavno pravo, ili statut društva, takvu prijavu zahtijeva). Stoga je odnosnom odredbom propisano da „pravo dioničara da proda ili drukčije prenese svoje dionice u periodu između datuma prijave za sudjelovanje (registracije) i dana održavanja skupštine na koju se prijavljuje ne podliježe nikakvim ograničenjima osim onih kojima svakodobno podliježe“. Ovdje bi po mišljenju autorica svakako trebalo intervenirati i zahtijevati da se u neko doba prije skupštine prijavi, ako je došlo do promjene svojstva dioničara u odnosu na dan prijave za sudjelovanje.¹¹²

6.3.3. Iskustva pojedinih država članica EU-a

Njemački zakonodavac problematiku „*hidden (morphable) ownership*“ nastojao je urediti izmjenom postojeće odredbe § 25. WpHG (*Mitteilungspflichten beim Halten von Finanzinstrumenten und sonstigen Instrumenten*) i usvajanjem novog § 25.a. WpHG (*Mitteilungspflichten beim Halten von weiteren Finanzinstrumenten und sonstigen Instrumenten*), koji se primjenjuju od 1. veljače 2012. godine.¹¹³

Odredbom § 25. WpHG, u odnosu na ranije uređenje kojim su obvezom obavještavanja bili obuhvaćeni samo financijski instrumenti, proširena je obveza obavještavanja na držanje sličnih financijskih instrumenata („*sonstigen Instrumenten*“) koji daju pravo na stjecanje dionica s pravom glasa. Tako je, primjerice, novim uređenjem obvezom objave obuhvaćeno pravo zahtijevati povrat dionice dane u zajam ili kod sklapanja *repo* posla (*Rückforderungsansprüche*). Nova odredba § 25.a. WpHG širi obvezu obavještavanja na sve financijske instrumente i ostale instrumente, koji nisu obuhvaćeni § 25. WpHG, kojima njihov imatelj može (*ermöglichen*) steći dionice društva.¹¹⁴ Pri tomu nije relevantno stječe li se na temelju sporazuma koji je temelj izdanja financijskog odnosno drugog instrumenta, novčana naknada (*cash settlement*) umjesto dionica društva. Dakle, navedenom su odredbom obuhvaćeni *financial contracts for difference*, *swap*, uključujući i *cash-settled equity swaps*, *cash-settled opcije*, *put opcije*, kao i ostale transakcije koje imaju isti financijski učinak na stjecanje glasačkih prava u izdavatelju. Zapriječena je visoka novčana kazna za nepoštivanje propisanih odredaba (1 milijun EUR). Sukladno izjavama njemačkoga regulatornog tijela (BaFin), za očekivati je da će odredbom § 25.a. WpHG biti obuhvaćeni i sporazumi dioničara koji sadrže klauzulu

¹¹² Vidi infra u bilješci 117. rješenje koje je usvojio portugalski zakonodavac.

¹¹³ U Njemačkoj je 5. travnja 2011. godine donesen Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts (Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz (AnsFuG)) vom 05. April 2011 (BGBl. I S. 538.) zuletzt geändert durch Artikel 21 G. vom 06.12.2011 (BGBl. I S. 2481), kojim se mijenjaju odredbe WpHG. Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2708), zuletzt geändert durch 3 des Gesetzes vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2415).

¹¹⁴ Obuhvaćeno je posredno i neposredno držanje financijskih i ostalih instrumenata.

o pravu prvokupa (*Vorkaufsrechte*), kao i pravo prodaje dionica - put opcija (*Andienungsrechte*). Valja istaknuti da sukladno njemačkom pravu, prag čijim prelaskom nastaje obveza obavještanja o držanju značajnoga postotka glasačkih prava u društvu, iznosi 3%. Međutim kada se glasačka prava mogu steći držanjem financijskih instrumenata taj je prag povišen i on iznosi 5%.

I druge države članice Europske unije odlučile su proširiti obvezu notifikacije i na izvedene financijske instrumente koji se moraju namiriti u novcu (*cash settled derivatives*).

U Francuskoj je 22. ožujka 2012. godine donesen Zakon¹¹⁵ kojim se širi obveza obavještanja o držanju značajnoga postotka glasačkih prava u društvu. Novi se režim primjenjuje od 1. listopada 2012. godine. U računanju glasačke snage dioničara za potrebe obavještanja o držanju glasačkih prava u društvu, u obzir će se uzeti glasačka prava koja proizlaze iz već izdanih dionica koje su temelj izdanja izvedenih financijskih instrumenata koji se moraju namiriti u novcu (*cash settled derivatives*), sporazuma ili drugih financijskih instrumenata koji proizvode sličan ekonomski (financijski) učinak kao i držanje dionica, primjerice *equity swaps*, *contract-for difference* kao i *cash-settled call options*.¹¹⁶ Osim što je proširio

115 Loi No 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF No 0071 du 23 mars 2012, str. 5226.

116 Do izmjena i dopuna francuskoga *Code de commerce* koje su stupile na snagu 1. listopada 2012. godine različiti se režim primjenjivao na derivate namirive u dionicama (*equity-settled derivatives*) i derivate namirive u novcu (*cash-settled derivatives*). Tako su se dionice ili glasačka prava koja su se mogla steći korištenjem derivata namirivih u dionicama (*equity-settled derivatives*) morala uzeti u obzir u računanju glasačke snage dioničara pod uvjetom da su dionice već izdane te kada imatelj financijskog instrumenta može steći glasačka prava na temelju vlastite diskrecijske ocjene u skladu sa sporazumom ili financijskim instrumentom, u svako doba, neovisno o njegovom dospjeću (*Code de commerce*, čl. L 233-9(I)(4)). S druge strane, financijski instrumenti koji se moraju namiriti u novcu nisu se uzimali u obzir u računanju glasačke snage dioničara za potrebe obavještanja o promjenama u postotku glasačkih prava. Vidi Ordonnance No 2009-105 du 30 janvier 2009 relative aux rachats d'actions, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intentions, JORF du 31 janvier 2009, Texte 26 sur 182. Konkretno, dioničari koji su bili dužni objaviti držanje glasačkih prava u uvrštenom društvu morali su objaviti i broj dionica koje su temelj izdanja/sklapanja "nekih sporazuma ili financijskog instrumenta koji se namiruje u novcu i koji njegovom držatelju daje isti financijski interes kao i držanje dionica", kao i broj glasačkih prava koja daju te dionice. Međutim, držanja glasačkih prava koja se mogu steći držanjem izvedenih financijskih instrumenata koji se moraju namiriti u novcu nisu se uzimala u obzir u računanju glasačke snage dioničara. Vidi čl. L. 233-7 francuskog *Code de commerce*. Međutim, sudska praksa francuskih sudova počela je zauzimati stajalište da je stjecanje glasačke kontrole u društvu kroz određene izvedenice obuhvaćeno obvezom objavljivanja informacija o držanju glasačkih prava u društvu. Tako je pariški Žalbeni sud zauzeo stajalište da se stjecanje glasačkih prava sklapanjem ugovora o *Total Return Swapu* mora objaviti kada je dio šire transakcije čiji je cilj stjecanje značajnog udjela u glasačkim pravima u društvu. Vidi odluku u predmetu *Wendel/Saint Gobain*, Paris Court of Appeal, 31 May 2012, No 2011/05307, kao i odluku u predmetu *Hermès/LVMH*. O stjecanju dionica putem *equity swap* od strane Louis Vuitton Moët Hennessey ("LVMH") u društvu Hermès International vidjeti više na: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/piebalgs/multimedia/pdf/20111026_memo-11-734_en.pdf (posjećeno 10.01.2013.).

polje primjene propisa kojima se uređuje obveza objavljivanja podataka o držanju glasačkih prava u društvu, zakonodavac je propisao i poseban način računanja glasačkih prava koja proizlaze iz financijskih instrumenata koji se moraju namiriti u novcu (*delta adjusted reporting*). Izričito je propisano da se „kratke“ i „duge“ pozicije koje proizlaze iz takvog financijskog instrumenta ne smiju međusobno spajati (*cannot be netted against each other*). Također dionice koje su sadržane u „košari dionica“ ili indeks uz koji se vezuje financijski instrument namiriv u novcu neće se uzeti u obzir (zbrajati) (*shall not be assimilated*) kada čine manje od 20% vrijednosti te „košare“ ili indeksa.

Kao odgovor na *empty voting* francuski je zakonodavac u listopadu 2010. godine usvojio odredbu kojom je osoba koja drži dionice na osnovi ugovora o zajmu ili sličnog ugovora koji predviđa vraćanje dionica osobi koja ih je prenijela, dužna o tomu obavijestiti izdavatelja i regulatora, ako te dionice daju najmanje 0,5% glasačkih prava u izdavatelju i to u roku od tri dana prije održavanja glavne skupštine. Ako ne postupi u skladu s propisanom obvezom, imatelj tih dionica neće moći ostvarivati pravo glasa na svim sljedećim glavnim skupštinama.¹¹⁷

Daljnje je pitanje ako dođe do širenja obveze obavještanja o promjenama u glasačkim pravima uzimanjem u obzir ne samo glasačkih prava koja proizlaze iz dionica, već i onih koja se mogu steći držanjem drugih financijskih instrumenata, treba li isti način izračunavanja glasačke snage primijeniti i na postupak preuzimanja dioničkih društava, odnosno treba li u tom pravcu izmijeniti propise koji se tiču prelaska kontrolnog praga?

Sukladno izričitoj zakonskoj odredbi njemačkoga WpHG, imatelj financijskog ili drugog instrumenta obuhvaćenog § 25. i 25.a. WpHG izuzet je od obveze obavještanja o držanju značajnoga postotka glasačkih prava u društvu, ako objavi glasačka prava iz dionica za koje je odobreno objavljivanje ponude za preuzimanje temeljem odredaba WpÜG, u skladu s odredbom § 23. WpÜG. Vezano uz računanje kontrolnoga praga u njemačkom je zakonodavstvu relevantna odredba § 30. WpÜG (*Zurechnung von Stimmrechten*) iz koje proizlazi da se financijski instrumenti koji se namiruju u novcu (*cash-settled derivatives*), a za koje postoji dužnost obavještanja sukladno odredbama WpHG, neće uzeti u obzir u računanju visine kontrolnoga praga.

U francuskom pravu propisi kojima se uređivalo izračunavanje glasačke snage dioničara za potrebe obavještanja o promjenama u postotku glasačkih prava i potrebe objavljivanja ponude za preuzimanje do 1. listopada 2012. godine bili su potpuno ujednačeni.¹¹⁸ Posljednjom zakonskom novelom napravljena je iznimka

117 Slično stajalište zauzeo je i portugalski zakonodavac propisavši da svatko tko izjavi svoju volju sudjelovanja na glavnoj skupštini, ali prenese dionice na drugu osobu u vremenskom razdoblju između datuma registracije i do kraja održavanja glavne skupštine, dužan je o toj činjenici odmah obavijestiti predsjednika glavne skupštine društva i nacionalno regulatorno tijelo (Comissão de Mercado de Valores Mobiliários – CMVM).

118 U Francuskoj je 22. listopada 2010. godine donesen Zakon kojim je izmijenjeno uređenje zajedničkog djelovanja te je snižen kontrolni prag za objavljivanje ponude za preuzimanje na 30%. Usvojene su se odredbe počele primjenjivati 23. listopada 2010. godine, osim onih o

koja izuzima izvedenice koje se namiruju u novcu (*cash-settled derivatives*) od polja primjene odredaba o računanju kontrolnoga praga za potrebe objavljivanja obvezne ponude za preuzimanje. Ova je iznimka učinjena radi naglašavanja različitih ciljeva koji se žele postići istaknutim propisima. U postupku donošenja posljednje novele iz 2012. godine isticalo se, da bi usklađivanje oba režima dovelo do obveze objavljivanja ponude za preuzimanje na temelju „virtualnog“ udjela u izdavatelju.¹¹⁹

7. ZAKLJUČAK

Propisi o objavi promjena o stjecanju glasačkih prava dionica uvrštenog društva prema ZTK-u, po svojoj svrsi dijelom se razlikuju od propisa koji se odnose na dužnost objave prelaska kontrolnog praga u ciljnom društvu iz ZPDD-a. Funkcija prvih je formiranje istinite cijene vrijednosnog papira i upoznavanje manjinskih dioničara i javnosti o odnosima u pogledu glasačke snage u društvu. Funkcija drugih je da na temelju prelaska upravo kontrolnog praga, stjecatelj dionica (i osoba koja s njime zajednički djeluje) mora objaviti ponudu za preuzimanje.

Iako se i jednim i drugim propisima nastoje obuhvatiti svi neizravni oblici držanja dionica koji upućuju na to da osoba koja ih drži kontrolira pravo glasa, na tržištu kapitala uočene su nove pojave „bildanja“ glasačke snage koje se nastoje prikriti od izdavatelja, regulatora, odnosno od manjinskih dioničara.

Empty voting, kao jedna od njih, koristi se radi povećanja glasačke snage u društvu u vrijeme održavanja glavne skupštine. Osoba kratkoročno pozajmljuje dionice nekog dioničara uz obvezu da ih vrati nakon održavanja skupštine. Kratkoročnost, odnosno privremenost tog držanja upućuje na zaključak da ta osoba ima cilj „progurati“ neke odluke na skupštini društva, ali ne nužno i trajno ostvariti kontrolu. No, kako ona nakon skupštine društva vraća pozajmljene dionice, ona neće snositi nikakve financijske konsekvence donesenih odluka, pa na skupštini može glasovati i protivno interesima društva. Isti učinak (umjesto zajmom) moguće je postići kratkoročnom kupnjom dionica uz obvezu nazadprodaje (*repurchase agreement*). Prema postojećim propisima ovi oblici držanja nisu obuhvaćeni dužnošću objave. ZTK sili na objavu samo onih držanja dionica gdje osoba privremeno i uz naknadu izvršava *tude pravo* glasa osobe koja joj ga je prenijela. Za *empty voting* je karakteristično da ne dolazi do prijenosa ostvarivanja prava glasa, već do (kratkoročnog) prijenosa svih prava iz dionica.

U sustavima koji poznaju obvezu prijave dioničara za sudjelovanje na skupštini društva, moguće je da *empty voter* pri održavanju skupštine niti nema više svojstvo

obveznoj ponudi za preuzimanje i kontrolnom pragu od 30% koje su se počele primjenjivati od 1. veljače 2011. godine. Do tada je kontrolni prag iznosio 1/3 glasačkih prava u ciljnom društvu. Loi No 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, JORF No 0247 du 23 octobre 2010, str. 18984.

119 Dostupno na: <http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/4-17-2012%20-%20TOC%20Memo%20-%20France%20Amends%20Shareholder%20Disclosure%20Requirements.pdf>, str. 27. (posjećeno 30.01.2012.).

dioničara, jer se ono ispituje samo u doba prijave. Direktiva o pravima dioničara potpomogla je dijelom širenju *empty votinga*, propisavši čl. 7. st. 2. da „pravo dioničara na prodaju ili prijenos dionice u periodu od datuma prijave sudjelovanja na skupštini do datuma održavanja te skupštine društva ne smije biti podvrgnuto ikakvim ograničenjima osim onih koja su uvijek primjenjiva“. To se opravdavallo potrebom da dionica bude likvidni i svakodobno tržišni financijski instrument. Dobro je da je u nas u čl. 279. st. 2. ZTD-a obveza prijave sudjelovanja ili korištenja pravom glasa na glavnoj skupštini propisana *samo kao mogućnost* koja se može, ali i ne mora urediti statutom društva.

Kako bi doskočili tom problemu, neki su nacionalni zakonodavci propisali obvezu dioničara da obavijesti društvo i regulatora, ako između datuma prijave i datuma održavanja skupštine izgubi svojstvo dioničara.¹²⁰ Ima shvaćanja da bi se svojstvo dioničara u vrijeme održavanja glavne skupštine trebalo podignuti na razinu presumpcije. Sukladno tomu, osoba koja bi propustila obavijestiti društvo o gubitku svojstva dioničara, bila bi odgovorna za davanje neistinite izjave.¹²¹ Njemačko pravo obvezuje imatelja dionice da obavijesti o takvu stjecanju¹²², već s prelaskom 3% glasačkih prava. U francuskom pravu, relevantan prag je već za prelazak od 0,5% i to u roku od 3 dana prije održavanja skupštine. Prijedlog izmjene Direktive o transparentnosti nije se jasno odredio po pitanju *empty votinga*.

Druga je pojava *hidden ownership* i s njome izjednačeni pojavni oblici. Najčešće se ostvaruje primjenom izvedenih financijskih instrumenata (derivata), od kojih prednjači primjena *equity swapa*. Osoba nije dioničar, ali ima ekonomski interes da cijena dionice raste, jer je s investicijskim bankarom sklopila takav ugovor o zamjeni (*equity swap*), koji predviđa sljedeće: ako cijena dionice i najčešće dividenda, budu rasle u odnosu na neku referentnu veličinu, investicijski bankar će tu razliku morati isplatiti ulagatelju. Ako budu padale u odnosu na istu veličinu, onda će ulagatelj morati nadoknaditi razliku investicijskom bankaru. Kako se radi o terminskom poslu, u vrijeme dospeljeća *swapa* moguće je njegovo namirenje u novcu (*cash settled*) ili u dionicama (*equity settled*), ovisno o kojoj vrsti *swapa* se radi. Namiri li se ulagatelj „u naturi“, on može odjednom steći tako velik blok glasačkih prava, da time ujedno stekne kontrolu, a da prije uopće nije morao biti dioničar ili je to bio u zanemarivom postotku.

Držanje izvedenica se prema važećim propisima izjednačuje s držanjem dionica i podliježe dužnosti objave, ako je u tom derivatu sadržano bezuvjetno pravo ulagatelja da svojom jednostranom izjavom volje, na temelju obvezujućeg pravnog posla sklopljenog prema mjerodavnom pravu, stekne već izdane dionice s pravom glasa izdavatelja koje su temelj izdanja odnosnog financijskog instrumenta. S obzirom na to da volja ovisi samo o njemu, to je razlog zbog kojeg mu se računaju. Dakle, financijski instrumenti koji daju ovlašteniku za pravo da stekne dionice, a namirivi su u naravi (predajom dionica), nisu ispod radara. Zakonodavac ih zahvaća

120 Vidi stajalište zauzeto u Portugalu, u bilješki 117.

121 Vidi stajalište EFCG, supra pod točkom 6. 1.

122 Vidi supra pod točkom 6. 3. 3.

i za potrebe objave promjena u glasačkim pravima i za potrebe izračuna prelaska kontrolnog praga. No, problem predstavljaju financijski instrumenti (derivati) namirivi isključivo u novcu, jer oni ne daju pravo na stjecanje dionica, već samo na isplatu novca nakon što financijski instrument dospije, ali su u prikazanim slučajevima svejedno iskorišteni kao poluga za stjecanje (Continental) ili održavanje kontrole u uvrštenom društvu (Fiat).

Navedena pravna praznina omogućila je ulagateljima zauzimanje dugih pozicija u derivatima u odnosu na vrlo velike blokove dionica. Iako im navedeni *equity swapovi* nisu davali za pravo da traže predaju dionica (jer bi ih to dovelo pod radar i obvezu objave), tomu se doskočilo na dva načina. U slučaju Fiata je između stranaka noveliran *swap* na način da je *cash settled swap* izmijenjen u *swap* namiriv u dionicama i uvedeno je pravo imatelja *swapa* da zahtijeva prijevremeno okončanje. U predmetu Continental, su sklopljena dva *swapa*. (U podlozi *swapa* bio je udio od 28% dionica s pravom glasa ciljnog društva.) Prvi je *swap* sklopljen između budućeg ponuditelja i njegovog investicijskog bankara. Jedino je taj podlijegao obvezi objave budućeg ponuditelja, a kako je bio namiriv u novcu, to nije bilo potrebno. Drugi *swap*, sklopljen između investicijskog bankara i velikog broja drugih banaka (9) predstavljao je osiguranje (*hedge*) zauzetih kratkih pozicija investicijskog bankara. On je predviđao namirenje predajom dionica. Dakle, tek na drugoj razini odnosa pojavljivali su se financijski instrumenti namirivi predajom dionica. Isti bi podlijegali dužnosti objave da se svaki od njih odnosio na barem 3% dionica s pravom glasa. No, kako je investicijski bankar aranžman sklopio s devet banaka, svaka banka je držala taman toliko dionica da bude ispod praga za objavu (2,9%). Razmjeri ponuditeljevog potencijalnog *stakea* u ciljnom društvu nisu se dakle mogli ničim nagovijestiti, jer nije dolazilo do „postupnog“ prelaska pragova. Njemačko regulatorno tijelo zauzelo je stajalište o legalnosti takva stjecanja, jer ulagatelj nije imao formalno pravo da od devet banaka iz drugog *swapa*, zahtijeva predaju dionica temeljem prvog *swap* ugovora. Džentlemenski sporazum koji je možda postojao između svih njih nije davao po mišljenju regulatora dovoljnu podlogu za taj zaključak.

Posljedice ovakvog simultanog stjecanja velikih blokova dionica koje rezultira prelaskom kontrolnog praga „odjednom“, negativno se odražavaju na tržište kapitala, i to osobito na cijenu dionice ciljnog društva kao i na položaj manjinskih dioničara. Kako ponuditelj, kada objavi ponudu za preuzimanje, mora manjinskim dioničarima isplatiti najmanje cijenu po kojoj se tržila ta dionica u posljednja tri mjeseca koja prethode ponudi za preuzimanje, ako tržište nije imalo saznanja o tim latentnim aranžmanima, ono na tu okolnost ne može odreagirati onako kako to čini po redovitom tijeku stvari. Da se nadolazeća ponuda za preuzimanje mogla iščitati iz objava postupno rastućih *stakeova*, povećala bi se potražnja za dionicama ciljnog društva u razdoblju koje prethodi ponudi za preuzimanje, pa bi manjinski dioničari mogli računati i na tzv. premiju preuzimanja (*takeover premium*).

Prijedlog izmjene Direktive o transparentnosti nastoji pod normu podvesti i dužnost objave i derivata namirivih u novcu, upravo zbog navedenih devijacija.

Ostaje međutim otvoreno pitanje, na koji će se način stjecanje financijskih instrumenata namirivih u novcu tretirati za potrebe izračuna kontrolnog praga radi utvrđivanja obveze objave ponude za preuzimanje. Autorice smatraju da pribrajanje derivata u svrhu utvrđenja je li došlo do prelaska kontrolnog praga nije opravdano, *dogod su oni stvarno namirivi u novcu*. Dođe li do njegove konverzije u derivat namiriv u dionicama (kao što je bilo u slučaju Fiata), tada bi ih trebao smatrati “dionicama koje se mogu steći izjavom volje” i pribrojiti ostalim dionicama kao što je to propisano u čl. 8. st. 1. t. 4. ZPDD-a.

Summary

(NON)-DISCLOSURE OF BENEFICIAL OWNERSHIP IN LISTED COMPANIES AND ITS EFFECT ON ACQUIRING COMPANY'S CONTROL - NEW FORMS OF HIDDEN OWNERSHIP

Listed companies have more disclosure duties than closely-held companies. Among them is the duty to disclose changes in the corporate structure. If someone acquires a substantial block of shares with voting rights, this should be disclosed to the issuer as well as to the public. This in turn allows the market to react; the fact that one investor is passing one or more thresholds requiring him or her to disclose it, might be a signal that a takeover bid is about to be launched. But investor(s) who plan to take over the target company might be faced with an opposing board. The target company might prepare itself for the hostile takeover, either by looking for the better bidder (white knight) or otherwise. Since the bidder cannot offer less than the market price of share (in three months preceding the bid), the market also has a chance to react by raising the price of share. Higher market price of share would also mean that shareholders of the target company might count on the higher takeover premium. In order to narrow the time frame for reaction of the opposing board of the target company, the takeover bid must come as a complete surprise. This can be achieved by extensive use of cash-settled derivatives such as cash-settled equity swap.

The paper deals with the provisions of the Croatian Takeover Act and Croatian Capital Market Act regarding calculation of the voting rights, while noting differences between solutions accepted in these two acts. The presented issues are discussed in light of a reform of the EU Transparency Directive. Both provisions of the Proposal for a Transparency Directive and (some) EU Member States laws are analyzed in order to answer the question whether and which type of the cash-settled derivatives are calculated for the sake of disclosure duties, as well as for acquiring company control. In conclusion, the authors propose solutions to be adopted in the Croatian law in this respect.

Key words: *disclosure of major shareholdings, acquiring control, listed company, empty voting, hidden ownership, Croatian Takeover Act, Croatian Capital Market Act.*

Zusammenfassung

**(NICHT-)VERÖFFENTLICHUNG VON DATEN ÜBER DIE
ÄNDERUNGEN IN DER KORPORATIVEN STRUKTUR
VON BÖRSENNOTIERTER AKTIENGESELLSCHAFT
UND EINFLUSS AUF DAS ÜBERSCHREITEN DER
KONTROLLSCHWELLE – NEUE ERSCHEINUNGSFORMEN
VON HIDDEN OWNERSHIP**

In der Arbeit werden Vorschriften des kroatischen Rechtes bearbeitet, welche die Verpflichtung der Veröffentlichung vom Überschreiten der Schwelle der Erwerbung von Stimmrechten in der börsennotierten Gesellschaft gemäß Gesetz über die Handelsgesellschaften regulieren und sie werden mit den auf die Veröffentlichung und das Überschreiten der Kontrollschwelle bezogenen Vorschriften des Gesetzes über die Übernahme von Aktiengesellschaften verglichen. Insbesondere wird apostrophiert, welche Aktienhaltungen zu den Stimmrechtsblöcken einerseits gemäß Gesetz über Handelsgesellschaften und andererseits gemäß Gesetz über die Übernahme von Aktiengesellschaften zählen und es wird auf die nomotechnische Unterschiede hingewiesen. Weiterhin werden neue Erscheinungen auf dem Kapitalmarkt (empty voting und hidden ownership) bearbeitet, mit welchen man versucht, die Stimmkraft in der börsennotierten Aktiengesellschaft wegen Erwerbung oder Aufrechterhaltung der Kontrolle zu vergrößern, da diese Erscheinungen den Verpflichtungen der Veröffentlichung gemäß gültigen Vorschriften entgehen. Es werden Beispiele aus der Praxis des Kapitalmarktes dargelegt, in welchen die genannten Institute für die verdeckte Erwerbung (oder Aufrechterhaltung) der Kontrolle in der börsennotierten Gesellschaft genutzt wurden, und welche das am Beispiel der Nutzung vom Aktienswap aufweisen, welches in Geld erstattet werden kann (cash settlement equity swap). Es werden die Beschlüsse, beinhaltet im Vorschlag der Änderung von Transparenzrichtlinie, welche zur Veröffentlichung verpflichten will, sowie die Beschlüsse mancher nationaler Gesetzgebungen der EU Mitgliedsstaaten, dargelegt. Abschließend werden Beschlussvorschläge für unser Recht gegeben.

Schlüsselwörter: *Veröffentlichungen der Änderungen in der Stimmenstruktur, Kontrollschwelle, börsennotierte Gesellschaft, empty voting, hidden ownership, Gesetz über Handelsgesellschaften, Gesetz über die Übernahme von Aktiengesellschaften.*

Riassunto

(MANCATA) COMUNICAZIONE DELLE INFORMAZIONI RELATIVE ALLE MODIFICHE NELLA STRUTTURA CORPORATIVA DI UNA SOCIETÀ PER AZIONI QUOTATA IN BORSA E RIFLESSI SUL PASSAGGIO DELLA DETENZIONE DEL CONTROLLO – NUOVE FORME DI DISPONIBILITÀ DELLE AZIONI AL DI SOTTO DEL RADAR DEI REGOLATORI

Nel contributo si esaminano le norme del diritto croato che disciplinano l'obbligo di comunicazione del superamento delle soglie di acquisizione dei diritti di voto in società per azioni quotate in borsa in base alla legge sul mercato dei capitali, mettendole a confronto con le disposizioni della legge sulla rilevazione delle società per azioni, che si riferiscono alle comunicazioni ed al passaggio della soglia di controllo. Particolare attenzione viene prestata al trattenimento delle azioni che si conteggiano nei blocchi delle votazioni secondo la legge sul mercato dei capitali da un lato e la legge sulla rilevazione delle società per azioni dall'altra, rilevando le diversità di carattere nomotecnico. Si esaminano le nuove tendenze del mercato dei capitali (empty voting e hidden ownership) mediante le quali si cerca di aumentare la forza del diritto di voto nella società per azioni quotata in borsa al fine di acquisire e mantenere il controllo, poiché si tratta di situazioni che esulano dal dovere di comunicazione in base alla normativa vigente. Si offrono alcuni casi tratti dalla prassi del mercato dei capitali, quando tali istituti sono stati utilizzati per la celata acquisizione (o detenzione) del controllo in una società quotata, portando come esempio l'ipotesi del cash settlement equity swap. S'illustrano le soluzioni contenute nella proposta di modifica della Direttiva sulla trasparenza che intenderebbe prevedere l'obbligo di comunicazione anche in tali ipotesi, come pure le soluzioni di alcuni ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'UE. Infine, si offrono alcune soluzioni per il diritto croato.

Parole chiave: *comunicazione di modifiche nella struttura dei votanti, soglia di controllo, società quotata in borsa, empty voting, hidden ownership, legge sul mercato dei capitali, legge sulla rilevazione di società per azioni.*

ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA U UPRAVNOM PRAVU

Dr. sc. Dario Đerđa, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 342.9
Ur.: 18. prosinca 2012.
Pr.: 12. siječnja 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se razmatra značenje i sadržaj načela zaštite legitimnih očekivanja u upravnom pravu uopće. Zatim se analizira metoda odmjeravanja treba li pri donošenju neke konkretne upravne odluke legitimno očekivanje zaštititi ili ne. Detaljnije se razmatraju legitimna očekivanja zasnovana na zakonima i drugim pravnim propisima, legitimna očekivanja zasnovana na upravnoj praksi, legitimna očekivanja zasnovana na pravomoćnim upravnim odlukama, legitimna očekivanja zasnovana na upravnim ugovorima, te legitimna očekivanja zasnovana na očitovanjima i drugim postupanjima uprave. Ujedno se ocjenjuje ima li zaštita ovih očekivanja osnovu u postupovnim pravnim propisima te na koje načine upravna tijela moraju postupati kako bi oživotvorila ovo načelo.

Ključne riječi: legitimna očekivanja, stečena prava, zakonitost, upravno pravo, Hrvatska.

1. UVOD

Zakonitost rada uprave jedno je od temeljnih zahtjeva svake moderne i demokratske države i standard kojem se posvećuje značajna pozornost.¹ Stoga se postupanje javne uprave intenzivno vezuje postupovnim pravilima koja utvrđuju koje radnje upravna tijela trebaju poduzeti u postupanju te materijalnim pravilima koja utvrđuju pretpostavke za dodjelu određenoga prava ili nametanje obveze nekoj osobi. No, u pravnim sustavima brojnih država svijeta na značenju sve više dobiva relativno novo i široj javnosti ne pretjerano poznato načelo – načelo zaštite legitimnih očekivanja.

¹ O zakonitosti u radu uprave više vidi u Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 66-72., Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava, knj. I.*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 177-196., te Krbek, Ivo, *Pravo javne uprave FNRJ, I. knjiga: osnovna pitanja i prava građana*, Birozavod, Zagreb, 1960., str. 170-182.

Podrijetlo načela zaštite legitimnih očekivanja povezuje se Kantovom zaštitom razumnih očekivanja građana kao zahtjeva na kojemu se zasnivaju odnosi pojedinaca u zajednici. Ovaj pravno-filozofski pristup bio je ishodištem koncepcije zaštite očekivanja stranaka koja proizlaze iz ugovornih odnosa. Inzistiranje na ostvarivanju razumnih očekivanja pojedinaca temelj je izgradnje povjerenja u zajednici, a koje je osnovna pretpostavka pravičnih odnosa koji se u njoj realiziraju. Iako se razumna očekivanja građana mogu zasnivati na pravilnostima empirijskog iskustva, običajima, religijskim ili moralnim vrijednostima, kada su ona utvrđena pravom, bez obzira na oblik i hijerarhijsku snagu pravnoga izvora, dobivaju posebnu važnost te se smatraju ne više samo razumnima, već i legitimnim.²

Povijesno promatrajući, načelo zaštite legitimnih očekivanja javilo se u njemačkom pravu, u kojem je ujedno i uobičajeno te je doživjelo najdetaljniju pravnu razradu. Razvilo se kao odgovor na povredu stečenih prava pojedinca u slučaju ukidanja zakonitih ovlašćujućih upravnih odluka, a kasnije je prošireno na čitavu paletu slučajeva, od zaštite prava ovlaštenika u slučaju poništavanja nezakonite upravne odluke pa sve do legitimnih očekivanja koja neka osoba temelji na neformalnim obavijestima upravnih tijela. Iako u početku isključivo rezultat rada upravnih sudova, ono je ubrzo normativnu osnovu našlo u njemačkom *Zakonu o upravnom postupku*.³ Krajem 60-ih godina 20. stoljeća ovo je načelo izišlo iz nacionalnih okvira te se proširilo i u pravo drugih država, npr. Nizozemske, Švicarske, Ujedinjenoga Kraljevstva i sl. U državama anglosaksonskoga pravnog kruga, također je nastalo kao rezultat sudske prakse koja ga je razvijala pozivajući se na obvezu pravičnog postupanja upravnih tijela.⁴ Ovo su načelo prihvatile i države koje rad uprave tradicionalno usko vezuju uz zakonitost te su samo iznimno dopuštale njezino modificiranje, kao što je to slučaj u Italiji i Belgiji, a danas se postupno osnažuje i u državama koje su mu dugo bile nesklone, npr. Danskoj, Grčkoj i Portugalu.⁵ Recepciji načela zaštite legitimnih očekivanja u svijetu, općenito je pogodovalo njegovo utvrđivanje u pravnom sustavu Europske unije, koju danas čini čak 27 država članica. Sud Europske unije također odlučujući o ukidanju ovlašćujuće upravne odluke u svojim se presudama na ovo načelo počeo

2 O ovome više vidi u Flanagan, Richard, Legitimate Expectation and Applications – an outdated and unneeded distinction, *Canterbury Law Review*, vol. 17., no. 2., 2011., str. 284. te Barak-Erez, Daphne, The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests, *European Public Law*, vol. 11., no. 4., 2005., str. 588-590.

3 Osnova zaštite legitimnih očekivanja može se uočiti u člancima 48. i 49. njemačkoga *Zakona o općem upravnom postupku*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Bundesgesetzblatt, I, 2003., S. 102., koji utvrđuju stavljanje izvan snage zakonitih i nezakonitih upravnih odluka.

4 Vidi Stott, David, Felix, Alexandra, *Principles of administrative law*, Cavendish, London, 1997., str. 69. te Nolte, Georg, General principles of German and European Administrative Law – a comparison in historical perspective, *Modern Law Review*, vol. 57., no. 2., 1994., str. 195.

5 Cananea della, Giacinto, Legitimate expectations in European and Italian law, *Italian Journal of Public Law*, vol. 1., no. 1., 2009., str. 107-108. te Schwartze, Jürgen, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2006., str. 869-870.

pozivati na izmaku 50-ih godina 20. stoljeća, a krajem 70-ih utvrdio ga je jednim od temeljnih načela prava Unije i neizostavnim elementom pravne sigurnosti pojedinaca.⁶

Iako načelo zaštite legitimnih očekivanja nije izričito normativno utvrđeno u hrvatskom pravu, ono se može implicitno pronaći u različitim odredbama *Zakona o općem upravnom postupku*,⁷ ali i nekih zakona koji uređuju postupanje u posebnim upravnim područjima. Njegovu recepciju u hrvatskom pravu potvrđuje i sudska praksa Ustavnog suda koji smatra kako su načelo pravne sigurnosti i s njim povezano načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka u postupcima u kojima se odlučuje o pravima i obvezama, bitne sastavnice vladavine prava i poštivanja prava čovjeka kao temeljnih ustavnih vrednota. Sijedom toga naglasio je kako u Republici Hrvatskoj zakonske posljedice moraju biti primjerene legitimnim očekivanjima stranaka u svakom konkretnom slučaju u kojem se zakon neposredno na njih primjenjuje.⁸ Sve veća pozornost ovome načelu poklanja se i u hrvatskoj pravnoj literaturi, gdje se ističe kako je načelo zaštite legitimnih očekivanja danas općeprihvaćeno interpretativno načelo u zaštiti subjektivnih prava, u međunarodnoj i u hrvatskoj sudskoj praksi čije se granice i dalje razvijaju.⁹

U ovome radu razmatra se značenje i sadržaj načela zaštite legitimnih očekivanja u upravnom pravu uopće. Zatim se analizira metoda odmjeravanja treba li pri donošenju neke konkretne upravne odluke legitimno očekivanje zaštititi ili ne. Nadalje, posebno se razmatraju legitimna očekivanja zasnovana na zakonima i drugim pravnim propisima, legitimna očekivanja zasnovana na upravnoj praksi, legitimna očekivanja zasnovana na pravomoćnim upravnim odlukama, legitimna

6 O zaštiti legitimnih očekivanja u pravu Unije vidi u Schwartz, op. cit., str. 870-873., Hartley, T. C., *The Foundations of European Union Law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010., str. 162-165., te Craig, Paul, Burca de, Gráinne, *EU law: text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 1998., str. 357-364. Isto u sudskoj praksi Europskog suda vidi u Joined cases 7/56, 3/57 to 7/57, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen v Common Assembly of the European Coal and Steel Community*, 1957., European Court Reports, English special edition – 39., Case 14/81, *Alpha Steel Ltd. v Commission of the European Communities*, 1982., European Court Reports – 749. te Joined cases 205 to 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH and others v Federal Republic of Germany*, 1983., European Court Reports – 2633.

7 *Zakon o općem upravnom postupku*, Narodne novine, br. 47/09.

8 Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: U-IIIB/4366/2005 od 5. travnja 2006. te Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: U-I-659/1994 i dr. od 15. ožujka 2000.

9 Vezmar Barlek, Inga, Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi Upravnog Suda Republike Hrvatske, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32., br. 1., 2011., str. 578-579. Vidi još i Britvić Vetma, Bosiljka, Načela pravne sigurnosti i zaštita legitimnih očekivanja kao oblici zaštite subjektivnih prava u okviru EU, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, god. 3., br. 3-4., 2009., str. 49-78., Šikić, Marko, Ofač, Lana, Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32., br. 1., 2011., str. 127-151., Kačer, Hrvoje, Nedavna odluka Ustavnog suda RH o povredi prava legitimnog očekivanja, *Pravo i porezi*, vol. 18., br. 10., 2009., str. 24-28. i sl.

očekivanja zasnovana na upravnim ugovorima te legitimna očekivanja zasnovana na očitovanjima i drugim postupanjima uprave. Ujedno se ocjenjuje ima li zaštita ovih očekivanja osnovu u postupovnim pravnim propisima u Hrvatskoj te na koje načine upravna tijela moraju postupati kako bi oživotvorila ovo načelo.

2. SADRŽAJ NAČELA ZAŠTITE LEGITIMNIH OČEKIVANJA

Načelo zaštite legitimnih očekivanja, unatoč njegovom temeljnom značenju u skupini pravnih načela, u praksi se primjenjuje samo iznimno. Ono do izražaja dolazi u slučajevima izmjene pravnoga režima, kada novo pravno uređenje dolazi u sukob s potencijalnim ostvarivanjem prava onih osoba kojima takva promjena pravnoga režima ide na štetu.¹⁰ Ono se ogleda u dva različita smjera: u legitimnom očekivanju daljnjega korištenja prava koja je pojedinac stekao pravomoćnom upravnom odlukom te u legitimnom očekivanju kako će uprava pri donošenju odluke postupiti na način koji utvrđuje pravo u trenutku formalnog zahtijevanja toga prava. Stoga, bez obzira mijenja li se pravni režim zakonskim putem, podzakonskim općim aktima ili jednostavno promijenjenom upravnom praksom, postavlja se pitanje trebaju li pojedincima kojima je ranije, u skladu s prijašnjim pravnim režimom priznato kakvo pravo ili su sukladno prijašnjem režimu osnovano očekivali ostvarivanje nekoga prava te se nalazili u specifičnom pravnom položaju, omogućiti ostvarivanje toga prava, premda ono nije usklađeno s novim pravnim režimom. Stoga se u naravi zaštite legitimnih očekivanja krije odgovor na pitanje može li se pojedinac osloniti na dosljednost pravnog poretka te se pouzdati u njegov kontinuitet i predvidivost.

U ovoj dvojbi ogleda se kompleksnost nekoliko važnih pravnih načela koja nerijetko u pravnim sustavima država imaju i ustavno značenje. Nesporno je kako pravo mora ponuditi određenost i dosljednost u postupanju i odlučivanju, jer se samo tako pojedinci mogu držati pravnih pravila. Ono treba biti javno objavljeno, jasno i predvidivo. U tu svrhu zakoni, ali i podzakonski opći akti utvrđuju način postupanja te uvjete ostvarivanja prava ili nametanja obveza u slučajevima koji se mogu dogoditi. Strogo pridržavanje ovih propisa doprinosi zakonitom postupanju subjekata u pravnome životu, ali i pravnoj sigurnosti koja proizlazi iz dosljednosti u odlučivanju i predvidljivosti sadržaja odluka koje će se donijeti u budućnosti. No, ovaj koncept izravno utječe na dinamiku životnih aktivnosti, koja postavlja zahtjev nestatičnosti prava, tražeći od njega prilagođavanje izmijenjenim okolnostima stalno utvrđujući nove, pravične pravne koncepte u društvenim sredinama koje se ubrzano mijenjaju. Stoga je izmjena zakona i podzakonskih općih akata ne samo poželjna, već često i neophodna.¹¹ Promjene u postupanju i odlučivanju posebno su važne u

¹⁰ Schwartze, op. cit., str. 867.

¹¹ Tako se primjerice od države ili lokalne zajednice može očekivati da hitno provede ambicioznu politiku zaštite okoliša, poduzme mjere za smanjenje nezaposlenosti i sl. O ovome vidi Berge ten, Gio, Widdershoven, Rob, The principle of legitimate expectations in

javnom sektoru koji sukladno načelu prilagodljivosti svakodnevno treba odgovarati novim potrebama zajednice u kojoj djeluje.¹²

Kako bi se izmirila ova dva suprotstavljena trenda, poseban značaj u pravu ima pravna sigurnost – stanje lišeno neizvjesnosti o sadržaju i primjeni pravnih normi koje čine pravni poredak ili njegov dio. Iako na dogmatskoj apstraktnoj pravnoj razini pravna sigurnost ovisi o potpunosti, preglednosti i određenosti normativnog pravnog poretka, odnosno o mogućnosti da tijela koja primjenjuju pravo svojom pravno-kreativnom djelatnošću pridonese postizanju tih kvaliteta poretka, ona se na provedbenoj razini ostvaruje primjenom zakona i podzakonskih općih akata na konkretna činjenična stanja. Pri tomu ovisi o praktično postignutoj podudarnosti tih dvaju poredaka, tj. učinkovitosti, ujednačenosti i postojanosti u konkretizaciji normativnih rješenja.¹³ Pravna sigurnost posebno je naglašena u upravnom pravu, jer pojedinci moraju imati mogućnost osloniti se na postupanja javne uprave uopće te prilagoditi svoje privatne interese interesima zajednice utvrđenima u zakonima i podzakonskim općim aktima. Povjerenje koje nastaje kao rezultat takvoga oslanjanja osnova je realizacije vladavine prava u državi.¹⁴ Ona, ovdje ima primjenu posebno u dva instituta: stečenim pravima i legitimnim očekivanjima pojedinaca.

Stečenim pravom smatra se subjektivno pravo koje se ne smije derogirati, ograničiti ili ostaviti bez pravne zaštite. Kako bi pravo nekog pojedinca bilo stečeno, pravna situacija vezana uz nastanak toga prava mora biti već okončana, tj. moraju biti ostvarene sve pravne činjenice koje pravna norma zahtijeva za nastanak konkretnoga prava. Upravo primjenom teorije o stečenim pravima osigurava se provedba načela pravičnosti, načela zakonitosti te, posebno, pravna sigurnost, jer ona ponekad priječi čak i zakonodavca da donošenjem nove pravne norme derogira već stečena prava neke osobe ili takvu osobu liši zaštite njezinih stečenih prava.¹⁵ Dakle, stečena prava su subjektivna prava nastala u prijašnjem pravnom poretku koji je zamijenjen novim, sukladno kojemu ta prava ne bi niti trebala nastati. Kako su ova prava temelj očekivanja njihovog budućega korištenja, promjena pravnoga režima usmjerena na njihovo ukidanje ili ograničavanje može povrijediti interese

duch constitutional and administrative law, *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Intersentia, 1998., str. 421. Borković naglašava kako se društveni zahtjevi i potrebe s vremenom mijenjaju te je slijedom toga i cjelokupan pravni sustav u neprekidnom postupku mijenjanja. Stoga bi bilo apsurdno donositi pravne propise s pretenzijom da oni vrijede vječno. Vijek trajanja pravnog propisa stoji u obrnutoj proporciji s dinamikom društvenog razvoja. Stoga, ako pravni propis načinom svoje regulacije ne odgovara više zahtjevima društvene sredine i vremena, onda se on stavlja izvan snage i na njegovo mjesto, ako je to potrebno, dolazi drugi propis koji će svojim sadržajem u potpunosti udovoljiti novim zahtjevima, Borković, Ivo, *Nomotehnika*, Pravni fakultet u Osijeku, Pravni fakultet u Splitu, Split, 1996., str. 89.

12 O prilagodljivosti uprave i javnih službi vidi u Borković, *Upravno*, cit., str. 16.

13 *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 1199.

14 O podređivanju privatnog interesa javnomu pri upravnom odlučivanju više vidi u Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 10-13.

15 *Pravni leksikon*, op. cit., str. 1526.

ovlaštenika koji se u njih pouzdao na temelju zakona. Stoga se u ovome kontekstu pozornost treba usmjeriti na legitimna očekivanja daljnjeg korištenja prava koja je imao pojedinac.¹⁶

S druge strane, pravna određenost također zahtijeva predvidivost u pravnome postupanju sukladno kojoj pojedinci trebaju moći predvidjeti kakva će se odluka donijeti u njihovom predmetu.¹⁷ Ova predvidivost rezultat je unaprijed propisanih uvjeta za ostvarivanje prava ili nametanje neke obveze. Stoga, kada pojedinac smatra kako ispunjava uvjete za ostvarivanje nekoga prava, odnosno oslobođenje od obveze ili njezino umanjenje on podnoseći zahtjev inicira pokretanje upravnog postupka u kojem će se odlučiti o takvom zahtjevu. No, kako upravni postupak traje određeno vrijeme, on će takvo pravo ili oslobođenje, odnosno umanjenje obveze steći tek po pravomoćnosti donesene upravne odluke, kada će se dalje raditi o stečenim pravima. Problem ostvarivanja ovih prava posebno je aktualan u trenucima promjene pravnoga režima, jer pojedinac razumno očekuje da mu upravno tijelo prizna određeno pravo, sukladno pravnoj normi koja je na snazi u trenutku kada je podnošenjem zahtjeva tražio donošenje upravne odluke. U takvim slučajevima pojedinac se oslanja na pozitivni pravni poredak, računajući da ako podnese zahtjev određeno pravo treba i ostvariti, posebno u slučajevima kada se izmjena pravnoga režima nije mogla predvidjeti. Tada se govori o zaštiti legitimnih očekivanja na ostvarivanje nekog prava koje pojedinac još nije ostvario.

Slijedom navedenoga, u situacijama promjene pravnoga režima ponekad se u obzir moraju uzeti i specifičnosti pravnog položaja nekih pojedinaca te im se treba omogućiti zaštita svojeg prava ili ga čak treba priznati i unatoč promjeni koja se u pravnom režimu dogodila. No, valja naglasiti kako se upravo zbog poštivanja načela zakonitosti kao najviše pravne vrijednosti tada moraju utvrditi posebni razlozi koji su svojstveni specifičnom činjeničnom supstratu i koji svoj temelj imaju u pravu. Pravna doktrina razlikuje dvije vrste zaštite legitimnih očekivanja – postupovnu i materijalnu. Postupovna zaštita usmjerena je na davanje osobi čija su legitimna očekivanja povrijeđena stanovitih postupovnih prava prije donošenja nove upravne odluke. Ova postupovna prava ogledaju se najčešće u obvezi obavješćivanja ovlaštenika o namjeri stavljanja upravne odluke izvan snage, pružanju mogućnosti ovoj osobi da se izjasni u postupku, davanju detaljnog obrazloženja odluke kojom se takvo očekivanje može povrijediti te izgradnji sustava odgovarajuće pravne zaštite. Iznimka od ovih pravila moguća je samo u slučajevima hitnog postupanja upravnog tijela radi zaštite života i zdravlja ljudi te zaštite imovine veće vrijednosti. Materijalna zaštita legitimnog očekivanja omogućuje pojedincu ostvariti zahtjev pred upravnim tijelom na način da se donese meritorna odluka koju je legitimno mogao očekivati. Ona se ujedno ovlaštenicima već stečenih prava jamči institutom

16 Upravo zbog ovoga razloga stečena prava i legitimna očekivanja često se razmatraju zajedno te ih je ponekad teško razgraničiti.

17 O ovome više vidi u Birutė Pranevičienė, Kristina Mikalauskaitė-Šostakienė, Guarantee of principles of legitimate expectations, legal certainty and legal security in the territorial planning process, *Jurisprudence*, vol. 19., no. 2., 2012., str. 648.

pravomoćnosti te zabranom daljnje intervencije u pravomoćne upravne odluke izuzev u slučajevima propisanim zakonom.¹⁸ Postupovna zaštita legitimnih očekivanja široko je prihvaćena u anglosaksonskom pravu, dok se u državama kontinentalnoga pravnog sustava, ali i u Europskoj uniji, uvelike daje na značenju i materijalnoj zaštiti ovih očekivanja.¹⁹ No, bez obzira radi li se o postupovnoj ili materijalnoj zaštiti legitimnih očekivanja upravno tijelo koje odlučuje u upravnoj stvari mora uzeti u obzir legitimno očekivanje stranke, bilo ono usmjereno na postupovna prava ili sadržaj materijalne odluke koja će se donijeti u postupku.

3. POSTUPAK ZAŠTITE LEGITIMNIH OČEKIVANJA

Kako se može zaključiti iz naprijed navedenoga, legitimno očekivanje usmjereno je na daljnje korištenje stečenog prava ili stjecanje prava koje osoba prema zakonu ili drugom propisu ima u trenutku formalnog potraživanja takvoga prava. Ono treba biti uzeto u obzir pri donošenju upravne odluke, čime postaje jednim od središnjih pitanja pravnog prava uopće. Međutim, samo postojanje legitimnog očekivanja nužno ne znači kako će ono biti i pravno zaštićeno. Razlog tomu je što se pozornost ne stavlja samo na činjenicu očekuje li pojedinac nešto, već i je li on na takvo očekivanje ovlašten pravom. Razlog tomu nalazi se u interferenciji ovoga načela s načelom zakonitosti rada uprave te davanju prevage jednome od ovih načela u svakom pojedinome slučaju.²⁰ Stoga se ne može ustvrditi kako legitimno očekivanje treba štiti uvijek. Svrha, uskrate zaštite nekog legitimnog očekivanja usmjerena je na zaštitu javnoga interesa te popratno otklanjanje mogućnosti zlouporabe ovoga prava od strane pojedinaca.

Iako se mjerila i uvjeti zaštite legitimnih očekivanja u zakonskim propisima najčešće ne susreću, pravila koja pri tomu trebaju uzeti u obzir upravna tijela koja

18 O postupovnim i materijalnim legitimnim očekivanjima vidi Forsyth, Christopher, *Legitimated Expectations Revisited*, *Judicial Review*, vol. 16., no. 4., 2011., str. 435-436., Schönberg, Søren, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford University Press, New York, 2000., str. 48-49., Roberts, Melanie, *Public law Representations and Substantive Legitimate Expectations*, *Modern Law Review*, vol. 64., no. 1., 2001., str. 112-114. te Šikić, Ofak, op. cit., str. 144-145.

19 U pravnoj doktrini susreću se stavovi kako unatoč ovom doktrinarnom razlikovanju načina zaštite legitimnih očekivanja, svaka je zaštita u biti postupovna, zatim kako jačanje subjektivnih prava koja ponekad mogu potencijalno onemogućiti slobodno odlučivanje upravnih tijela naglasak stavlja upravo na materijalnu zaštitu ovih očekivanja, pa sve do takvih sukladno kojima nije niti važno jesu li očekivanja postupovne ili materijalne prirode, ako se ona štite u praksi. Vidi Quinot, Geo, *Substantive Legitimate Expectations in South African and European Administrative Law*, *German law Journal*, vol. 5., no. 1., 2004., str. 65-68. te Stott, Felix, op. cit., str. 69.

20 Ovo stajalište zastupa i Sud Europske unije koji je u odluci *Joined cases 42/59 and 49/59, Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) v High Authority of the European Coal and Steel Community*, 1961., *European Court Reports*, English special edition – 53., ustvrdio kako „načelo poštovanja pravne sigurnosti, koliko god da je ono važno, ne može se primijeniti apsolutno na sve situacije, već se mora kombinirati s načelom zakonitosti“.

donose odluku, pa i drugostupanjska upravna tijela i upravni sudovi obavljajući nadzor zakonitosti rada uprave, utvrđena su sudskom praksom. Ova pravila posebno proizlaze iz brojnih presuda Suda Europske unije, a kako će pristupanjem Hrvatske Europskoj uniji ona obvezivati i hrvatska upravna tijela, korisno ih je već danas uzeti u obzir.

U ocjeni treba li zaštititi legitimno očekivanje neke osobe relevantnim se pokazuju dva pitanja. Ponajprije, je li očekivanje pojedinca usmjereno na ostvarivanje nekoga prava razumno i zasnovano na pravu? Ako je odgovor na ovo pitanje negativan neće se štiti očekivanje pojedinca. Ako je odgovor pozitivan, postavlja se pitanje hoće li zaštita takvoga očekivanja povrijediti javni interes ili interes trećih osoba. Ako je odgovor na ovo pitanje pozitivan legitimno očekivanje također se neće štiti, no ako je negativan upravno tijelo trebalo bi odlučiti u prilog takvome očekivanju.²¹

Dakle, kako bi neko očekivanje bilo legitimno, ono ponajprije treba biti razumno i zasnovano na pravu. Očekivanje koje nije razumno upravno tijelo neće uzeti u obzir kao predmet zaštite. Stoga je temelj legitimnosti očekivanja upravo u njegovoj razumnosti, slijedom čega ako očekivanje nije razumno ne može biti niti legitimno. Sukladno sudskoj praksi Suda Europske unije razumnim očekivanjem smatra se očekivanje koje bi nastalo kod „razumnog građanina“.²² Takvo očekivanje treba imati preciznu i specifičnu osnovu na kojoj se temelji. Ova osnova treba biti postojana te utemeljena na pravu.²³ Postojanost osnove ocjenjuje se temeljem vjerojatnosti njezine izmjene u budućnosti, tj. ako se njezina promjena može predvidjeti, jer je ona i inače predmet učestalih izmjena ili zbog izglednih događaja u zajednici, ona se ne može smatrati pogodnim temeljem za stvaranje uvjerenja razumne osobe. Slijedom toga valja zaključiti, da kada god se promjena pravnoga režima može predvidjeti očekivanje nije razumno.²⁴ Legitimnost očekivanja

21 O ovome Hartley, op. cit., str. 163. te Quinot, op. cit., str. 69.

22 Vidi Case 78/77, *Johann Lühns v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 1978., European Court Reports – 169. te Case 265/85, *Van den Bergh en Jurgens BV and Van Dijk Food Products (Lopik) BV v Commission of the European Communities*, 1987., European Court Reports – 1155.

23 Vidi Case T-123/89, *Jean-Louis Chomel v Commission of the European Communities*, 1990., European Court Reports II – 131. Upravni sud Republike Hrvatske nije, primjerice, ocijenio razumnim očekivanje tužitelja koji je tvrdio kako bi opravdano trebalo očekivati naknadnu legalizaciju bespravno sagrađenog objekta uslijed naknadne promjene prostornih planova, iako građevina nije izgrađena sukladno pravomoćnoj građevinskoj dozvoli kao upravnoj odluci. Također je utvrdio kako nije razumno očekivanje tužitelja da neće doći do rušenja građevine izgrađene bez građevinske dozvole koju je kupio, jer je kupac bio dužan predvidjeti posljedicu nelegalne gradnje, tj. rušenje objekta. Vidi Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-9542/2001 od 20. listopada 2005. te Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-7642/2003 od 8. rujna 2005.

24 Vidi Case 52/81, *Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust v Commission of the European Communities*, 1982., European Court Reports – 3745., Case T-243/94, *British Steel plc v Commission of the European Communities*, 1997., European Court Reports II – 1887., Case 78/77, *Johann Lühns v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 1978., European Court Reports – 169. te Joined cases 424/85 and 425/85, *Coöperatieve Melkproducentenbedrijven Noord-*

prosuduje se i prema kriteriju je li očekivanje zasnovano na pravu. Razlog je tomu što se razumna osoba ne bi oslonila na nezakonitu osnovu daljnijega korištenja ili stjecanja prava.²⁵ Stoga je očekivanje legitimno samo ako je utemeljeno na pravnoj normi, bez obzira na oblik i hijerarhijsku snagu njezina izvora, slijedom čega se pitanje zakonitosti u zaštiti legitimnih očekivanja ne smije dovesti u pitanje. Koliko god da je neko razumno očekivanje za pojedinca svrhovito, ono se neće štititi ako je suprotno pravu.²⁶

Konačno, u ocjeni treba li u konkretnom slučaju zaštititi legitimno očekivanje ili ne, nužno je odmjeriti interes pojedinaca koji traži zaštitu legitimnog očekivanja i javni interes utvrđen pravom, a koji može biti povrijeđen donošenjem odluke u korist pojedinca. Razlog tomu je što će se legitimni interes zaštititi samo kada privatnom interesu pojedinca u specifičnoj upravnoj stvari treba dati prednost pred javnim interesom kojega upravno tijelo štiti.²⁷ Pri odmjeravanju interesa pojedinca i javnoga interesa treba svakako uzeti u obzir i interes trećih osoba čija se prava također mogu povrijediti zaštitom legitimnih očekivanja konkretne osobe. Razlog odmjeravanju javnog i privatnog interesa ogleđa se u suprotnim zahtjevima koji postoje u pravu. Privatni interes pojedinca štićen pravnom sigurnošću traži zaštitu postojećih odnosa, odnosno predvidljivost u donošenju odluke. S druge strane, javni interes zasnovan na zakonitosti u radu uprave, odnosno njezinoga postupanja

-
- Nederland BA ("Frico") and others v Voedselvoorzienings In- en Verkoopbureau*, 1987., European Court Reports – 2755. U pravu Europske unije od pojedinca koji se poziva na legitimno očekivanje očekuje se poznavanje prava, tj. ispravna ocjena može li se na pravnu odredbu osloniti ili ne. Isto tvrde i Quinot, op. cit., str. 70. i 73. i Craig, Burca de, op. cit., str. 363. Vezmar Barlek smatra kako bi, kada se radi o pravu koje nije stečeno ili nedovršenoj pravnoj situaciji, trebalo procijeniti je li pojedinac imao razumnu osnovu očekivati rješavanje situacije upravo na način na kojem temelji očekivanje. Vezmar Barlek, Primjena, cit., str. 572.
- 25 Case 122/77, *Augusta Agneessens and others v Commission of the European Communities*, 1978., European Court Reports – 2085., Case 188/82, *Thyssen AG v Commission of the European Communities*, 1983., European Court Reports – 3721. te Case 15/85, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo v Commission of the European Communities*, 1987., European Court Reports – 1005. Iz ovoga proizlazi kako Sud Europske unije ipak daje prednost zakonitosti pred pravnom sigurnošću.
- 26 Vidi Watson, Jack, Clarity and ambiguity: a new approach to the test of legitimacy in the low of legitimate expectations, *Legal Studies*, vol. 30., no. 4., 2010., str. 636-637. te Quinot, op. cit., str. 70. i 73. Tako primjerice Upravni sud Republike Hrvatske nije ocijenio utemeljenim na pravu zahtjev tužiteljice da joj se prizna pravo na doplatu za djecu prije ispunjenja zakonskih uvjeta, konkretno prijave prebivališta u Republici Hrvatskoj. Također je utvrdio da okolnosti i činjenice, nastale nakon donošenja konačnog rješenja, nisu na pravu zasnovana osnova očekivanja oglašavanja takvoga rješenja ništavim, jer do ništavosti može dovesti samo razlog koji je postojao u trenutku donošenja akta. Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-6212/2002 od 20. listopada 2005. te Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-251/1985 od 12. lipnja 1985.
- 27 Vidi Hartley, op. cit., 163-164. te Kolinsky, Daniel, A Legitimate Expectation of a Successful Challenge?, *Judicial Review*, vol. 17., no. 2., 2012., str. 174-176. Vidi i Case 120/86, *J. Mulder v Minister van Landbouw en Visserij*, 1988., European Court Reports – 2321. te Case 96/77, *SA Ancienne Maison Marcel Bauche and SARL François Delquignies v Administration Française des Douanes*, 1978., European Court Reports – 383.

sukladno važećim propisima, štiti dobro koje se smatra posebno vrijednim u zajednici. Ovo odmjeravanje posebno je prisutno u upravnom pravu, jer norme upravnoga prava s jedne strane štite javni interes, dok s druge istodobno građanima i drugim pravnim subjektima dodjeljuju određena prava ili ovlaštenja da od javne zajednice potražuju priznavanje nekog pojedinačnog prava. Kako se interes pojedinca i javni interes mogu različito odražavati, čak i u činjenično prilično sličnim slučajevima, doseg načela zaštite legitimnih očekivanja u upravnom pravu često je vrlo neodređen.²⁸

S obzirom na to da je pitanje zaštite legitimnih očekivanja podložno finom odmjeravanju često pravno nestandardiziranih vrijednosti, odluka kojom se utvrđuje je li očekivanje pojedinca razumno, osnovano na pravu te hoće li ostvarivanje interesa pojedinca ugroziti javni interes i interes trećih osoba, mora biti podložna nadzoru. Ovaj nadzor provodi se kao hijerarhijski upravni nadzor ako je odluku donijelo prvostupanjnsko upravno tijelo, te kao sudski nadzor zakonitosti pred upravnim sudom ako nije dopuštena žalba na upravnu odluku. Slijedom toga drugostupanjnsko tijelo i upravni sud u provođenju nadzora ovlašteni su odlučiti o zaštiti legitimnog očekivanja.

4. ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA ZASNOVANIH NA ZAKONIMA I DRUGIM PRAVNIM PROPISIMA

Nesporna pravna osnova legitimnih očekivanja svakako su pravne norme sadržane u zakonima i drugim propisima, tj. podzakonskim općim aktima. Ovdje se podrazumijevaju opći akti koje donosi država, jedinice područne (regionalne) i lokalne samouprave te pravne osobe koje imaju javnu ovlast. Tijelo ovlašteno donijeti opći akt zakonske ili podzakonske pravne snage zakonom je ovlašteno intervenirati u pravne odnose pa tako i prava i obveze pojedinaca. Međutim, ono pri donošenju novoga ili izmjene postojećega zakona ili drugog propisa treba povesti računa o zaštiti prava pojedinaca pa tako i o legitimnim očekivanjima koje oni zasnivaju na važećim pravnim propisima.

Stoga načelo zaštite legitimnih očekivanja ne smije biti zanemareno niti od tijela s normativnim ovlastima u zajednici u obavljanju njihove zakonodavne aktivnosti. Opće je pravilo da novi propis počinje važiti danom stupanja na snagu te se od toga dana primjenjuje na sve pravne odnose i pravne činjenice koje su u njegovu doseg u na pravne odnose koji su zasnovani prije njegovog stupanja na snagu, a koji se nastavljaju. Zakonom ili drugim propisom, dakle, reguliraju se sve zatečene pravne situacije kao i one koje će se tek dogoditi u budućnosti. No, izmjena normativnoga pravnog režima može imati značajne posljedice na pojedince koji su već stekli određena prava temeljem dotadašnjih propisa, kao i na pojedince koji prema tada važećim uvjetima još ostvaruju određena prava.

²⁸ O ovome Vezmar Barlek, Primjena, op. cit., str. 573. te Šikić, Ofak, op. cit., str. 145.

Kako stupanje na snagu zakona ili drugog propisa ne bi trenutno štetno utjecalo na prava nekoga pojedinca, zakon ili drugi propis na snagu stupaju najčešće nekoliko dana, rjeđe mjeseci, nakon objave u službenom glasilu. Na taj se način osobama ostavlja razdoblje u kojemu se one mogu pripremiti na izmijenjeni pravni režim te mu se na taj način prilagoditi. No, najčešći rok stupanja zakona ili drugog propisa na snagu koji iznosi osam dana od njegove objave u službenom glasilu, zna se pokazati nedostatnim za ostvarivanje prava radi kojih je pojedinac nerijetko dugo vremena ostvarivao uvjete te eventualno angažirao značajne vremenske i materijalne resurse. Stoga, u takvim slučajevima očekivanja pojedinaca kako se mogu osloniti na postojeći pravni režim mogu biti iznevjerena.

No, valja naglasiti kako načelo zaštite legitimnih očekivanja ni u kom slučaju nema svrhu onemogućiti normativnu promjenu pravnoga režima te slijedom toga spriječiti buduće drukčije odlučivanje ili postupanje u upravnim stvarima, jer bi time razvoj prava bio potpuno spriječen te ono ne bi moglo odgovoriti potrebama izmijenjenih društvenih okolnosti.²⁹ Upravo je to razlog zašto u takvim slučajevima do izražaja treba doći zaštita legitimnih očekivanja. Kako zakonodavna tijela obavljajući normativnu djelatnost određuju i hijerarhiju vrijednosti u zajednici, ona su ovlaštena novim propisom izričito isključiti zaštitu legitimnih očekivanja pojedinaca kadgod smatraju kako bi ona izravno naštetila novopostavljenim normativnim ciljevima.³⁰ Tako primjerice, ako zakonodavac smatra kako je razlog koji je uzrok izmjeni zakona ili drugog propisa toliko bitan da se legitimna očekivanja temeljena na prijašnjem zakonu ili drugom propisu ne mogu štititi niti još samo neko ograničeno vrijeme, on pravnim pravilom zaštitu legitimnih očekivanja može ograničiti ili čak u potpunosti isključiti.

Kako bi već normativnim putem zaštitio legitimna očekivanja pojedinaca koji su određena prava stekli ranije ili koji su u postupku njihova ostvarivanja, zakonodavac u zakonu ili drugom propisu može odrediti kako će se ovaj primjenjivati samo ubuduće, a ne i na postojeće situacije i već utvrđena prava. Tako se, primjerice, uvijek propisuje kako se novi uvjeti za odlazak u mirovinu odnose samo na osobe koje će po stupanju na snagu novoga zakona biti umirovljene, a ne i na tadašnje umirovljenike.³¹ Štoviše, zakonodavac zakonom ili drugim propisom može osobama koje su u postupku ostvarivanja nekoga prava ostaviti i odgovarajući rok u kojem mogu ostvariti pravo prema prijašnjim propisima, kao što je primjerice slučaj s višegodišnjim rokom tijekom kojega su tadašnji magistri znanosti mogli

29 Vidi Forsyth, op. cit., str. 435.

30 Vidi Berge ten, Widdershoven, op. cit., str. 428.

31 Članak 172. stavak 1. *Zakona o mirovinskom osiguranju*, Narodne novine, br. 102/98., 127/00., 59/01., 109/01., 147/02., 117/03., 30/04., 177/04., 92/05., 43/07., 79/07., 35/08., 40/10., 121/10., 130/10., 61/11., 114/11. i 76/12., propisuje kako „korisnicima prava na starosnu mirovinu, prijevremenu starosnu mirovinu, invalidsku mirovinu, obiteljsku mirovinu, minimalnu mirovinu, zaštitni dodatak uz mirovinu, doplatak za pomoć i njegu kao i na novčanu naknadu zbog tjelesnog oštećenja, koji su ta prava ostvarili prema propisima o mirovinskom i invalidskom osiguranju koji su važili do početka primjene ovoga Zakona, osiguravaju ta prava i nakon toga dana u istom opsegu i usklađuju se prema novom zakonu...“.

steći doktorat znanosti prema prijašnjim propisima.³² Time se pitanje zaštite legitimnih očekivanja ostvaruje već na normativnoj osnovi te se ne prepušta na ocjenu upravnim tijelima pri donošenju upravnih odluka.

Međutim, takav slučaj ipak nije kada zakonom ili drugim propisom izričito nije utvrđeno koji će se propis primjenjivati na predmete koji su u trenutku stupanja na snagu novoga zakona ili drugoga propisa u rješavanju. Dakle, ovdje se radi o predmetima o kojima je postupak rješavanja i formalno započeo, no oni nisu riješeni u trenutku izmjene zakona ili drugoga propisa. Kako su ovi postupci u pravilu pokrenuti na zahtjev stranke, a temeljem njezinog shvaćanja da u trenutku podnošenja zahtjeva ispunjava pretpostavke za stjecanje prava, promjena postupovnih, a posebno materijalnih uvjeta podnositelju zahtjeva može uvelike povrijediti legitimna očekivanja. Radi izbjegavanja dvojbi o zaštiti očekivanja u takvim slučajevima korisno je da zakonodavac u prijelaznim odredbama novoga zakona ili drugog propisa izričito propiše primjenjuje li se novi propis na predmete čije je rješavanje još uvijek u postupku ili ne. Kada novi zakon ili drugi propis sadrži prijelazne odredbe o dovršetku započetih postupaka upravno tijelo tada mora postupiti po takvoj odredbi.³³ Međutim, u praksi ovo nažalost ipak ponekad nije slučaj, a što dovodi do značajnih neujednačenosti koje doprinose pravnoj nesigurnosti građana.³⁴

Razlog ovoj neujednačenosti u hrvatskom upravnom pravu nalazi se ponajprije u specifičnom razmimoilaženju stavova Ustavnog, Upravnog i Vrhovnog suda o primjeni mjerodavnog propisa tijekom rješavanja upravnoga postupka, kada se prijašnji propis zamijeni novim. Tada je Upravni sud Republike Hrvatske, a danas Visoki upravni sud, zauzeo shvaćanje kako se u takvim slučajevima treba primijeniti

32 Članak 120. stavak 4. *Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju*, Narodne novine, br. 123/03., 105/04., 174/04., 2/07., 46/07. i 63/11., propisuje kako „osobe koje su prema propisima koji su bili na snazi prije stupanja na snagu toga Zakona stekle magisterij znanosti mogu, sukladno općem aktu sveučilišta, steći doktorat znanosti obranom doktorskog rada prema propisima koji su vrijedili na dan stupanja na snagu ovoga Zakona, najkasnije u roku od osam godina od dana stupanja na snagu ovoga Zakona“.

33 Ovdje je zanimljivo spomenuti *Zaključak o pravnom shvaćanju sa sjednice imovinsko-pravnog odjela održane dana 15. ožujka 2011. godine* o primjeni podzakonskih propisa kojim je Upravni sud Republike Hrvatske zaključio kako se u upravnim postupcima primjenjuju podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnih postupaka, čak i u slučaju kada je prijelaznim odredbama podzakonskog propisa drugačije propisano. No, s takvim stajalištem Upravnog suda vrlo se teško doktrinarno složiti, jer ono izravno proturječi volji zakonodavca.

34 Isto tvrdi u *Vezmar Barlek u Vezmar, Barlek, Inga, Dvojbe iz sudske prakse o vremenskom važenju materijalnih propisa u upravnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 31., br. 1., 2010., str. 322. Ona navodi kako u slučajevima praznina u normiranju koji propis tada treba primijeniti neka tijela primjenjuju propis koji važi u vrijeme pokretanja postupka, a neka u vrijeme rješavanja. Štoviše, naglašava kako drugostupanjska tijela ponekad primjenjuju propis koji je važio u vrijeme donošenja prvostupanjskog rješenja, a ponekad propis koji važi u vrijeme donošenja drugostupanjskog rješenja. Također skreće pozornost kako neka tijela primjenjuju propis koji je važio u vrijeme pokretanja upravnog postupka, neovisno o tomu što taj propis više ne važi u vrijeme odlučivanja o žalbi.

propis koji je bio na snazi u trenutku pokretanja upravnog postupka.³⁵ Zauzimajući ova shvaćanja Upravni sud rukovodio se ustavnom odredbom kojom je zabranjeno povratno djelovanje podzakonskih propisa, jer primjena novog propisa na postupak koji je započet prije njegovog stupanja na snagu, može značiti povratno djelovanje tog propisa, s obzirom na to da se on tada primjenjuje na slučaj koji je nastao prije njegovog stupanja na snagu.³⁶ Na istom shvaćanju primjene materijalnoga propisa inzistirao je i Ustavni sud Republike Hrvatske, koji je također izrazio gledište kako je opće pravilo da se u upravnom postupku upravna stvar rješava neposrednom primjenom zakona, drugog propisa ili općeg akta koji je važio u vrijeme pokretanja upravnog postupka ako zakonom, drugim propisom ili općim aktom nije drukčije određeno.³⁷ Međutim, s ovim se shvaćanjima nije složio Vrhovni sud Republike Hrvatske, koji polazi od pretpostavke kako samim podnošenjem zahtjeva podnositelj nije stekao nikakvo pravo³⁸ te kako je između podnositelja zahtjeva kao stranke u upravnom postupku i upravnog tijela samo nastao odnos u kojem podnositelj zahtjeva ima pravo zahtijevati da se odluči o njegovom zahtjevu bez prava na točno određenu odluku, a upravno tijelo ima obvezu odlučiti o zahtjevu. Kako dakle, upravno-pravni odnos samim podnošenjem zahtjeva još nije nastao Vrhovni sud smatra kako upravna odluka treba biti donesena sukladno propisu koji je na snazi u trenutku njezinoga donošenja.³⁹ Unatoč izraženom shvaćanju Vrhovnog suda te njegovom položaju najvišeg suda u državi, Upravni sud Republike Hrvatske ipak nije prihvatio takvo stajalište te se o primjeni propisa ponovno očitovao utvrđujući

35 *Zaključkom o pravnom shvaćanju sa sjednice imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda održane dana 19. studenoga 2007. godine* Upravni sud Republike Hrvatske odlučio je u prilog činjenici kako se u izdavanju lokacijske dozvole primjenjuju podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnih postupaka. Isti smisao primjene materijalnoga prava proizlazi i iz *Zaključka o pravnom shvaćanju sa sjednice imovinsko-pravnog odjela održane dana 8. veljače 2008. godine* istoga Suda u svezi s primjenom prijelaznih odredbi *Zakona o šumama*, gdje stoji kako se pri donošenju odluke primjenjuje onaj zakon koji je mjerodavan u vrijeme pokretanja postupka osim ako zakonom nije drugačije propisano. Na isto stajalište Upravni sud stao je i *Zaključkom o pravnom shvaćanju sa sjednice imovinsko-pravnog odjela održane dana 17. ožujka 2008. godine*, a u svezi s pitanjem je li za primjenu podzakonskih propisa u postupku utvrđivanja komunalnog doprinosa odlučno pokretanje upravnog postupka u kojem se određuje komunalni doprinos ili pokretanje upravnog postupka izdavanja akta na temelju kojeg se može graditi. Ovdje je Upravni sud utvrdio kako se komunalni doprinos koji se utvrđuje vlasniku građevne čestice na kojoj se gradi građevina, odnosno investitoru, utvrđuje prema podzakonskom propisu, odluci o komunalnom doprinosu, koja je na snazi u vrijeme pokretanja postupka izdavanja akta na temelju kojeg se može graditi.

36 Članak 89. stavka 4. *Ustava Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 85/10. Vidi Vežmar Barlek, Dvojbe, cit., str. 325.

37 Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: U-III-2435/01 od 20. travnja 2005. te Ustavni sud Republike Hrvatske, broj: U-I-2510/01 od 6. prosinca 2006.

38 Ovdje se dakle, ne radi ni o kakvom stečenom pravu koje se ne bi moglo dovesti u pitanje novim propisom ni o obveznom odnosu kod kojeg se prava i obveze stranaka prosuđuju prema materijalno-pravnim propisima koji su bili u primjeni u vrijeme nastanka takvog odnosa.

39 Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Uzz-5/08 od 29. listopada 2008. te Vrhovni suda Republike Hrvatske, broj: Uzz-2/08 od 25. veljače 2009.

kako nakon razmatranja pravnog shvaćanja zauzetog u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske i Ustavnog suda Republike Hrvatske on ostaje na stajalištu kako se u upravnim postupcima primjenjuju podzakonski propisi koji su na snazi u vrijeme pokretanja upravnih postupaka.⁴⁰ Upravni sud ispravno je primijetio kako se u slučaju podnošenja zahtjeva za pokretanje upravnog postupka još ne radi o stečenom pravu, ali se radi o legitimnim očekivanjima stranaka. Stečena prava i legitimna očekivanja, kao što je ranije već naglašeno, treba razlikovati, jer su stečena prava ovlaštenja koja je stranka stekla u prošlosti, dok su legitimna očekivanja usmjerena na pravo stranke da u budućnosti stekne pravo koje joj zakon jamči u trenutku pokretanja upravnog postupka.⁴¹

Kada se legitimna očekivanja pojedinaca ne bi štitila u slučajevima promjene materijalnog propisa tijekom vođenja upravnog postupka, ovo bi u praksi dovelo do nejednakog položaja dviju ili više osoba koje su u isto vrijeme podnijele zahtjev za ostvarivanjem istoga prava. Drugim riječima, ako više osoba istoga dana pred tijelom iste stvarne nadležnosti predaju zahtjev koji se zasniva na istoj materijalnoj odredbi, te je u svim predmetima činjenično stanje isto ili u bitnome slično, neke od ovih osoba mogle bi steći pravo, a drugima bi se zahtjev trebao odbiti ovisno je li o zahtjevu riješeno prije ili nakon stupanja na snagu novoga propisa. Takva situacija vodila bi potpunoj nepredvidivosti u postupanju uprave. Kako u pravnom sustavu može postojati samo jedno zakonito rješenje, u slučaju iste pravne osnove i istog činjeničnog stanja ne smije se tolerirati različitost u rješavanju uzrokovana isključivo trenutkom donošenja upravne odluke, pri tomu ne vodeći računa o okolnosti kada je zahtjev podnesen. Razlog je tome što upravno tijelo upravnu odluku može donijeti neposredno po pokretanju postupka, može je donijeti u roku od tri, osam, ali i 30, 60 ili čak više od 120 dana od podnošenja urednog zahtjeva. Nije jasno zašto bi stranka trebala trpjeti štetne posljedice i materijalnu štetu samo zato što tijelo nije obavilo svoju zakonsku dužnost, te je protivno načelu učinkovitosti u upravnom postupku, predmet riješilo kasnije umjesto što je ranije moguće. Ovo posebno dolazi do izražaja kada tijelo donese rješenje po proteku rokova propisanih za donošenje i dostavu upravne odluke stranci.

Međutim, valja ustvrditi kako legitimna očekivanja u kontekstu drukčijega uređivanja nekoga pravnog pitanja zakonom ili podzakonskim općim aktom trebaju imati vrlo ograničeno vremensko, baš kao i personalno važenje. Ona se trebaju primjenjivati samo na pojedince koji se nalaze u drukčijim okolnostima od svih onih na koje se primjenjuje novi način odlučivanja ili postupanja te samo kratko vrijeme po izmjeni takvoga pravnog režima. Drugim riječima, ako se podnositelj ne nalazi u posebnom položaju te ga normativna promjena pogađa na jednak način kao

40 Upravni sud Republike Hrvatske, *Zaključak o pravnim shvaćanjima sa sjednice imovinsko-pravnog odjela održane dana 15. svibnja 2009. godine.*

41 Ovaj je stav podržan i kasnijom odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-1046/2009. od 14. listopada 2009., kojom Ustavni sud nije doveo u pitanje svoja ranija stajališta kako u upravnom postupku treba primijeniti propis koji važi u trenutku pokretanja spora, čime se implicitno suglasio i sa stavovima Upravnog suda.

i druge osobe, zaštita legitimnih očekivanja nije opravdana.⁴² Međutim, unutar ovoga personalnog i vremenskog ograničenja, zaštita legitimnih očekivanja i dalje je izravno podređena načelu zakonitosti, pa upravna tijela i upravni sudovi zaštitu ovih očekivanja pojedincima mogu pružiti samo ako ne postoji prevladavajući razlog inzistiranja na primjeni novoga pravnog režima čak i na ove osobe.

Konačno, legitimna očekivanja mogu se temeljiti i na strategijama koje donose nadležna državna tijela ili tijela koja su na to zakonom ili na zakonu zasnovanom aktu posebno ovlaštena. Iako strategije nisu zakonski propisi niti su pravila ustaljena upravnom praksom, namjera im je standardizirati neko postupanje, odnosno način odlučivanja ili utvrditi ciljeve koje upravno tijelo u svojem radu treba postići. Iako ne obvezuju upravna tijela one su, kada su javno objavljene, valjana osnova očekivanja da će se upravna tijela u svojem postupanju držati ciljeva utvrđenih ovim strategijama. Iako bi se teško moglo pravdati kako upravno tijelo ne smije odstupiti od takve strategije, koja ga formalnopravno ipak ne obvezuje, ono bi u takvim slučajevima u obrazloženju upravne odluke trebalo dati detaljne razloge za svoje odstupanje. Stoga ih upravna tijela u praksi ipak ne mogu jednostavno ignorirati. Dakle, iako je učinak strategija na zasnivanje legitimnih očekivanja slab, nužno je primijetiti kako on ipak postoji.⁴³

5. ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA ZASNOVANIH NA UPRAVNOJ PRAKSI

Pored očekivanja koja se temelje na zakonima i drugim propisima, pojedinac može tražiti i zaštitu legitimnih očekivanja koja proizlaze iz upravne prakse, tj. standardiziranih postupanja ili odluka upravnih tijela koje nisu posljedica izravne primjene konkretne pravne norme sadržane u zakonu ili drugom propisu. Kako su se pravila postupanja u zakonu i propisima nerijetko pokazala nedostatnima, upravna tijela pri odlučivanju u upravnim stvarima sama su vlastitom praksom stvarala ova pravila, koja su zatim dosljedno primjenjivala u svim budućim slučajevima koje su rješavala. Očekivanja pojedinaca u prvom redu odnose se na inzistiranje na dosljednoj upravnoj praksi pri donošenju upravnih odluka. Drugim riječima, pojedinac od upravnog tijela očekuje da pri donošenju odluke u upravnoj stvari postupi na način kao i u ranijim istim ili bitno sličnim slučajevima.

Ovo je posebno važno u upravnom pravu u kojem se kao temeljno načelo pojavljuje jednakost, odnosno zabrana diskriminacije i povlašćivanja. Kako su prijašnja iskustva važna u stvaranju očekivanja, specifična prijašnja postupanja osnova su shvaćanja da će u istim okolnostima i ishod biti isti. Stoga će se očekivanje povrijediti ako se u istim okolnostima donesu različite upravne odluke, jer se time krši načelo jednakosti, a prema nekim pojedincima postupa se diskriminirajuće ili

⁴² Vidi Barak-Erez, op. cit., str. 600.

⁴³ O ovome vidi Berge ten, Widdershoven, op. cit., str. 444-445.

povlašćujuće. Upravo inzistiranje na zaštiti legitimnih očekivanja tada dodatno osnažuje provedbu načela jednakosti u zajednici.⁴⁴

No, kako bi sama upravna praksa mogla poslužiti kao izvor prava nužno je da bude učestala, dosljedna i, naravno, zakonita. Ovdje se ne polazi od pretpostavke kako učestala i dosljedna mora biti praksa upravo onoga tijela koje odlučuje u konkretnoj upravnoj stvari već je ovaj zahtjev usmjeren prema svim stvarno nadležnim upravnim tijelima. Time se ostvaruje načelo pravičnosti u vođenju upravnog postupka, a koje zahtijeva da se u istim slučajevima odluči na jednak način. U pravnoj doktrini naglašava se kako čak i jedno jedino postupanje upravnog tijela može biti temelj zasnivanja legitimnog očekivanja. No, očekivanje koje proizlazi iz jedne odluke ipak nema toliko značenje da se može govoriti o upravnoj praksi, jer ono može biti rezultat pogreške ili samo pokušaj provedbe nove politike kojoj se uprava okreće, a koja se nije pokazala uspješnom.⁴⁵ Kako bi zaštita legitimnih očekivanja u slučajevima nezakonitog postupanja upravnih tijela dovela do ozakonjenja nezakonite prakse od koje onda i dalje ne bi trebalo odstupati, zaštita takvih očekivanja ne bi se pokazala prihvatljivom. Stoga inzistiranje na zakonitosti u pravu Unije vodi zaključku da legitimno očekivanje treba biti usmjereno na zakonitu radnju uprave kako bi ona ujedno bila razumna i legitimna.⁴⁶

Međutim, pozivanje na zaštitu legitimnih očekivanja koja se zasnivaju na upravnoj praksi vrlo je dvojbeno u slučajevima slobodnog odlučivanja upravnih tijela. Svrha slobodne ocjene upravo je usmjerena na davanje upravnom tijelu prava odabira između više zakonom ponuđenih alternativa od kojih će ono odabrati najsvrhovitiju. Sama svrha alternativne pravne norme ogleđa se u slobodi izbora donositelja odluke između više ponuđenih alternativa one koja će na najbolji i najpotpuniji način ostvariti cilj utvrđen u zakonu. Štoviše, pri odlučivanju slobodnom ocjenom u pravnoj doktrini ističe se kako upravno tijelo ne smije biti ograničeno prijašnjom upravnom praksom, jer se posebnost svake činjenične situacije u kojoj se odluka donosi, treba razmatrati neovisno o ranije riješenim slučajevima, baš kao što se neovisno o ranije riješenim slučajevima trebaju razmatrati i osobine adresata takve odluke. Sprječavanje javne uprave u slobodi odlučivanja pri primjeni alternativne pravne norme može imati štetan učinak i za javni interes i za prava samih stranaka.⁴⁷

No, u razmatranju legitimnih očekivanja koja proizlaze iz upravne prakse, treba spomenuti i opće akte koje donosi sama uprava, a kojima nastoji uniformirati i s tehničke strane olakšati provedbu pravnih normi sadržanih u zakonima ili dugim propisima. Iako upravna tijela nisu općenito ovlaštena donositi općeobvezujuće pravne akte, osim kada im je ta ovlast zakonom ili statutom izričito povjerena,⁴⁸

44 Barak-Erez, op. cit., str. 589.

45 Ibid., str. 594.

46 O ovome i Quinot, op. cit., str. 73.

47 Barak-Erez, op. cit., str. 594.

48 Članak 18. *Zakona o sustavu državne uprave*, Narodne novine, br. 150/11., propisuje kako ministri, predstojnici državnih ureda i ravnatelji državnih upravnih organizacija donose

ona ipak ponekad standardiziraju svoje postupanje kako bi na taj način doprinijela zakonitosti i pravilnosti svojega rada. Standardiziranje takvoga postupanja najčešće je u obliku uputa kojima čelnici ili hijerarhijski viša tijela nalažu službenicima tih ili hijerarhijski nižih tijela kako postupati. Iako ova pravila nisu opće obvezna, ona ipak obvezuju upravno tijelo i zaposlenike upravnog tijela. Međutim, kako se ovdje radi o tehničkim uputama koje nerijetko niti nisu javno objavljene, one kod pojedinaca ne bi trebale biti izvorom legitimnih očekivanja.⁴⁹ Upute protivne zakonu u materijalnom smislu ili donesene u slučajevima u kojima je normiranje zakonom ili drugim propisom čiju provedbu razrađuju izričito zabranjeno, kao i u slučaju donošenja propisa osobe neovlaštene utvrditi takva pravila, nisu izvor legitimnih očekivanja te se pojedinci na njih ne mogu pozivati. No, valja naglasiti kako upravno tijelo takva pravila može u svakome trenutku i izmijeniti, pa čak i kada su ona javno objavljena.⁵⁰

6. ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA ZASNOVANA NA UPRAVNIM ODLUKAMA

Najčešći izvor prava i obveza pojedinaca u upravnom pravu su upravne odluke. Stoga je korisno razmotriti kako upravne odluke utječu na legitimna očekivanja ovlaštenika u svezi s daljnjim korištenjem prava sadržanih u njima. Ovlaštenik koji je upravnom odlukom stekao neko pravo opravdano očekuje da će isto pravo moći koristiti sve do redovitog prestanka važenja takve odluke. Ovdje posebno valja istaknuti kako neke odluke prestaju važiti iskorištavanjem prava, kao što je to slučaj s jednokratnim novčanim potporama. Druge odluke prestaju važiti istekom raskidnoga roka ili nastupom raskidnoga uvjeta. Sve do toga trenutka, ako zakonom izričito nije drukčije propisano, ove odluke predstavljaju izvor legitimnih očekivanja ovlaštenika kako će do nastupa raskidnog roka, odnosno uvjeta ostvarivati pravo sadržano u njihovoj izreci. Iznimke od toga pravila susreću se samo u svezi s upravnim odlukama koje prestaju važiti ako ovlaštenik nije koristio ovlaštenje iz odluke ili ga nije koristio u potpunosti, kao što je primjerice slučaj s rješenjem o uvjetima građenja ako investitor ne pristupi građenju u roku od dvije godine od dana pravomoćnosti rješenja.⁵¹

Nužno je naglasiti kako se legitimna očekivanja mogu zasnivati samo na pravomoćnim upravnim odlukama. Slijedom toga odluka koja se pobija redovitim pravnim sredstvima nije izvor legitimnih očekivanja stranke. Stoga se ova očekivanja ne mogu zasnivati na odluci koja je izmijenjena ili poništena bilo od

pravilnike, naredbe i napatke za provedbu zakona i drugih propisa kad su na to izrijekom ovlašteni, u granicama dane ovlasti.

49 U pravnoj doktrini navodi se da kada su takvi akti objavljeni, oni imaju veći značaj za zasnivanje očekivanja pojedinca. Berge ten, Widdershoven, op. cit., str. 442-443.

50 Ibid., str. 443-444.

51 Članak 222. *Zakona o prostornom uređenju i gradnji*, Narodne novine, br. 76/07., 38/05., 55/11., 90/11. i 50/12.

drugostupanjskog upravnog tijela povodom žalbe ili od upravnog suda povodom tužbe, jer takva odluka nije niti postala pravomoćnom. Dakle, upravo pravomoćnost kao neizmjenjivost upravne odluke redovitim pravnim lijekovima predstavlja nužnu pretpostavku zasnivanja legitimnih očekivanja kako će ovlaštenik moći koristiti pravo sadržano u istoj.⁵² Stavljanje izvan snage ili izmjena pravomoćne upravne odluke koja je unatoč pogrešci oborivosti konvalidirala i time postala valjani izvor prava i obveza neke osobe, bez sumnje umanjuje pravnu sigurnost pojedinaca. Slijedom toga, ovlaštenici pravomoćne odluke mogu legitimno očekivati kako će moći koristiti dodijeljena prava sve do redovitog prestanka važenja upravne odluke. Polazeći od pravomoćnosti kao temeljnog načela upravnog postupka upravna odluka protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor, a kojom je stranka stekla neko pravo, odnosno kojom su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom. Zakonodavac dopušta intervenciju u takve upravne odluke jedino izvanrednim pravnim lijekovima, koji su uvijek utvrđeni zakonom te se mogu koristiti samo u zakonom propisanim slučajevima. Međutim, u svezi sa zasnivanjem legitimnih očekivanja na upravnim odlukama nužno je povući još jednu značajnu razliku: treba utvrditi je li upravna odluka koja je poništena, ukinuta ili izmijenjena zakonita ili nezakonita. Zbog toga što je jedna od važnih pretpostavki zaštite ovih očekivanja zakonitost, ova su očekivanja prisutna kada se intervenira u pravomoćne zakonite odluke. S druge strane, zaštita legitimnih očekivanja u slučaju poništavanja, ukidanja ili izmjene nezakonite upravne odluke vrlo je dvojben.

Ukidanje pravomoćne zakonite upravne odluke kojom je stranka stekla neko pravo dopušteno je *Zakonom o općem upravnom postupku*.⁵³ No, kako ovaj institut predstavlja radikalnu mjeru, ukidanje zakonite upravne odluke dopušteno je samo u tri taksativno propisana slučaja.⁵⁴ Ona se ponajprije može ukinuti kada je to propisano posebnim zakonom. Ovdje je, dakle, zakonodavac posebno uređujući neko upravno područje propisao da se zakonita upravna odluka kojom je stranka stekla neko pravo, može ukinuti novom odlukom upravnog tijela. Legitimna očekivanja ovlaštenika takve odluke su ograničena već pri njezinom početku važenja, a može se ustvrditi kako su i isključena, jer iz samoga zakona kojim je ovlaštenik stekao neko pravo jasno proizlazi kako ono, najčešće u taksativno

52 Ovo jasno proizlazi i iz odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-IIIB-1373/09 od 7. srpnja 2009. u kojoj se navodi kako stranke imaju legitimno očekivanje temeljeno na razumno opravdanom povjerenju u konačni i pravomoćni upravni akt, koje predstavlja imovinu u smislu članka 1. Protokola 1. uz *Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. *Zakon o općem upravnom postupku* pravomoćnosti odluka donesenih u upravnom postupku uvelike daje na važnosti propisujući pravomoćnost jednim od načela upravnog postupka od kojega se ne može odstupiti niti u posebnim upravnim područjima. Vidi članak 3. stavak 1. te članak 13. *Zakona o općem upravnom postupku*.

53 Članak 130. *Zakona o općem upravnom postupku*.

54 Iz formulacije *Zakona o općem upravnom postupku* može se zaključiti kako i izvan ovih slučajeva upravno tijelo može ukinuti i zakonitu upravnu odluku kojom je stranci nametnuta neka obveza.

propisanim slučajevima može prestati i prije redovitog prestanka važenja upravne odluke. Stoga, upoznat s postojanjem ove odredbe, a koja proizlazi iz temeljnog pravnog načela kako nepoznavanje prava ne ispričava, ovlaštenik mora biti svjestan ove mogućnosti.

Drugi slučaj kada je dopušteno ukinuti zakonitu upravnu odluku kojim je stranka stekla neko pravo je kada ova odluka sadržava pridržaj ukidanja, a ovlaštenik nije ispunio obvezu iz iste ili je nije ispunio u roku. Kako ovlaštenik ovdje ne ispunjava obveze iz odluke upravno tijelo može ukinuti takvu odluku. Naravno, ukidanje ovih odluka nije dopušteno iz svakog razloga već samo onih sadržanih u zakonu ili samoj odluci. Stoga se u takvom slučaju ovlaštenik ne može pozvati na legitimno očekivanje usmjereno na nemogućnost daljnjeg ostvarivanja prava sadržanoga u odluci te inzistirati na zaštiti legitimnih očekivanja s ciljem daljega važenja odluke. U konačnici, ovdje je protupravno postupio sam ovlaštenik upravne odluke te je takvim postupanjem doveo i do daljnjega prestanka važenja upravo odluke na kojoj je zasnivao svoje pravo. Stoga se niti u ovome slučaju ne može govoriti o legitimnim očekivanjima ovlaštenika prava iz takve odluke.

Konačno, zakonita upravna odluka kojim je stranka stekla neko pravo može se ukinuti i ako je to potrebno zbog otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se ona ne bi mogla otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava. U ovome slučaju upravno tijelo ukida zakonitu odluku kojim je stranka stekla neko pravo zbog nastupa izvanrednih okolnosti te radi zaštite javnoga interesa koji je ugrožen nastupom ovih okolnosti. Kako ovlaštenik zakonite upravne odluke u ovom slučaju ničim nije skrivio njezino ukidanje, niti je ovu mogućnost mogao imati u vidu s obzirom na to da je niti ne propisuje zakon kojim je uređeno posebno upravno područje, može se utvrditi kako je na takvoj upravnoj odluci ovlaštenik osnovano temeljio svoja legitimna očekivanja. Stoga se može zaključiti kako je ova očekivanja potrebno i zaštititi. No, ono što se postavlja kao pitanje je treba li legitimna očekivanja ovlaštenika štiti na način da takva odluka i dalje ostane na snazi? Kako se pri ocjeni treba li legitimno očekivanje zaštititi u obzir uzima i javni interes i interes pojedinca, čini se kako bi takvu odluku trebalo staviti izvan snage, jer bi se njezinim daljnjim važenjem izravno naštetilo javnom interesu zbog kojega je njezino ukidanje dopušteno zakonom. Drugim riječima, upravo zbog zaštite nekih izuzetnih vrijednosti u zajednici, dopušteno je intervenirati u prava pojedinaca u smjeru njihova ukidanja. Slijedom iznesenoga, može se zaključiti kako ovdje unatoč postojanju legitimnoga očekivanja ono neće biti zaštićeno na način da odluka ostane na snazi, jer u ovome slučaju javni interes ukidanja prava premašuje privatni interes ovlaštenika takvoga prava. Stoga, zaštita legitimnih očekivanja u ovome slučaju jedino može ići u smjeru naknade štete koju je ovlaštenik pretrpio zbog prijevremenog ukidanja prava, a obavljanju kojih je legitimno nadao. No, obveza naknade takve štete jasno proizlazi i iz *Zakona o općem upravnom postupku*, čime zaštita legitimnih očekivanja u ovome slučaju nije zanemarena.⁵⁵

55 Članak 130. stavak 2. *Zakona o općem upravnom postupku*. Šikić i Ofak naglašavaju kako se ovdje radi o „kompenzacijskoj zaštiti legitimnih očekivanja“. Vidi Šikić, Ofak, op. cit., str. 147.

Međutim, u slučajevima ukidanja zakonite upravne odluke ovlašteniku bi se trebalo dopustiti da sudjelovanjem u upravnom postupku donošenja takve odluke zaštititi svoja prava i pravne interese. Razlog tomu je što stranka treba imati priliku argumentirano se usprotiviti stavu upravnog tijela o nastupu okolnosti koje dopuštaju ukidanje zakonitoga rješenja. Takve upravne odluke trebaju ujedno biti činjenično i pravno dobro obrazložene, jer se protiv njih nerijetko može očekivati izjavljivanje pravnih lijekova, odnosno pokretanje upravnog spora te imaju učinak samo *pro futuro*, čime se priječi njihov daljnji pravni učinak bez diranja u pravne posljedice do kojih su dovele.

Međutim, isto ne važi i za upravne odluke kojima je ovlaštenik stekao neko pravo, a koje su opterećene pogreškom nezakonitosti. One konvalidiraju nepobijanjem oborivih pogrešnih upravnih odluka redovitim pravnim sredstvima. Kako bi se zaštitila pravna sigurnost takva rješenja mogu biti poništena, ukinuta ili izmijenjena također samo u posebnim slučajevima utvrđenim zakonom putem tri izvanredna pravna lijeka: obnovom postupka, oglašavanjem rješenja ništavim te poništavanjem i ukidanjem nezakonitog rješenja.

Obnova postupka omogućuje ponovno preispitivanje predmeta u čijem je rješavanju došlo do kakve postupovne pogreške ili pogreške u utvrđivanju činjeničnog stanja. Tako se primjerice postupak treba obnoviti u cijelosti ili u dijelu zbog toga što je upravnu odluku donijela osoba koja nije bila ovlaštena za njezino donošenje ili koja je morala biti izuzeta, ako kolegijalno tijelo koje je donijelo odluku nije rješavalo u propisanom sastavu ili za odluku nije glasovala propisana većina, ako osobi koja je trebala sudjelovati u postupku u svojstvu stranke nije bila dana mogućnost sudjelovanja u postupku, ako stranku nije zastupao zakonski zastupnik ili ako osobi koja je sudjelovala u postupku nije bila dana mogućnost služiti se svojim jezikom. Ovo su slučajevi teških postupovnih povreda u kojima se i unatoč pravomoćnosti upravne odluke kojom je pojedinac stekao neko pravo ponovno može odlučivati o istoj stvari te takvu odluku ili poništiti ili ukinuti, čime se utječe ili na daljnju uskratu prava bez diranja u pravne posljedice korištenja prava ili se čak izvan snage stavljaju i sve pravne posljedice koje je proizvela takva odluka. S druge strane, postupak će se obnoviti ako se sazna za nove činjenice ili stekne mogućnost da se upotrijebe novi dokazi koji bi, sami ili u vezi s već izvedenim i upotrijebljenim dokazima, mogli dovesti do drukčije upravne odluke da su te činjenice, odnosno dokazi bili izneseni ili upotrijebljeni u prijašnjem postupku ili ako je upravna odluka povoljna za stranku donesena na temelju neistinitih navoda stranke kojima je službena osoba dovedena u zabludu, kao važnih činjeničnih povreda. No, ne može se ustvrditi kako se u ovim slučajevima ne štite legitimna očekivanja ovlaštenika, jer je upotreba ovoga pravnog lijeka uvjetovana subjektivnim rokom od 30 dana od saznanja za neki od razloga obnove ili stjecanja mogućnosti upotrebe novih dokaza te objektivnim rokom od tri godine od dana dostave upravne odluke stranci. Protekom ovih rokova legitimna očekivanja o daljnjem korištenju prava do redovitog prestanka važenja upravne odluke ovlaštenika potpuno su zaštićena, jer se one ovim izvanrednim pravnim lijekom više ne mogu staviti izvan snage. U slučaju ovih povreda, koliko god ih smatrao važnima, zakonodavac je ipak dao prednost

zakonitosti ispred stečenih prava pa tako i legitimnih očekivanja ovlaštenika u svezi s korištenjem tih prava sve do redovitog prestanka važenja upravne odluke.⁵⁶

No takav slučaj nije i u svezi sa sljedeća tri razloga za obnovu postupka: kada je upravna odluka donesena na temelju lažne isprave ili lažnog iskaza svjedoka ili vještaka ili je posljedica kaznenog djela, ako se upravna odluka temelji na presudi donesenoj u sudskom postupku, a ta je presuda pravomoćno ukinuta te ako se upravna odluka temelji na prethodnom pitanju, a nadležni sud ili upravno tijelo o tom pitanju kasnije odluči u bitnim točkama drukčije. U sva ova tri slučaja u bitnome izostaje činjenična osnova na kojoj je utemeljena upravna odluka, pa je slijedom toga ista i nezakonita. Stoga zakonodavac ovdje ne štiti legitimna očekivanja određenim objektivnim rokom već samo subjektivnim rokom koji također iznosi 30 dana. No, kako subjektivni rok ne obvezuje upravno tijelo, ono po službenoj dužnosti prema vlastitim saznanjima ili po predstavi kojega pojedinca može pokrenuti obnovu postupka bez obzira na propuštanje subjektivnog roka od stranke, državnog odvjetnika ili drugog ovlaštenog državnog tijela.⁵⁷

Legitimna očekivanja ne štite se niti u slučaju oglašavanja upravne odluke ništavom. Kako se ništavost smatra najtežim oblikom nezakonitosti, podrazumijeva se da ništava upravna odluka nikada nije niti donesena.⁵⁸ Zbog tog se radi zaštite prava stranaka, ali i zaštite javnog interesa slučajevi ništavosti uvijek izričito propisuju zakonom. Razlozi oglašavanja upravne odluke ništavom u Hrvatskoj su propisani *Zakonom o općem upravnom postupku*.⁵⁹ Tako će se ništavom oglasiti upravna odluka donesena u stvari iz sudske nadležnosti, donesena u stvari o kojoj se ne može rješavati u upravnom postupku, ako njezino izvršenje nije pravno ili stvarno moguće, ako se njezinim izvršenjem čini kazneno djelo ili ako je donesena bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje stranka naknadno izričito ili prešutno nije pristala. No, pored razloga propisanih ovim *Zakonom* neke specifične razloge ništavosti u posebnim upravnim područjima mogu propisati i zakoni kojima se uređuje pojedino upravno područje. Koliko se razlozi ništavosti upravne odluke smatraju teškom povredom zakonitosti ukazuje i obveza drugostupanjskog tijela, ali i upravnog suda da na slučajeve ništavosti upravne odluke u drugostupanjskom postupku, odnosno u upravnom sporu paze po službenoj dužnosti, kao i okolnost da na ništavost može ukazivati svatko, dakle čak i osoba koja nema stranačku legitimaciju te bez vremenskog ograničenja, što znači da korištenje ovoga pravnog

56 Članak 123. stavci 1. i 3. *Zakona o općem upravnom postupku*.

57 Članak 123. stavci 2. do 4. *Zakona o općem upravnom postupku*. Subjektivni rok ne obvezuje upravno tijelo koje je donijelo upravnu odluku u postupku koji će se obnoviti. O ovome vidi Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-9082/95 od 28. veljače 1997. i Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-4810/02 od 15. siječnja 2004.

58 U pravnoj doktrini ističe se kako su ništavi upravni akti opterećeni „*pogreškom najjačeg intenziteta*“ te da ništava upravna odluka nikada ne postaje pravomoćna. Više o ništavosti kao pogrešnosti upravnih akata vidi u Krbek, Ivo, Upravni akt, *Hrestomatija upravnog prava*, Društveno veleučilište u Zagrebu, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2003., str. 73-86., Borković, *Upravno*, op. cit., str. 394-395. te Ivančević, op. cit., str. 334-340.

59 Članak 128. stavak 1. *Zakona o općem upravnom postupku*.

lijeka nije uvjetovano čak niti poduzimanjem radnje u prekluzivnom roku. Stoga, ništavo rješenje protekom vremena niti ne može konvalidirati. Ovo jasno proizlazi i iz *Zakona o općem upravnom postupku* koji propisuje kako ništavo rješenje nema pravni učinak pa temeljem njega stranke nisu niti mogle steći neka prava na koja bi se kasnije pozivale. K tomu ove odluke ne mogu postati niti pravomoćne, slijedom čega nisu osnova zasnivanja legitimnih očekivanja. Iz izloženoga može se zaključiti kako zakonodavac niti u ovim slučajevima nije štutio legitimna očekivanja ovlaštenika, a na štetu pravne sigurnosti, već kod takvih nepravilnosti utvrđuje zakonitost kao temeljnu vrijednost u zajednici.⁶⁰

Izvanredni pravni lijek u upravnom postupku još je poništavanje i ukidanje nezakonitoga rješenja. No, dok se nezakonita upravna odluka kojim je stranci nametnuta kakva obveza može staviti izvan snage uvijek, zbog zaštite stečenih prava i legitimnih očekivanja odluke kojima su stranke stekle neko pravo nalaze se u drukčijem pravnom režimu. Takve odluke mogu se staviti izvan snage samo ako sadrže očitu materijalnu povredu prava ili ih je donijelo nenadležno tijelo, odnosno donijelo ih je bez sudjelovanja drugog nadležnog tijela, kao i kada je ista upravna stvar već riješena pravomoćnom upravnom odlukom. Postupovni razlozi smatraju se toliko bitnim povredama načela zakonitosti da upravno tijelo obvezno mora poništiti upravnu odluku, dok kod očite povrede materijalnog prava ono ocjenjuje hoće li takvu odluku poništiti ili ukinuti.⁶¹ Zakonodavac je i ovdje pokušao naći kompromis između zaštite legitimnih očekivanja i zakonitosti ovlašćujući upravno tijelo da poništi ili ukine pravomoćnu odluku samo unutar prekluzivnih rokova: nezakonito rješenje može se poništiti u roku od dvije godine, a ukinuti u roku od jedne godine od dostave upravne odluke stranci. No, po proteku ovih rokova legitimna očekivanja osobe zaštićena su te se takve odluke više ne mogu staviti izvan snage.

Međutim, zaštititi legitimnih očekivanja u svezi s ovim izvanrednim pravnim lijekom *Zakon o općem upravnom postupku* dao je na važnosti još jednom značajnom ovlašću upravnog tijela. *Zakon* propisuje kako ono takvu odluku „može“ poništiti ili ukinuti, a ne i da „će“ to učiniti, kako je primjerice propisano kod oglašavanja rješenja ništavim. Iz takve jezične formulacije, ali i metodom teleološkoga tumačenja, može se zaključiti kako će upravno tijelo u svakom pojedinom slučaju ocijeniti treba li ili ne zbog stečenih prava i legitimnih očekivanja do redovitog prestanka važenja takve pravomoćne upravne odluke, prednost dati javnom interesu ili privatnom interesu ovlaštenika.⁶² Pri ocjeni treba li zaštititi legitimno očekivanje, upravno tijelo ovdje valja uzeti u obzir je li stranka i na koji

60 Članak 128. stavak 4. *Zakona o općem upravnom postupku*. Isto vidi i u Šikić, Ofak, op. cit., str. 141.

61 Članak 129. stavci 1. do 3. *Zakona o općem upravnom postupku*.

62 Ovo jasno proizlazi i iz odluke Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-9441/2005 od 19. studenog 2009. u kojoj stoji kako se pravomoćno priznato pravo gradnje treba poštivati posebno u situaciji kad je pogrešku ili propust pri priznavanju prava učinilo upravno ili drugo nadležno javnopravno tijelo, a ne stranka u postupku.

način doprinijela nezakonitosti takve odluke, npr. davanjem pogrešnih podataka i sl., te je mogla biti upoznata s pogreškom u odluci, npr. jer je utvrđen nerazmjerno visok iznos novčanog davanja. Također je važno je li nakon početka važenja odluke stranka uklonila pretpostavku koja je bila razlog nezakonitosti takve odluke ili nije.⁶³ No, ako upravno tijelo poništi ili ukine upravnu odluku, ovlaštenik bi trebao imati pravo na naknadu štete zbog pogrešnog rada uprave.⁶⁴

Iz ovdje navedenih primjera može se zaključiti kako je *Zakon o općem upravnom postupku* posvetio dostatnu pozornost zaštiti legitimnih očekivanja ovlaštenika pravomoćnih upravnih odluka, dajući upravnom tijelu mogućnost odmjeriti treba li prednost dati zaštiti zakonitosti ili posljedicama koje bi po stranku nastupile u slučaju strogog inzistiranja na zakonitosti takve upravne odluke.

7. ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA ZASNOVANA NA UPRAVNIM UGOVORIMA

Izvor legitimnih očekivanja pojedinaca zasigurno su i ugovori koje su sklopili s upravnim tijelima. Ovi ugovori mogu biti ugovori privatnog prava ili upravni ugovori.⁶⁵ No, bez obzira o kojoj se od dviju ovdje navedenih vrsta ugovora radi, ugovor kod ugovorne strane uvijek stvara legitimno očekivanje kako će ugovorom preuzeta obveza biti pravovremeno izvršena. Ugovore privatnog prava upravna tijela trebaju izvršavati na isti način kao i privatne osobe. Ona se u takvim ugovorima javljaju u ulozi zakonskoga zastupnika neke javnopravne osobe, bilo države, županije, grada ili općine. Nalaze se u koordiniranom položaju prema drugoj ugovornoj stranci te zbog toga podliježu istom pravnom režimu. Niti jedna ugovorna stranka ne može jednostrano izbjeći izvršiti ugovornu obvezu i pri tomu ne snositi štetne posljedice. Stoga je izvršavanje ugovornih obveza koje proizlaze iz takvog ugovora, pa tako i zaštita legitimnih očekivanja podređena pravilima

63 Berge ten, Widdershoven, op. cit., str. 439-440. Tako je primjerice Upravni sud Republike Hrvatske ustvrdio kako interveniranje u vlasništvo, a pod čime je podrazumijevao pravomoćnu građevinsku dozvolu, mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju te je zaključio kako mora postojati razuman odnos razmjernosti između sredstava koja se koriste pri oduzimanju i ograničavanju vlasništva i ciljeva koji se time nastoje postići, čime je zaštitio legitimno očekivanje ovlaštenika građevinske dozvole koji je smatrao kako je ona zakonita te kako prema njoj može postupiti. Vidi Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-10267/2006 od 15. siječnja 2010. i Upravni sud Republike Hrvatske, broj: Us-29/2006 od 19. studenog 2009.

64 Ovo također jasno proizlazi iz odluke Upravno suda Republike Hrvatske, broj: Us-9441/2005 od 19. studenog 2009. u kojoj je naglašeno kako ako postoji ustavni zahtjev vezan uz interes Republike Hrvatske radi kojega odluku treba staviti izvan snage, onda postoji i obveza naknade tržišne vrijednosti za takvu oduzetu imovinu.

65 O upravnim ugovorima u Hrvatskoj više vidi u Đerđa, Dario, *Upravni ugovori u hrvatskom pravu*, *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 89-107.

privatnog, tj. građanskog prava,⁶⁶ a ostvaruje se pred sudovima opće nadležnosti, tj. u Hrvatskoj općinskim sudovima.

Upravni ugovori također su izvor legitimnih očekivanja. Međutim, položaj upravnog tijela u ovome ugovoru ipak je u određenim slučajevima nadređen položaju druge ugovorne strane pa su i legitimna očekivanja ove osobe, koja proizlaze iz upravnog ugovora, ipak ograničena. Iako je privatna osoba koja je stranka upravnog ugovora zaštićena od neizvršavanja ugovorom preuzetih obveza od upravnog tijela, ponajprije putem prigovora koji se izjavljuje i predaje tijelu koje na temelju zakona obavlja nadzor nad tim upravnim tijelom, odnosno pravom pokretanja upravnog spora pred nadležnim upravnim sudom, ovdje pozornost svakako treba usmjeriti na slučajeve jednostranog raskida upravnog ugovora od upravnoga tijela koje je stranka takvog ugovora.⁶⁷

Upravno tijelo ovlašteno je jednostrano raskinuti upravni ugovor, ako se ono i privatna osoba koja je stranka upravnog ugovora nisu uspjeli usuglasiti o izmjeni nekih odredbi upravnog ugovora zbog izmijenjenih okolnosti koje se nisu mogle predvidjeti u vrijeme sklapanja ugovora, a zbog kojih je ispunjenje ugovorne obveze za jednu ugovornu stranu postalo bitno otežano. Raskidu ovoga ugovora uvijek treba prethoditi postupak pokušaja izmjene u kojemu je stranka imala priliku zaštititi svoja prava i pravne interese. Ona protiv odluke o jednostranom raskidu upravnog ugovora ima pravo koristiti i pravna sredstva, tj. žalbu i upravnu tužbu te tako pred drugostupanjskim tijelom ili sudom dokazati kako se jednostranim raskidom ugovora vrijeđaju njezina zakonom zaštićena legitimna očekivanja, te u slučaju raskida ugovora eventualno tražiti novčanu kompenzaciju štete kojoj je izložena raskidom ugovora.

S druge strane, upravno tijelo ima pravo jednostrano raskinuti upravni ugovor i kada stranka ne ispunjava njime preuzete obveze. Jednostrani raskid ugovora u ovom slučaju rezultat je nadređenoga položaja upravnog tijela u ugovornom odnosu, jer je upravno tijelo ovlašteno nadzirati izvršava li privatna osoba ugovorom preuzete obveze. Međutim, jednostrani raskid upravnog ugovora trebao bi biti tek krajnja mjera koja stoji na raspolaganju upravnome tijelu koje je prije toga drugim mjerama, sukladno načelu razmjernosti, trebalo prisiliti ugovornu stranku na obavljanje ugovorom preuzetih obveza. Kako u ovome slučaju privatna osoba postupa protupravno, tj. ne drži se obveza preuzetih upravnim ugovorom, pozivanje na legitimna očekivanja i potreba njihove zaštite ne čini se prihvatljivim.

Konačno, upravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor i kada je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se ovo ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava. Ova ovlast upravnog tijela u biti je pravo opoziva upravnog ugovora radi zaštite javnoga interesa, a koje je utemeljeno na istom razlogu

66 O ovome Berge ten, Widdershoven, op. cit., str. 448-449.

67 Članci 153. i 154. Zakona o općem upravnom postupku.

kao i opoziv zakonite upravne odluke.⁶⁸ Naravno, zaštita legitimnog očekivanja privatne osobe ovdje je potpuno opravdana, jer druga stranka upravnog ugovora, niti je mogla predvidjeti da će do takvoga raskida doći, niti je svojim postupanjem na bilo koji način dovela do raskida ugovora. Stoga se zaštita legitimnih očekivanja ovdje čini jednako opravdanom kao i u slučaju ukidanja zakonite upravne odluke. U odmjeravanju javnog i privatnog interesa pri ocjeni treba li zaštititi legitimno očekivanje i ovdje bi se u pravilu prednost trebala dati javnom interesu radi kojega je ugovor i opozvan, pa će se ova zaštita vjerojatnije ostvariti naknadom štete koju je privatna osoba koja je stranka upravnog ugovora pretrpjela zbog takvoga raskida.

8. ZAŠTITA LEGITIMNIH OČEKIVANJA ZASNOVANA NA OČITOVANJIMA I DRUGIM POSTUPANJIMA UPRAVE

Iako su najčvršći izvor legitimnih očekivanja upravo zakoni i podzakonski opći akti te odluke upravnih tijela donesene u upravnim stvarima, treba naglasiti kako se ona mogu zasnivati i na očitovanjima i drugim postupanjima uprave. Ovdje se posebno važnima smatraju obavijesti koje upravna tijela dostavljaju pojedincima, najčešće na njihove upite. U pravnoj doktrini ističe se da kada su takve obavijesti dane u skladu s pravnim propisima, pa čak i općeprihvaćenim društvenim normama, one mogu biti izvorom snažnih očekivanja pojedinaca. Razlog tomu je što pouzdanost u radu uprave za posljedicu ima da se pojedinac pouzdano može osloniti na informacije koje mu daju upravna tijela, pa čak i kada se one odnose na buduće radnje o kojima još promišlja, a koje upravna tijela trebaju na određeni način verificirati ili sankcionirati.⁶⁹

Upravna tijela zakonski su obvezna pojedincima davati određene obavijesti. Tako je upravno tijelo, na zahtjev zainteresirane osobe obvezno obavijestiti ju o uvjetima, načinu i postupku ostvarivanja ili zaštite njezinog prava ili pravnog interesa u određenoj upravnoj stvari. Ono je dužno izdati takvu obavijest u pisanom obliku u roku od 15 dana od podnošenja zahtjeva. Ako je odbije izdati ili je jednostavno ne izda u propisanom roku, zainteresirana osoba ima pravo podnijeti prigovor čelniku upravnog tijela.⁷⁰

Dovodeći obavijesti upravnih tijela u kontekst zaštite legitimnih očekivanja koja se na njima zasnivaju valja ustvrditi kako obavijesti nisu izvor prava, pa stoga nisu niti kvalitetna osnova za zasnivanje legitimnih očekivanja. Međutim, priroda pojedine obavijesti koja proizlazi ili iz zakonske odredbe ili oblika u kojem je ova obavijest izdana ponekad može odstupati od ovoga zaključka. Stoga je pri ocjeni treba li zaštititi legitimno očekivanje zasnovano na takvoj obavijesti u svakom konkretnom slučaju potrebno ocijeniti koliko je uopće konkretna obavijest prikladna

68 Vidi članak 130. stavak 1. točka 3. *Zakona o općem upravnom postupku*.

69 Barak-Erez, op. cit., str. 594.

70 Članak 155. *Zakona o općem upravnom postupku*.

osnova za ostvarivanje prava nekoga pojedinca. Zbog toga kao važne elemente u prosuđivanju treba uzeti nadležnost tijela koje je izdalo obavijest za davanje takve obavijesti te pravni značaj oblika u kojemu je ona dana.⁷¹

Razlog je tomu što se neke obavijesti daju u strogo propisanome obliku te su toliko važna osnova očekivanja pojedinaca da se čak izdaju u obliku upravnoga akta. Takav je slučaj, npr. s jamstvom stjecanja prava, koje je, iako se prema pravnoj prirodi treba držati obaviješću, zakonom utvrđeno upravnim aktom. Stoga stranka može osnovano inzistirati na njegovom izvršavanju, tj. donošenju upravne odluke koja je oblikom i sadržajem usklađena s izrekom ovoga jamstva.⁷² Međutim, kako bi se izbjegla zloraba ovoga instituta te pozivanje na zaštitu legitimnih očekivanja u neopravdanim slučajevima, on je vezan uz posebne zakone te jamči stranci ostvarenje nekoga prava samo kada je to izričito propisano zakonom. Jamstvo stjecanja prava ne smije biti protivno javnom interesu ili interesu trećih osoba te obvezuje upravno tijelo pod uvjetom da se pravna osnova i činjenično stanje bitno ne izmijene. U slučaju izmjene prava ili činjenica upravno tijelo nije dužno u upravnom postupku odlučiti sukladno danom jamstvu, jer se razlikuju i okolnosti donošenja odluke o upravnoj stvari i davanja jamstva. U pravnoj doktrini ističe se kako neovisno o tomu što se o jamstvu odlučuje upravnom odlukom, ono se nikako ne može izjednačiti s odlukom kojom je stranka stekla pravo.⁷³ Ako upravno tijelo odbije zahtjev stranke u stvari o kojoj joj je dalo jamstvo stjecanja prava dužno je to učiniti upravnom odlukom u kojoj će obrazložiti razloge za takvo odbijanje. Kako bi zaštitila legitimna očekivanja koja se zasnivaju na takvome jamstvu, stranka ima mogućnost protiv njega koristiti pravna sredstva, tj. izjaviti žalbu ili podnijeti upravnu tužbu.⁷⁴ Naravno, i ovdje se može postaviti pitanje izdavanja nezakonitog

71 Obavijest dana od nenadležnog upravnog tijela ni u kom slučaju nije osnova razumnog pa tako niti legitimnog očekivanja. Također je važno povesti računa da je obavijest dala službena osoba koja je pravilnikom o sistematizaciji ili drugim ustrojstvenim aktom ovlaštena dati takvu obavijest. U pravnoj doktrini navodi se kako je važno čak i je li takva obavijest dana u okviru službenih prostorija i radnoga vremena upravnoga tijela ili ne, te se naglašava kako se legitimna očekivanja trebaju štiti samo ako su utemeljena na obavijesti dobivenoj od nadležnog upravnog tijela i ovlaštene službene osobe dane u službenim prostorijama i u radnom vremenu tijela. Berge ten, Widdershoven, op. cit., str. 445-447. Ovome u prilog ide i odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-II-3438/2005 od 16. svibnja 2007., u kojoj stoji kako donositelji podzakonskih propisa nisu ovlašteni donositi vjerodostojna tumačenja tih propisa, slijedom čega ona nisu niti relevantna osnova zasnivanja legitimnih očekivanja.

72 Opravdanje za pravno inkorporiranje jamstva stjecanja prava u članak 103. *Zakona o općem upravnom postupku* prepoznavanje je potrebe kako u praksi postoje slučajevi da određena osoba treba biti sigurna kako će, ako ispuni određene uvjete koji za nju predstavljaju veći rizik ili odricanje, steći određeno pravo. Stoga se ovim aktom upravnom tijelu otvara mogućnost zajamčiti stranci stjecanje konkretnoga prava. Jamstvo stjecanja prava posebno je utvrđeno i u nekim posebnim upravnim područjima, npr. u državljanstvu ili carinskom pravu. Vidi članak 8a. *Zakona o hrvatskom državljanstvu*, Narodne novine, br. 53/91., 70/91., 28/92., 113/93. i 130/11. te članke 11. i 12. *Carinskog zakona*, Narodne novine, br. 78/99., 94/99., 117/99., 73/00., 92/01., 47/03., 140/05., 138/06., 60/08., 45/09. i 56/10.

73 Šikić, Ofak, op. cit., str. 147.

74 Šikić i Ofak drže kako bi se zaštita legitimnih očekivanja u slučaju izdavanja jamstva

jamstva stjecanja prava. Kako je tada u pitanju pogrešan rad upravnog tijela ne može se govoriti o zaštiti legitimnih očekivanja, jer se takvo očekivanje ne zasniva na zakonitoj osnovi te ovlaštenik takvoga jamstva može samo potraživati naknadu štete zbog nezakonitog rada upravnog tijela.⁷⁵

S druge strane, davanje obavijesti koja nije prema pravnoj snazi izjednačena s jamstvom stjecanja prava ipak nije toliko valjan izvor zasnivanja legitimnih očekivanja. Ova obavijest trebala bi pojedincu sugerirati ima li uopće osnove ostvariti ili zaštititi neko pravo te mu ukazati na tehniku ostvarivanja ili zaštite toga prava, ali ne i služiti kao temelj stvaranja legitimnog očekivanja koje treba štiti. O postojanju legitimnog očekivanja moglo bi se govoriti tek po postavljanju zahtjeva za ostvarivanjem prava. No, ono se tada ne zasniva na obavijesti već na zakonu ili drugom propisu koji utvrđuje uvjete podjeljivanja prava, a na koje se obaviješću ukazuje.⁷⁶ Isto važi i za javno oglašene obavijesti na kojima pojedinci temelje svoja postupanja, kada se legitimna očekivanja također zasnivaju na pravnim propisima koji utvrđuju uvjete za ostvarivanje prava te su i u ovome slučaju uvjetovana podnošenjem zahtjeva.⁷⁷ Ovdje se osobito nepogodnom osnovom stvaranja legitimnih očekivanja smatra pogrešna obavijest, jer njoj također nedostaje valjani zakonski temelj, pa oštećena osoba eventualno može postaviti zahtjev za naknadu štete koja je rezultat takve nezakonite obavijesti, a nikako i inzistirati na nezakonitome ostvarivanju prava.

9. ZAKLJUČAK

Načelo zaštite legitimnih očekivanja već je više desetljeća prisutno u pravnim sustavima brojnih država, ali i Europske unije. Ono zasigurno sve važnije mjesto zauzima i u pravnom sustavu Republike Hrvatske, posebno u području upravnoga prava. Cilj je ovoga načela omogućiti uskom krugu pojedinaca koji se nalaze u

stjecanja prava trebala štiti pravom stranke na izjašnjavanje, osim ako postoje vrlo važni razlozi koji zahtijevaju žurno postupanje upravnog tijela. Šikić, Ofak, op. cit., str. 148.

75 Šikić i Ofak ističu kako bi davanjem nezakonitih jamstava upravna tijela mogla zaobilaziti zakon čineći ono što inače ne bi mogla u redovnom postupku odlučivanja o zahtjevu stranke. Šikić, Ofak, op. cit., str. 149.

76 U odluci Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-2256/2008 od 7. srpnja 2011. godine u svezi s legitimnim očekivanjima zasnovanim na tumačenju kao obliku obavijesti naglašava se kako očekivanje pojedinca može biti legitimno samo ako je utemeljeno na propisu.

77 Barak-Erez, op. cit., str. 594. Šikić i Ofak ističu kako bi upravno tijelo u pružanju obavijesti trebalo izričito upozoriti stranku da je obavijest dana temeljem važećih propisa i prikazanog činjeničnog stanja, slijedom čega se, ako dođe do izmjena pravnih propisa ili činjeničnog stanja, stranka više ne bi mogla pozivati na zaštitu legitimnih očekivanja. Vidi Šikić, Ofak, op. cit., str. 149. Ovo jasno proizlazi i iz odluka Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-2256/2008 od 7. srpnja 2011., Us-13069/2008 od 20. listopada 2011. te Us-1274/2008 od 11. studenog 2011. u kojima stoji kako mišljenje državnog tajnika ne može imati obvezujući učinak na buduća postupanja tuženog tijela, jer takvo mišljenje nije objavljeno u službenom glasilu Republike Hrvatske te ne može proizvoditi pravne učinke.

posebnom položaju izbjegavanje štetnoga učinka promjene pravnog režima na daljnje korištenje prava kojima raspolažu ili priznavanje prava koje osnovano očekuju u već pokrenutom postupku.

Međutim, kako bi neko očekivanje bilo legitimno, ono mora imati odgovarajuće kvalitete: treba biti razumno, tj. postojano i utemeljeno na zakonu. Očekivanje se ne može temeljiti na osnovi koja je podložna čestim izmjenama režima, kao niti na onoj koja će se po svemu sudeći uskoro izmijeniti. S druge strane, očekivanje se ne može zasnivati niti na nezakonitom i nepravilnom radu upravnih tijela, pa niti takvo očekivanje neće biti legitimno. No, pri razmatranju treba li legitimno očekivanje zaštititi, treba uzeti u obzir ne samo interes privatne osobe koja zaštitu legitimnog očekivanja traži, već i javni interes. Razlog je tomu što pravo pojedinca ipak u praksi ne smije ugrožavati prava trećih osoba pa niti javni interes. Stoga se zaštita takvih očekivanja manifestira u naknadi štete koja je nastupila pojedincu, a ne i dodjeljivanju prava suprotnih zakonu.

No, kako bi legitimna očekivanja pojedinca bila adekvatno zaštićena o ovome treba povesti računa ponajprije zakonodavac, koji valjanu osnovu njihove zaštite treba utvrditi već u zakonima i drugi pravnim propisima. Na zaštitu ovih očekivanja utječe i sama upravna praksa koja treba biti učestala, dosljedna i zakonita. Ova očekivanja treba štiti i kod ukidanja pravomoćnih zakonitih upravnih odluka kojima je pojedinac stekao neko pravo, kada ničim nije doprinio stavljanju takve odluke izvan snage niti je ovo stavljanje izvan snage mogao predvidjeti. Iako se legitimna očekivanja zasnovana na nezakonitim upravnim odlukama načelno ne bi trebala štiti, pravna sigurnost ipak uvjetuje određeni kompromis u odgovoru na ovo pitanje. Naravno, izvorom legitimnih očekivanja jesu i upravni ugovori, pri čemu legitimna očekivanja također zaslužuju zaštitu u slučajevima jednostranog raskida upravnog ugovora od tijela koje je stranka takvoga ugovora, posebno ako privatna osoba ničim nije doprinijela raskidu ugovora. No, i ovdje je potrebno uzeti u obzir razmjer interesa stranke i javnoga interesa, pa u slučaju prevladavanja potonjeg stranci financijski kompenzirati neostvarena legitimna očekivanja. Konačno, iako valjana osnova legitimnih očekivanja nisu očitovanja upravnih tijela, kada su ona dana u zakonom propisanim slučajevima, imaju snažan učinak na svijest pojedinaca.

Na kraju valja zaključiti kako su odredbe na kojima se temelji zaštita legitimnih očekivanja pojedinaca mjesto našle i u hrvatskom upravnom pravu. Ovdje je naglašena važnost *Zakona o općem upravnom postupku* koji posebnu pozornost posvećuje pravomoćnosti upravne odluke, nekim posebnim vrstama rješenja, kao što je jamstvo stjecanja prava, ali i izvanrednim pravnim lijekovima, primjerice ukidanju zakonitoga rješenja kojim je stranka stekla neko pravo, poništavanju i ukidanju nezakonitoga rješenja i obnovi postupka. Ovaj *Zakon* legitimna očekivanja privatne osobe koja je stranka upravnog ugovora štiti prigovorom koji ona može izjaviti zbog neobavljanja ugovorom preuzetih obveza javnopravnog tijela, kao i u slučaju raskida ugovora zbog otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, ako se to ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava. No, praktična zaštita legitimnih očekivanja u upravnom pravu primarna je zadaća samih upravnih tijela

koja u svakom specifičnom slučaju trebaju ocijeniti radi li se uopće o legitimnim očekivanjima te je li takvo očekivanje potrebno štititi priznavanjem samoga prava ili naknadom pretrpljene štete. Jamstvu procjene ispravnih kriterija i donošenja pravilnih odluka zasigurno će doprinijeti i sudski nadzor zakonitosti rada upravnih tijela koji provode upravni sudovi i Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

Summary

**THE PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS IN
ADMINISTRATIVE LAW**

This paper discusses the meaning and content of the principle of protection of legitimate expectations in administrative law. It analyzes the methods of determining whether legitimate expectation should be protected in administrative adjudication. In addition, it discusses in detail legitimate expectations based on the laws and regulations; legitimate expectations based on the administrative practice; legitimate expectations based on final administrative decisions; legitimate expectations based on administrative contracts and legitimate expectations based on notifications and other administration measures. Finally, the author examines whether the protection of legitimate expectations within the Croatian legal system is sufficient.

Key words: Legitimate expectations, acquired rights, legality, administrative law, Croatia.

Zusammenfassung

**SCHUTZ LEGITIMER ERWARTUNGEN IM
VERWALTUNGSRECHT**

In der Arbeit wird die Bedeutung und der Inhalt vom Grundsatz des Schutzes legitimer Erwartungen im Verwaltungsrecht betrachtet. Weiterhin wird die Methode der Abmessung vom Schützen oder Nicht-Schützen legitimer Erwartung bei der Erlassung einer konkreten Verwaltungsentscheidung analysiert. Es werden die auf Gesetze und andere Rechtsvorschriften beruhenden legitimen Erwartungen, die auf Verwaltungspraxis beruhenden legitimen Erwartungen, die auf rechtskräftigen Verwaltungsentscheidungen beruhenden Erwartungen, die auf Verwaltungsverträge beruhenden legitimen Erwartungen und letztendlich die auf Erklärungen und andere Vorgehen der Verwaltung beruhenden legitimen Erwartungen analysiert. Gleichzeitig wird bewertet, ob der Schutz aller Erwartungen eine Grundlage in verfahrensrechtlichen Vorschriften hat und auf welche Arten Verwaltungsorgane vorgehen müssen, um diesen Grundsatz zu verlebendigen.

Schlüsselwörter: legitime Erwartungen, erworbene Rechte, Gesetzlichkeit, Verwaltungsrecht, Kroatien.

RIASSUNTO

TUTELA DELLE ASPETTATIVE LEGITTIME NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nel contributo si esamina il significato ed il contenuto dei principi relativi alla tutela delle aspettative legittime nel diritto amministrativo in generale. In seguito si analizza il metodo di valutazione se nel corso dell'iter decisionale di un concreto provvedimento amministrativo si debba tutelare o no l'aspettativa legittima. Nel dettaglio si disaminano le aspettative legittime fondate sulle leggi e sulle altre fonti giuridiche; le aspettative legittime fondate sulla prassi amministrativa; le aspettative legittime fondate sui provvedimenti amministrativi passati in giudicato; le aspettative legittime fondate sui contratti amministrativi; infine, le aspettative legittime fondate sull'agire della pubblica amministrazione. Al contempo si valuta se dette aspettative trovino il loro fondamento nelle norme procedurali e in che modo gli organi amministrativi debbano agire al fine di vivificare tale principio.

Parole chiave: *aspettative legittime, diritti acquisiti, legalità, diritto amministrativo, Croazia.*

OZAKONJENJE BESPRAVNO SAGRAĐENIH ZGRADA

Dr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 349.44
347.242
Ur.: 5. veljače 2013.
Pr.: 21. ožujka 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Predmet razmatranja u ovom članku je prostorno uređenje, gradnja i postupanje s nezakonito izgrađenim zgradama. U radu se ukazuje na Zakon o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, pravnim posljedicama ozakonjenja i propuštanja ozakonjenja zgrade. Istodobno se ukazuje i na određene dvojbe i nedorečenosti propisa.

Ključne riječi: *pravo građenja, ozakonjenje bespravno sagrađenih zgrada, rješenje o izvedenom stanju.*

1. UVOD

Pravo građenja, odnosno podizanje zgrade, osnovno je obilježje prava vlasništva koje se tiče zemljišta. U gradovima i na njihovim rubnim dijelovima, to je jedino stvarno obilježje tog prava.¹ Evidentno je da, zbog toga, dolazi do stvaranja činjenične veze između zemljišta i građevine. Međutim, veza koja nastaje nije samo materijalne, nego i pravne prirode.²

Namjena zemljišta, pravo građenja, Code civilom³ stavljena je pod isključivo ovlaštenje vlasnika zemljišta. Propisavši da vlasnik može na zemlji saditi i graditi prema vlastitom nahodanju, te kopati i graditi pod zemljom također prema vlastitom nahodanju, člankom 552. istog utvrđeno je kao načelo slobode: slobode vlasnika

1 Dok na selu zemljište može služiti raznim namjenama, zemljište koje se nalazi u gradskoj zoni može služiti samo kao podloga za građevinske objekte, osim ako ne ostane neiskorišteno ili se iskoristi za neku javnu namjenu.

2 Sukladno odredbama poznatog čl. 552. Code civila pravo vlasništva na zemljištu, koje obuhvaća i vlasništvo nad zemljom i pod zemljom, sve građevine, bilo da su građene iznad zemlje ili da su ukopane u zemlju, u načelu pripadaju vlasniku zemljišta. Vidi: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=C28623252AB33155C72F55E9EFBAF116.tpdj_o09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006150114&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130111

3 Francuski građanski zakonik.

zemljišta da gradi kako želi i ako to želi.⁴ Ta je sloboda dvojaka: ne radi se samo o pozitivnoj slobodi korištenja, uživanja i slobodnog raspolaganja stvarima - objektom prava vlasništva. Riječ je i o „negativnoj slobodi“, ako je tako možemo nazvati, koja vlasniku omogućuje da ne uživa imovinu, ne prenosi je kako želi i kako mu odgovara.

Već jako dugo, vlasnik zemljišta više nema punu slobodu korištenja prava građenja. U ovom stoljeću se broj ograničenja prava građenja povećao. Poznati su nam brojni razlozi, koji su zbog sigurnosti i zdravlja (zdravog stanovanja) – nadasve oblikovani urbanističkim zahtjevima. Pravila o korištenju zemljišta, koja zapravo predstavljaju posebna ograničenja prava građenja, a primjenjuju se na čitavom teritoriju kojim se ograničava pravo građenja, ponekad sadrže čak i eksplicitnu zabranu građenja. Vlasnik se nalazi u situaciji da mu se ograničava sloboda vlasništva u aspektu koji se odnosi na slobodu građenja.⁵

Pravo građenja, obilježava pravo vlasništva, zapravo je ograničeno, prije svega, zahtjevom za upravnim dozvolama koje treba ishoditi prije samog čina gradnje. Najvažnija je sigurno dozvola za gradnju: ne samo po svom kvantitativnom opsegu, nego i zato što ima najveću simboličku vrijednost. Kako je riječ o mehanizmu s kojim većina ljudi dolazi u doticaj barem jednom u životu i koji utječe na njihov svakodnevni život, a uglavnom se percipira dosta rigidno, može se reći da je riječ o upravnom aktu koji je dobro poznat.⁶ Ali isto tako ga ograničavaju planovi korištenja zemljišta. Također, još uvijek, vrijedi pravilo da je dobivanje dozvole zakonito pravo. Dozvola se mora izdati ako su predviđene građevine sukladne zakonskim odredbama i propisima o urbanizmu i gradnji.

Stoga se kao logično pitanje nameće: za koje objekte nam trebaju dozvole? Kratak odgovor bi bio – za sve objekte bez obzira na tip – komercijalne (maloprodajne, skladišne, proizvodne itd.) ili stambene. Bez obzira na vrstu građevinskih radova dozvole se traže za: izgradnju, rekonstrukciju, nadogradnju objekata (dodavanje kata na vrhu postojećeg objekta); druge naknadne radove na postojećem objektu; promjenu namjene objekta (npr. promjena namjene iz stambenog u poslovni objekat, itd.).

S vremenom su se uz dozvolu za gradnju pojavile neke druge dozvole za korištenje zemljišta. One nisu brojčano tako značajne niti su jednako amblematične, ali nisu nevažne posebno zato što se često bave provedbom suvremenih aspekata prava urbanizma kao što su zaštita baštine i okoliša.

4 Ovdje se možemo osvrnuti i na praksu Ustavnog suda Republike Hrvatske i na njegovo ustaljeno stajalište da se vlasništvo u smislu članka 48. stavka 1. Ustava „mora vrlo široko tumačiti“, jer obuhvaća „načelno sva imovinska prava“ (vidi, primjerice, odluke Ustavnog suda broj: U-III-661/1999 od 13. ožujka 2000.; U-III-72/1995 od 11. travnja 2000., itd.), što uključuje i gospodarske interese koji su po naravi stvari vezani uz imovinu, ali i legitimna očekivanja stranaka da će njihova imovinska prava, zasnovana na pravnim aktima, biti poštivana, a njihovo ostvarenje zaštićeno.

5 Iako je jedan od ključnih dokumenata koje morate podnijeti uz zahtjev za izdavanje građevinske „dokaz o pravu gradnje“ ili „pravu vlasništva“.

6 Više o tome: François-Charles Bernard et Patrick Durand, *Le nouveau régime des autorisations d'urbanisme*, Le Moniteur, Paris, 2009., str. 125.-130.

Prostorno uređenje odnosi se na metode koje koristi javni sektor da ostvari utjecaj na distribuciju stanovništva i djelatnosti u prostoru različite veličine. Prostorno uređenje obuhvaća sve razine uređenja, korištenja zemljišta, uključujući urbanističko uređenje, regionalno uređenje, uređenje zaštite okoliša, državne prostorne planove, i u Europskoj uniji – međunarodnu razinu. Vrijedi se zapitati koliko su učinkoviti urbanistički propisi, koje im je područje primjene i koji su mehanizmi, jer se pokazalo da postoji velika stopa kršenja propisa. Čini se da se dozvole za korištenje zemljišta, kojima je svrha podsjetiti građane na poštivanje urbanističkih propisa (a istodobno preciziraju i njihov sadržaj), zaobilaze u visokom postotku. Stoga je korisno napraviti inventar mjera na koje se oslanja pravo urbanizma radi učinkovite provedbe propisa.⁷

Ovdje je zanimljivo se osvrnuti i na ustaljeno pravno stajalište Europskog suda za zaštitu ljudskih prava koji priznaje da se legitimna očekivanja stranaka pod određenim pretpostavkama moraju smatrati „imovinom“ pod zaštitom članka 1. Protokola br. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, koji uređuje zaštitu vlasništva.⁸

2. EUROPSKI STANDARDI LEGALIZACIJE NEZAKONITO IZGRAĐENIH OBJEKATA

Zakonodavna rješenja u drugim europskim državama, vezana uz gradnju bez dozvole, suprotno izdanoj dozvoli, itd. kreću se od propisivanja kaznene odgovornosti (pri čemu postoje različiti stupnjevi inteziteta kaznene odgovornosti) do propisivanja mogućnosti naknadne legalizacije bespravno sagrađenih objekata (primjerice, izdavanjem rješenja o izvedbenom stanju).

Propisi su kompleksni i razlikuju se ovisno o tomu u kojem području se nešto želi graditi. Propisi, u pravilu, nisu kodificirani u jedinstveni zakonski tekst na koji se može pozvati, nego su propisani različitim zakonima. Kao posljedica toga, investitorima nije lako pozvati se na njih. Zakoni nisu pisani na razumljiv i koncizan način, a brojne reference na druge zakone, otežava razumijevanje koji je zakonski akt relevantan, a koji je zastario.

7 J.-B. Auby et H. Perrinet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestion, Paris, 2012., str. 38.

8 Pojam „legitimnih očekivanja“ u kontekstu članka 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava Europski je sud za zaštitu ljudskih prava prvi put spomenuo u presudi *Pine Valley Developments i ostali protiv Irske* od 29. studenog 1991. U tom su predmetu podnositelji bili poduzetnici čija je temeljna djelatnost bila kupnja i izgradnja zemljišta. Oni su 1978. godine kupili zemljište pouzdajući se u nacrt plana izdavanja urbanističkih dozvola za izgradnju industrijskih skladišta i uredskih prostora, a on je naknadno, odlukom irskoga Vrhovnog suda, utvrđen *ultra vires* i *ab initio* ništetnim, jer je bio u suprotnosti s mjerodavnim zakonima. Europski sud zauzeo je stajalište da je „legitimno očekivanje“ nastalo onda kad je dozvola izdana, a na temelju pouzdanja u nju podnositelji su kupili zemljište s namjerom njegove izgradnje. Ta je dozvola, koju nadležna upravna tijela više nisu mogla ukinuti ili na drugi način opozvati, činila sastavni dio vlasništva (imovine) tvrtki podnositelja.

Zakonska zabrana naknadne legalizacije prisutna je u većini država. Drugim riječima, gradnja bez dozvole je kazneno djelo, čak i kada je u osnovi u skladu s propisima o gradnji, a ishođenje dozvole za regularizaciju stanja ne dokida postojanje kaznenog djela. Isto tako, gradnjom bez dozvole smatraju se i radovi izvedeni prije ishođenja dozvole ili nakon isteka valjanosti dozvole. No, ako se dozvola povuče, radovi izvršeni prije njezina povlačenja, u skladu s praksom Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, neće se smatrati kaznenim djelom.⁹ Kada je riječ o građevinama izgrađenima u skladu s građevinskom dozvolom koja je naknadno poništena, osuđujuća kaznena presuda obično je moguća samo ako je građevinska dozvola bila tako očito neregularna da njezin nositelj nikako nije mogao misliti da je valjana, ako je dozvola ishoda na prijevaru ili ako su se radovi nastavili nakon donošenja odluke o poništenju dozvole (primjerice u Francuskoj i Njemačkoj).

Kao i gradnja bez dozvole, kaznenim djelom smatraju se radnje koje potpadaju pod dozvolu za uređenje, a izvršene su bez dozvole, primjerice; instalacije i razni radovi izvršeni bez odgovarajuće dozvole. U nekim slučajevima kazneno djelo ne proizlazi zbog neimanja dozvole, nego propusta da se obave razni formalni zahtjevi pred javnopravnim tijelom.¹⁰ Tu je i kazneno djelo zbog propusta prijave radova izuzetih iz gabarita građevinske dozvole ili zbog gradnje usprkos protivljenju nadležnih tijela.

Druga kategorija kaznenih djela sastoji se od radnji kojima je prethodilo ishođenje odgovarajuće dozvole. Kazneno djelo može nastati i zbog kršenja u odnosu na glavni predmet izdavanja dozvole. Također može nastati zbog nepridržavanja uvjeta propisanih dozvolom. Kaznenim djelom smatraju se i radnje za koje nije potrebno ishoditi dozvolu, ali koje nisu u skladu s osnovnim urbanističkim propisima ili radnje izvršene na temelju dozvole proglašene nezakonitim i suprotno propisima o gradnji.¹¹

Kazneno djelo u području urbanizma postoji samo ako se utvrdi postojanje namjere za počinjenje kaznenog djela, odnosno voljnost da se počini radnja za koju se znalo da nije dopuštena. Nadalje se navodi da ne postoji kaznena odgovornost ako osoba „dokaže da je zbog greške u tumačenju prava koju nije mogla izbjeći vjerovala da tu radnju može zakonito izvršiti“.¹²

9 Vidi, primjerice, odluku Ustavnog suda broj: U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009.

10 Vidi: J.-B. Auby et H. Perrinet-Marquet et R. Noguellou, str. 55.

11 Rok zastare počinje teći u ovisnosti o kaznenom djelu. Većina kaznenih djela u području urbanizma ima obilježje kontinuiteta (tako da rok zastare počinje teći tek po završetku radova – to je slučaj gradnje bez dozvole). Međutim, to ne sprječava da se pokrene kazneni postupak od početka protuzakonitih radova. S druge strane, nakon što se donese osuđujuća presuda protiv izvođača, ne može ga se ponovo teretiti zbog istih radova. Vidi: J.-B. Auby et H. Perrinet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestion, Paris, 2012.

12 To je rješenje naišlo na osudu Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, što je dovelo do promjene u sudskoj praksi. Premda je riječ o kaznenom djelom, smatralo se da u području urbanizma ona imaju materijalnopravnu narav, osim u nekim slučajevima kao što je ometanje pregleda građevina službenim osobama. Drugim riječima, nepostojanje loše namjere,

Odabir modela po kojem će zakonodavac urediti pitanje bespravne gradnje temelji se na načelu svrsishodnosti koje je imanentno općim, socijalnim, gospodarskim, financijskim i drugim politikama države. Zakonodavac je nedvojbeno ovlašten propisati i uvjete i kvalifikacije za nezakonito sagrađene objekte.¹³ Ti su uvjeti u neposrednoj vezi s legalizacijom, uz koju je vezan i sustav nadzora.

U Francuskoj se, primjerice, može uz presudu donijeti mjera radi uspostave prijašnjeg stanja. One se sastoje od mjera usklađivanja građevina ili prostora sa zakonskim propisima ili dozvolom koja je prekršena (ili uklanjanja građevina ili pak prenamjene i vraćanja zemljišta u prijašnje stanje). Suci koji odlučuju o meritumu spora (*juge du fond*) imaju suvereno pravo na diskrecijsku ocjenu i mogu odlučiti hoće li takve mjere naložiti ili ne, osim u slučaju da ih stranka traži temeljem privatne tužbe. Suci ih mogu donijeti i po službenoj dužnosti.¹⁴

Nadalje, ako se donese dozvola kojom se legalizira stanje, nije dopušteno naložiti uklanjanje građevine. Kada je riječ o gradnji bez dozvole, može se naložiti samo potpuno uklanjanje građevine. Mjere za uspostavu prijašnjeg stanja obično donosi Kazneni sud (*Tribunal correctionnel*) koji o tomu može odlučiti samo ako se donese osuđujuća presuda, ali ne u slučaju odbacivanja optužbi. Također ih je moguće po prvi puta donijeti u žalbenom postupku. Ako se kazneni postupak (*action publique*) okonča zbog smrti okrivljenika ili oprosta, mjere se mogu donijeti za uspostavu prijašnjeg stanja, a može ih donijeti Kazneni sud (*tribunal correctionnel*) ako se pred njim vodi postupak ili Visoki sud (*Tribunal de grande instance*), i to vrijedi do isteka roka zastare koji se odnosi na kazneni postupak. Državni savjet smatra da donošenje odluke o uklanjanju građevine ne sprječava izdavanje dozvole za regularizaciju radova (*permis de regularisation*): nadležno tijelo samo je dužno "ocijeniti svrhovitost izdavanja (te dozvole), imajući u vidu prirodu i težinu kaznenog djela utvrđenog od strane kaznenog suda, karakteristike projekta koji se razmatra i mjerodavne urbanističke propise."¹⁵ Spomenimo da ako

odnosno činjenica da se radilo u dobroj vjeri, nije bilo dostatno da isključi postojanje kaznenog djela. Odnosno, kazneno djelo je moglo nastati i uslijed pasivnog ponašanja osobe koja je propustila nadzirati poštuje li se zakonska odredba, a trebalo je to učiniti. A to ujedno znači i da pogreška u tumačenju prava ne dokida kaznenopravnu odgovornost izvođača, čak i ako je pogrešku prouzročilo javnopravno tijelo. Situacija se promijenila u novom kaznenom zakonu. Vidi: Europski sud za zaštitu ljudskih prava, presuda od 10. listopada 2006., *M. P. protiv France*.

13 „Objekt“ je građevina koja predstavlja fizičku, tehničko-tehnološku ili biotehničku cijelinu na svim instalacijama, postrojenjima i opremom, odnosno same instalacije, postrojenja i oprema koja se ugrađuje u objekta ili samostalno izvodi (zgrada svih vrsta, vodoprivredni i energetski objekt, objekt komunalne infrastrukture, industrijski, poljoprivredni i drugi privredni objekt, javne zelene površine, groblja, skloništa i dr.).

14 Ranije je bilo uvriježeno shvaćanje da suci nikako ne mogu naložiti izmjenu, pa prema tomu ni uklanjanje građevina koje se smatraju javnima, i to primjenom načela nedodirljivosti građevina javne namjene. Napuštanje tog načela u novijoj sudskoj praksi, uz neke ograde, trebalo bi dovesti do promjena. J.-P. Gilli, *Le juge et le droit de l'urbanisme*, AJDA, Paris, 1993.

15 Francuski Državni savjet, 8. srpnja 1996., predmet *Piccinini*.

se dozvola za regularizaciju izda nakon što je naloženo plaćanje sudskih penala, uvjeti koji se odnose na sudske penale ne moraju se nužno poklapati s uvjetima propisanim dozvolom: dozvola se može odnositi na izvršenje radova koje predviđa. Upravni sudovi o tomu nisu nadležni.

Republika Hrvatska nije jedina zemlja koja pokušava riješiti problem nezakonito izgrađenih zgrada. O nemogućnosti pronalaska uspješnog rješenja svjedoče i primjeri iz susjednih zemalja koje su problem također morale rješavati nekoliko puta.

Među europskim državama s najvećim brojem nezakonitih gradnji zasigurno je Italija, koja je dosad provela tri opće legalizacije – 1985., 1994. i 2003. Tema je nedavno aktualizirana najavama članova Vlade o novoj općoj legalizaciji, no zasada nisu poduzeti konkretni koraci u tom smjeru.¹⁶ Prema nekim procjenama u Italiji je od 1960. do danas izgrađeno čak 4,5 milijuna bespravno sagrađenih zgrada.

Prema posljednoj općoj legalizaciji iz 2003., za nove zgrade bilo je moguće legalizirati maksimalno 750 m³ po jednom zahtjevu, uz uvjet da cjelokupna zgrada nema više od 3000 m³, a za nadogradnje je bilo moguće legalizirati rekonstruirani dio građevine čija površina ne prelazi 30 posto površine legalnog dijela građevine maksimalno 750 m³.

Legalizacija se provodila na zahtjev vlasnika nekretnine, koji su za provedbu legalizacije bili obvezni platiti komunalni doprinos i posebnu kaznu za zadržavanje u prostoru. Regijama je bilo dopušteno da povise iznos propisane kazne za 10 posto te iznos komunalnog doprinosa za 100 posto. Visina kazne ovisila je o vrsti izgradnje, a kretala se od paušalnog iznosa od 516 eura za manje intervencije do 150 eura/m² za zgrade nestambene namjene neusklađene s urbanističkim pravilima. Iznos komunalnog doprinosa u postupku legalizacije ovisio je o broju stanovnika naselja u kojem je izgrađena nezakonita zgrade i o tomu je li riječ o novoj gradnji/nadogradnji ili samo o renovaciji/promjeni namjene, a kretao se od 18 eura/m² za renovaciju ili promjenu namjene u naselju s manje od 10 000 stanovnika do 89 eura/m² za novu gradnju ili nadogradnju u naselju s više od 30 000 stanovnika.

U susjednoj Srbiji postupak legalizacije provodio se prema različitim propisima, a trenutačno se provodi prema odredbama Zakona o planiranju i izgradnji¹⁷ donesenom 2009. godine i naknadno usvojenim izmjenama i dopunama. Prema nekim procjenama u Srbiji je predano oko 800.000 zahtjeva za legalizaciju na temelju postojećeg i prethodnih zakona.¹⁸ Zakon predviđa da se legalizacija završi do 2014. godine, a predstavnici općina i gradova traže da se taj rok produži kako bi katastarske službe upisale sve objekte.

16 Slovenija je bespravnu gradnju legalizirala proglašivši opću legalizaciju neposredno prije ulaska u Europsku uniju.

17 Službeni glasnik Republike Srpske, br. 72/2009

18 Pet pokušaja masovne legalizacije u proteklom desetljeću u Srbiji dovelo je do slabih rezultata; samo u Beogradu ima 243.000 neriješenih zahtjeva za legalizaciju.

Prema sadašnjim propisima dopušta se legalizacija zgrada izgrađenih do 11. rujna 2009., a rok podnošenja zahtjeva nije propisan. Iako se Zakon donesen 2009. odnosio samo na nelegalne zgrade čija su namjena, udaljenost od susjednog objekta i visina u skladu s propisima, navedene odredbe naknadno su ukinute pa trenutačno nema ograničenja u pogledu veličine, namjene i smještaja građevine.

Za prekršitelje Zakona koji su odlučili legalizirati svoje građevine nije predviđena posebna novčana kazna. No ako ne pokrenu legalizaciju obvezni su plaćati trostruki iznos „naknade za korištenje građevinskog zemljišta“, što je naknada koja odgovara komunalnoj naknadi prema hrvatskim propisima.¹⁹

U postupku legalizacije podnositelji zahtjeva obvezni su platiti komunalni doprinos, odnosno naknadu za „uređenje građevinskog zemljišta“, kako se to novčano javno davanje naziva u Srbiji. Naknada se sastoji od naknade za magistralnu mrežu i naknadu za primarnu i sekundarnu mrežu, a potonje se naplaćuje ovisno o stupnju uređenosti lokacije.²⁰

Kod plaćanja naknade srpski je zakon predvidio bitnu olakšicu: za stambene jedinice neto površine do 100 m² odnosno 25 m² po članu kućanstva, ako je nelegalna zgrada jedina nekretnina članova tog kućanstva na području predmetne jedinice lokalne samouprave i ako se stambena jedinica ne nalazi u „ekstra“ ili 1. urbanističkoj zoni, odobrava se popust od čak 99 posto i obročna otpлата na rok od 20 godina.²¹

Bosna i Hercegovina i nakon tri legalizacije još uvijek ima ogromni broj nelegalnih objekata. Međutim, u Bosni i Hercegovini na razini države nije riješeno pitanje legalizacije bespravne gradnje.²² To je prepušteno kantonima, koji odluku o legalizaciji donose u prosjeku svake četiri godine, uoči izbora. U 2009. godini bilo je 26.000 bespravno sagrađenih objekata. Tako je u Sarajevskom kantonu od 1998. godine tri puta donesena odluka o legalizaciji bespravno sagrađenih

19 Komunalni doprinos obračunava se po obujmu (m³) građevine koja se gradi, tj. legalizira. Ako je riječ o rekonstrukciji, odnosno legalizaciji nadogradnje, u ukupni obujam građevine ne ubraja se obujam postojećega legalnog dijela građevine. Jedinice lokalne samouprave određuju jediničnu vrijednost komunalnog doprinosa u kn/m³ za pojedine zone u gradu ili općini, a u nekim općinama i gradovima cijene se razlikuju i ovisno o namjeni građevine koja se gradi/legalizira i ukupnom volumenu građevine. Jedinična vrijednost najviša je za 1. zonu i ne može biti veća od 10 posto prosječnih troškova gradnje m³ etalonske građevine u Republici Hrvatskoj, koji od spomenutog smanjenja iz 2010. iznosi 1.382,86 kn/m³.

20 Maksimalni iznos te naknade u Beogradu, uspoređujući beogradsku „ekstra“ urbanističku zonu i zagrebačku 1. zonu komunalnog doprinosa, može biti i do 5 puta veći od iznosa komunalnog doprinosa u Zagrebu.

21 Promiču se novi zakoni o urbanističkom planiranju, te jednostavniji, jeftiniji i manje vremenski zahtjevni postupci legalizacije stanovanja, čime se stanovnicima ilegalno sagrađenih kuća daje još jedna prilika za legalizaciju kuća.

22 Bosna i Hercegovina se sastoji od dva entiteta – Federacije Bosne i Hercegovine (FBiH) i Republike Srpske (RS) i posebnog Distrikta Brčko (BD). FBiH administrativno je podijeljena na 10 kantona/županija.

objekata.²³ Postupak legalizacije²⁴ sukladno Zakonu o prostornom uređenju²⁵ i Odluci o legalizaciji građevina izgrađenih bez odobrenja za građenje i građevina privremenog karaktera²⁶ može se pokrenuti podnošenjem zahtjeva za izdavanje naknadne urbanističke suglasnosti do 31. prosinca 2012. godine.

Makedonija je početkom 2011. godine usvojila novi Zakon o legalizaciji, s ozbiljnom namjerom da legalizira 300.000 bespravno sagrađenih objekata.

U Grčkoj, Vlada pokušava dopuniti javni budžet naplaćivanjem naknade i do 6.000 eura za privremenu legalizaciju ilegalnih stambenih jedinica ili ako vlasnici ne ispune taj zahtjev, naplatom kazne skoro dvostruko veće od tog iznosa. Napori tijekom godina u Grčkoj su se međutim pokazali uzaludnim. Od 7.000.000 kuća, procjenjuje se da je jedna četvrtina izgrađena bez dozvole.

3. HRVATSKA PRAVNA REGULACIJA OZAKONJENJA BESPRAVNO SAGRAĐENIH ZGRADA

3.1. Općenito

Jedna od prepreka hrvatskoga ulaska u Europsku uniju velika je količina bespravno sagrađenih objekata. Prema posljednjim informacijama koje dolaze od Ministarstva graditeljstva i prostornog uređenja u Hrvatskoj trenutno ima oko 350.000 bespravno izgrađenih građevina.²⁷

U Republici Hrvatskoj nezakonita je gradnja poprimila široke razmjere, te pojava nezakonite gradnje obilježava hrvatski prostor već nekoliko desetljeća, stoga i ne čudi pokušaj zakonodavca da riješi spomenuti problem. Riječ je o pojavi koja je rezultat niza društvenih uzroka. Nezakonito izgrađene zgrade su naslijeđe i teret vremena. Propustili smo priliku da se preventivnim djelovanjem suprotstavimo nezakonitoj gradnji, i zbog toga je i borba s bespravno sagrađenim objektima danas puno složenija i mukotrpnija.

23 Posljednji put u svibnju 2006. godine gradonačelnica Sarajeva i načelnici gradskih općina potpisali su Protokol o suzbijanju bespravne gradnje. Pa ipak još uvijek je ostao veliki broj nelegalnih objekata uglavnom zbog visokih troškova legalizacije.

24 Pod legalizacijom se podrazumijeva donošenje rješenja o naknadnoj urbanističkoj suglasnosti, naknadnom odobrenju za građenje i naknadnoj uporabnoj dozvoli, u skladu s odredbama Zakona o prostornom uređenju („Službene novine Kantona Sarajevo“ broj 07/05) za građevine i druge izvedene radove u prostoru izgrađene bez odobrenja za građenje, kuća za odmor izgrađenih bez odobrenja za građenje, rješavanje pravnog statusa građevina privremenog karaktera.

25 Službene novine Kantona Sarajevo, broj 07/05.

26 Službene novine Kantona Sarajevo, broj 06/06, 18/07, 18/08.

27 Međutim „kaos“ se najbolje definira prema samoj činjenici da nitko ne raspoláže točnim brojem objekata koje je potrebno legalizirati.

Načelne odredbe o ozakonjenju bespravno izgrađenih zgrada tijekom vremena pratila je i različita normativno-tehnička razrada. U razdoblju od 1980. do 2012. godine izmijenjivali su se zakoni koji su različito određivali pretpostavke za upis građevina u zemljišne knjige.

Prvi institut legalizacije nezakonito izgrađenih građevina donosi Zakon o prostornom planiranju i uređivanju prostora²⁸ kojim je bilo propisano da će građevinski inspektor odrediti rušenje objekta koji se gradi ili je izgrađen bez građevinske dozvole samo ako je izgrađen poslije 15. veljače 1968. godine. Prema spomenutom Zakonu, kao i svim zakonima donesenim poslije spomenutoga Zakona, legalizacija se provodila kao naknadno izdavanje građevinske dozvole za građevinu koja je izgrađena u naravi, a čijem izdavanju prethodi izdavanje akta za provođenje prostornog plana. Zakonom o prostornom uređenju i gradnji, koji je stupio na snagu 1. listopada 2007. godine,²⁹ ujedno je uređeno i pitanje izdavanja akata o izvedenom stanju za građevine izgrađene bez odgovarajućih akata kojima se odobrava građenje, uz uvjet da su tako izgrađene građevina u skladu s prostornim planom koji se primjenjuje na području na kojem se nalazi. Znači, predmetnim se Zakonom po prvi put uvodi razlikovanje akata na temelju kojih se može pristupiti građenju od akata koji se izdaju kao građevine koje su već izgrađene u svrhu njihove legalizacije. Prema tom Zakonu za legalizaciju građevina, ovisno o njihovoj namjeni i veličini, izdaje se rješenje o izvedenom stanju, odnosno lokacijska dozvola i potvrda izvedenog stanja.

Međutim, navedena svrha nije u potpunosti ostvarena, te se otklanjanje uočenih problema i nedostataka pokušalo riješiti Zakonom o postupanju s nezakonito sagrađenim objektima iz 2011. godine.³⁰ Razlozi neuspjeha su brojni: postupak je bio skup i kompliciran, posebice za zgrade izgrađene suprotno odredbama prostornog plana, a mjerodavne službe dočekale su ga nespremljene. Prekršitelji Zakona ostali su nezainteresirani unatoč odredbi Zakona kojom se ograničava raspolaganje nezakonito izgrađenim zgradama.

Isti je omogućavao, po prvi put, ozakonjenje određenih zgrada koje su izgrađene na zemljištu u pogledu kojeg investitor nije riješio imovinsko-pravne odnose i koje su izgrađene protivno prostornom planu i/ili uvjetima propisanim propisima koji uređuju prostorno uređenje i gradnju te posebnim propisima.³¹ Ovaj institut tzv. "legalizacije" zgrada izgrađenih bez akata, odnosno suprotno aktu

28 Narodne novine SRH, broj 54/1980.

29 Narodne novine, broj 76/07.

30 Novine koje bi trebale donijeti predmetne izmjene uglavnom se sastoje u: 1. povećanju broja zgrada koje se mogu ozakoniti, 2. pojednostavljenju i smanjenju troškova postupka donošenja rješenja o izvedenom stanju, 3. pojednostavljenju izračuna naknade za ozakonjenje, 4. popunjavanju određenih pravnih praznina i detaljnijeg uređenja pojedinih pitanja.

31 Postupanje s nezakonito izgrađenim zgradama do donošenja prošlogodišnjeg Zakona o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama bilo je regulirano čestim mijenjanjem propisa koji se odnose na prostorno uređenje i gradnju.

nadležnog tijela na temelju kojega se može pristupiti građenju, nije u dovoljnoj mjeri zaživio u praksi. Stoga je 2012. donesen novi Zakon o postupanju s nezakonito sagrađenim zgradama.

Novi Zakon o postupanju s nezakonito sagrađenim zgradama, donesen je 27. srpnja 2012., a počeo se primjenjivati 6. kolovoza 2012.³² Stupanjem na snagu navedenoga Zakona, prestalo je važenje Zakona o postupanju s nezakonito sagrađenim zgradama iz 2011.³³ Prema obrazloženju zakonodavca svrha je Zakona otkloniti nedostatke i pravne praznine, kao i nedoumice stvorene dosadašnjim Zakonom iz 2011., te pomoći i upravnim tijelima nadležnim za donošenje rješenja o izvedenom stanju po pitanju obračuna naknade za zadržavanje nezakonito izgrađene zgrade u prostoru i za praćenje njihovog izvršenja u slučaju obročne otplate naknade i strankama koje žele „legalizirati“ svoje bespravno sagrađene objekte po pitanju snižavanja naknade za njihovo zadržavanje, te razdvajanje rješenja o izvedenom stanju od obveze plaćanja komunalnog i vodnog doprinosa koji se, prema Zakonu, imaju platiti tek nakon, a ne prije izdavanja rješenja o izvedenom stanju.

Donošenjem novog Zakona o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama kreće novi pokušaj legalizacije. Svi prethodni propisi omogućavali su legalizaciju isključivo zgrada izgrađenih u skladu s prostornim planom, a sam postupak legalizacije bio je dugotrajan i složen te gotovo jednak postupku ishoda odobrenja za građenje.

Rezultat komplicirane regulative te visokih naknada vezanih uz izdavanje odobrenja za građenje danas je vidljiv u velikom broju nezakonitih zgrada. Dodatnu prepreku predstavljale su i visoke kazne: početkom prošlog desetljeća za nelegalnu gradnju plaćala se kazna u visini 150 posto iznosa komunalnog doprinosa, a zatim je odredbama Zakona o prostornom uređenju i gradnji donesenom 2007. i popratnim propisima smanjena na 50 posto iznosa komunalnog doprinosa te ponovno u lipnju 2010. na 30 posto iznosa komunalnog doprinosa.

Nelegalne građevine ujedno su spajane na priključke komunalne infrastrukture, a vlasnicima nezakonitih zgrada redovito se obračunava komunalna naknada i u slučaju vikendice, porez na kuće za odmor. U određenom razdoblju propisi nisu ograničavali ni upis nezakonito izgrađenih zgrada u katastar i zemljišne knjige, što je unijelo dodatnu pomutnju i nepovjerenje u sustav katastra i zemljišnih knjiga.

Osnovne odredbe Zakona: nezakonito izgrađenom zgradom smatra se zgrada, odnosno rekonstruirani dio postojeće zgrade izgrađene bez akta kojim se odobrava građenje; nezakonite zgrade legaliziraju se ishoda rješenja o izvedenom stanju; mogu se legalizirati zgrade izgrađene najkasnije do 21. lipnja 2011.; na nezakonito izgrađenoj zgradi može se, protivno prostornom planu, ozakoniti najviše dvije etaže od kojih je zadnja potkrovlje, osim ako odlukom predstavničkog tijela jedinice lokalne samouprave nije određen veći broj etaža; rok za predaju zahtjeva je 30. lipnja 2013., odnosno 31. prosinca 2012. za zgrade za koje je izdano rješenje za uklanjanje.

³² Narodne novine, broj 86/12.

³³ Narodne novine, broj 90/11.

Novim Zakonom pokušao se pojednostaviti i pojeftiniti postupak kako se bi se postigao što veći odaziv građana. Za razliku od ranijeg Zakona, postupak za legalizaciju jednak je za zgrade izgrađene u skladu s prostornim planom i za zgrade izgrađene u suprotnosti s prostornim planom, odnosno iz postupka su izbačene potvrde javnopravnih tijela zbog kojih je postupak otežan.

Kao važno pitanje nameće se: Kako provjeriti (ne)zakonitosti nekretnine? Mnogi vlasnici zgrada stekli su nekretnine za koje ne znaju jesu li zakonite. Kopiju akta kojim se odobrava građenje, ako on postoji, vlasnici nekretnine mogu potražiti u područnim uredima mjerodavnim za prostorno uređenje i/ili gradnju. Ako takav akt postoji, potrebno je utvrditi je li kod gradnje došlo do odstupanja te legalizirati sva eventualna odstupanja.

Premda je raniji Zakon ograničavao raspolaganje nezakonito izgrađenim zgradama, u novom Zakonu takvih odredbi nema. Jedine sankcije koje predviđa novi Zakon su novčane prirode za one koje se odluče na legalizaciju i prijetnja pokretanja postupka građevinske inspekcije prema nelegalnim graditeljima koji se ogluše na Zakon.³⁴

3.2. Pojam nezakonito izgrađene zgrade

Opredjeljenje hrvatskoga zakonodavca da donese poseban zakon o legalizaciji bespravno sagrađenih objekata postavilo je pred njega i posebne zahtjeve vezane uz njegov sadržaj. Stupanjem na snagu Zakona o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, određeni su uvjeti i postupak ozakonjenja nezakonito izgrađenih zgrada. Naime, u cilju nedvojbene provedbe Zakona bilo je nužno definirati pojam nezakonito izgrađene zgrade. U članku 2. pod pojmom nezakonito izgrađene zgrade smatra se zgrada, odnosno rekonstruirani dio postojeće zgrade izgrađene bez akta kojim se odobrava građenje, odnosno protivno tom aktu, vidljiva na digitalnoj ortofoto karti u mjerilu 1:5000 Državne geodetske uprave izrađenoj na temelju aerofotogrametrijskog snimanja Republike Hrvatske započetog 21. lipnja 2011., na kojoj su izvedeni najmanje grubi konstruktivni građevinski radovi (temelji sa zidovima, odnosno stupovima s gredama i stropom ili krovnom konstrukcijom) sa ili bez krova, najmanje jedne etaže. Nezakonitom izgrađenom zgradom u smislu istog Zakona smatra se i zgrada, odnosno rekonstruirani dio postojeće zgrade izgrađen bez akta kojim se odobrava građenje, odnosno protivno tom aktu na kojoj su izvedeni najmanje grubi konstruktivni radovi sa ili bez krova, najmanje jedne etaže,

³⁴ Još jedna novina vezana uz legalizaciju bespravno sagrađenih objekata definirana je novim prijedlogom Zakona o porezu na nekretnine. Ukratko rečeno, svi koji imaju ilegalno sagrađeni objekt plaćat će porez na nekretninu u punom iznosu od 1,5% od tržišne vrijednosti nekretnine, dok će oni koji imaju legalno sagrađeni objekt plaćati 0,2-0,5% od tržišne vrijednosti nekretnine (odnosno olakšice od 88 do 95%). U Fiskalni katastar upisivat će se sve nekretnine prema stvarnom stanju, i legalne, i nelegalne. Porez će se plaćati i na nezakonito sagrađene nekretnine prema stvarnom stanju izgrađenosti, a njihovi korisnici ili vlasnici neće moći dobiti nikakve olakšice dok te objekte ne legaliziraju.

koja nije nedvojbeno vidljiva na DOF5/2011, ako je vidljiva na drugoj digitalnoj ortofoto karti Državne geodetske uprave izrađenoj na temelju aerofotogrametrijskog snimanja do 2011. ili je do tog dana evidentirana na katastarskom planu ili drugoj službenoj kartografskoj podlozi, a o čemu tijelo nadležno za državnu izmjeru i katastar nekretnina na zahtjev stranke izdaje uvjerenje. Iz spomenutog je razvidno da važeći Zakon, bez obzira na najbolje namjere da se sredi stanje u prostoru, polazi od osnove da se, u načelu, mogu ozakoniti sve zgrade izgrađene do 21. lipnja 2011. godine i to bez obzira na okolnosti.³⁵

3.3. Postupak ozakonjenja nezakonito izgrađene zgrade

Postupak ozakonjenja nezakonito izgrađene zgrade Zakonom o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama određuje se u odnosu na akt kojim se odlučuje u tom postupku, njegove sastavne dijelove i njihovu vjerodostojnost, način postupanja tijekom postupka, a određuju se i drugi elementi značajni za vođenje upravnog postupka (dostava akata, izjavljivanje žalbe), te prekluzivni rok do kada se može pokrenuti postupak za izdavanje rješenja o izvedenom stanju i nužna dokumentacija koju je stranka dužna priložiti uz takav zahtjev.³⁶ Iako se na prvi pogled može (pogrešno) učiniti da se radi o jednostavnom sustavu, on je sve drugo samo ne jednostavan.

3.4. Rješenje o izvedenom stanju

Činjenica da je objekt upisan u katastar i gruntovnicu ne znači da je objekt zakonit. Mnogo je objekata koji su upisani u katastar i gruntovnicu te spojeni na komunalnu infrastrukturu, a da ne ispunjavaju uvjete zakonitosti jer su građeni bez građevinske dozvole ili pored parametra dozvole. Lokacijska dozvola koja po svojoj naravi definira volumen objekta, uklapanja u prostorni plan, smještaj objekta na čestici itd., te čija je valjanost dvije godine, ne smatra se odgovarajućim aktom za građenje u smislu dokazivanja zakonitosti. Uporabna dozvola je konačan akt koji nedvojbeno potvrđuje legalnost objekta. Ipak kako većina objekata u Hrvatskoj tu dozvolu još uvijek nema, tada je bitno da postoji odgovarajući akt za građenje (građevinska dozvola, potvrda glavnog projekta, rješenje o uvjetima građenja itd.), te da je objekt izgrađen i korišten u skladu s tim aktom. Važno je pri tomu naglasiti

35 Za razliku od prethodnog Zakona, novi Zakon se proširuje na sve zgrade na kojima su izvedeni najmanje grubi konstruktivni radovi sa ili bez krova, najmanje jedne etaže, bez obzira jesu li u pogledu namjene, veličine i smještaja na čestici izgrađene u skladu s prostornim planom ili protivno prostornom planu.

36 U Srbiji pod terminom – LEGALIZACIJA, u smislu *Zakona o planiranju i izgradnji*, podrazumijeva se – naknadno izdavanje građevinske i uporabne dozvole za objekt, odnosno dijelove objekta izgrađene ili rekonstruirane bez građevinske dozvole, kao i objekte izgrađene na temelju građevinske dozvole, odnosno odobrenje za izgradnju i potvrđenoga glavnog projekta, ali na kojima je, pri izvođenju radova, odstupljeno od izdane dozvole, odnosno odobrenja.

da posjedovanje dozvole za građenje i usklađenost s istom nije uvjet za legalnost za objekte izgrađene prije 15. veljače 1968. godine (uvjerenje iz katastra da je građevina evidentirana prije 1968.). Građevinska dozvola je upravni akt kojim se odobravaju određene radnje, nakon što se izvrši provjera i ustanovi da su u skladu s pravilima. U teoriji su stvari jednostavne: temeljem građevinske dozvole daje se dopuštenje za gradnju.³⁷ Međutim i u pogledu predmetnih radnji i u pogledu propisanih pravila, sustav građevinskih dozvola nije bez kompleksnosti i sadrži čak određeni broj zamki.³⁸

Nezakonito izgrađena zgrada, prema Zakonu o postupanju s nezakonito sagrađenim objektima koji je trenutno na snazi, ozakonjuje se donošenjem rješenja o izvedenom stanju.³⁹ Rješenje o izvedenom stanju donosi upravno tijelo jedinice

37 Investitor koji namjerava graditi neki objekt ili renovirati postojeći objekt mora dobiti tri rješenja. To su: 1. urbanistička suglasnost: utvrđuje lokaciju objekta i postojeće točke (što se može promijeniti ako dođe do promjene infrastrukture) za priključak na gradsku infrastrukturu, tj. struju, vodu, telefon, itd. kao i urbanističko-tehnički uvjeti; 2. građevinska dozvola („odobrenje za građenje): izdaje se na temelju urbanističke suglasnosti i predstavlja ovlaštenje za započinjanje radova, a zasniva se na izvedbenom projektu i drugoj dokumentaciji koja definira konstrukciju, materijale, tehnike gradnje, različite etape gradnje i usklađenost s različitim zakonskim aktima; 3. uporabna dozvola: izdaje se na temelju građevinske dozvole i ona potvrđuje da je objekt izgrađen u skladu sa svim propisima, pogodan je za stanovanje i može se unijeti u registar zemljišnih knjiga.

38 Tako primjerice u Francuskoj: sud određuje rok u kojemu treba izvršiti uklanjanje građevine ili njezino usklađivanje s propisima. Osim presude može se naložiti i plaćanje sudskih penala (*astreinte*) u rasponu od 7,5 do 75 eura na dan. Sudski penali uplaćuju se u korist općine koja je zadužena za osiguranje njihove naplate. Međutim, kako je Kasacijski sud više puta istaknuo, penali ne predstavljaju naknadu štete u parničnom postupku (*reparation civile*), nego mjeru opomene (*mesure comminatoire*), što znači da općini ne treba izdati sudski poziv (*apeler en cause*). Iznos penala se ne može preispitati, osim ako okrivljenik nije izvršio obvezu u roku od godine dana. U tom slučaju, sud može povećati iznos penala, a eventualno i prekoračiti granicu od 75 eura. I obrnuto, sudac može odlučiti da odobri djelomični povrat iznosa penala ili djelomično oslobodi plaćanja penala kako bi se uzelo u obzir postupanje izvođača i poteškoće koje je imao pri izvršenju. Jedinice lokalne samouprave nemaju nadležnost da odobre povrat sredstava koja odgovaraju sudskim penalima. Vidi: J.-B. Auby et H. Perrinet-Marquet et R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Montchrestion, Paris, 2012.

39 Primjerice u Bosni i Hercegovini rješenjem o naknadnoj urbanističkoj suglasnosti, za legalizaciju izvedenih radova, regulirani su uvjeti zadržavanja istih i nastavka izvođenja radova u cijelosti na građevini, uistinu, utvrđuje se da je građenje u skladu s dokumentom prostornog uređenja i drugim uvjetima utvrđenim za taj prostor, posebnim zakonima i propisima donesenim na osnovi tih zakona. Po prijemu rješenja o urbanističkoj suglasnosti, nakon proteka roka za žalbu (15 dana od dana prijema urbanističke saglasnosti) rješenje postaje pravomoćno što se potvrđuje unosom 'klauzule pravomoćnosti' na originalni primjerak rješenja, voditelja postupka. Rješenje o naknadnoj urbanističkoj suglasnost, vrijedi godinu dana od dana njene pravomoćnosti, u kojem je roku potrebno podnijeti zahtjev za donošenje naknadnog odobrenja za građenje za legalizaciju građevine. Valjanost urbanističke suglasnosti može se iznimno produžiti, ali najviše za godinu dana ako se nisu promijenili uvjeti u skladu s kojim je izdana urbanistička suglasnost i ako je zahtjev podnesen u roku valjanosti iste. Za specifične slučajeve i lokacije, nadležno tijelo izvršit će potrebne analize i utvrditi mogućnosti legalizacije radova i/ili pribaviti mišljenje Zavoda za planiranje razvoja

područne (regionalne), odnosno lokalne samouprave, koje prema posebnom zakonu obavlja poslove izdavanja akata za provođenje dokumenata prostornog uređenja i gradnje.⁴⁰ Zakon dopušta strankama da same odluče žele li legalizirati sve bespravno izgrađene zgrade s pomoću jednog rješenja o izvedenom stanju ili samo za jednu ili neke od njih. Međutim, Zakon ne dopušta utvrđivanje nove građevne čestice i parcelaciju, te objedinjavanje čestica, neovisno o tomu je li predmetna zgrada izvedena na njoj ili više čestica, dijelom ili u cijelosti unutar granica građevinskog područja, već sva pitanja formiranja novih čestica odvaja u cijelosti od postupka legalizacije i upućuje na druge propise, kojima se to može izvršiti, odnosno upućuje prije svega na Zakon o prostornom uređenju i gradnji. To znači da će nadležno javnopravno tijelo izdavati rješenja o izvedenom stanju samo konstatirajući da se, primjerice, zgrada nalazi na dvije ili više građevinskih čestica, ali se neće u okvirima tog postupka upuštati u pitanje njihovog objedinjavanja. To dovodi do potrebe stranke da prije ucrtavanja ozakonjene zgrade mora u novom postupku izvršiti objedinjavanje čestica, da bi takvu zgradu mogla upisati ponajprije u gruntovnicu, ali i u katastar.

Kako bi se spriječilo odugovlačenje postupka legalizacije koja je učestalo posljedica preopterećenosti nadležnih javnopravnih tijela, Zakon o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama pružio je mogućnost pružanja pravne pomoći javnopravnim tijelima. Tako ako se o zahtjevu za donošenje rješenja o izvedenom stanju ne odluči roka koji prema Zakonu o općem upravnom postupku iznosi 30, odnosno 60 dana od dana uredno podnesenog zahtjeva, nadležno ministarstvo kao drugostupanjsko tijelo može, u povodu žalbe podnositelja zahtjeva, rješenjem

Kantona Sarajevo i/ili Kantonalnog zavoda za zaštitu kulturno-historijskog i prirodnog naslijeđa Sarajevo, sve suglasno Zakonu i Odluci. Za područja za koja je odgovarajućim odlukama bio utvrđen 'režim zabrane građenja', nadležno tijelo je donijelo akt (zaključak) kojim je prekinuo postupak legalizacije, dok se ne donese odluka o usvajanju i provođenju predmetnog prostornog plana, na temelju kojeg će se postupak moći nastaviti.

- 40 U Francuskoj Zakon o urbanizmu propisuje koji su službenici i javnopravna tijela ovlašteni da službeno utvrde povredu propisa i o tomu sastave zapisnik. To su službenici pravosudne policije i rukovodeći, viši i inspektorski kadar, ali i državni službenici koje je u tu svrhu posebno imenovao i ovlastio ministar za urbanizam, gradonačelnik ili pak ministar za povijesne spomenike i lokalitete ako je riječ o povredi propisa o zaštićenim prirodnim, kulturno-povijesnim cjelinama (*secteurs sauvegardés*) i restauratorskim radovima na zgradama. Radi lakšeg utvrđivanja povrede propisa javnopravna tijela imaju pravo izvršiti pregled (*droit de visite*) gradilišta dok su radovi u tijeku. Za sve slučajeve propisane člancima L 160-1 i L 480-4 Zakona o urbanizmu, temeljem zakona javnopravna tijela imaju obvezu sastaviti zapisnik ako dobiju saznanja o povredi propisa. Ako odbiju to učiniti ili dođe do nemara ili kašnjenja, država će se smatrati odgovornom. U konačnici jedino sud može ocijeniti regularnost zapisnika kojim se utvrđuje povreda propisa. U prethodno navedenim primjerima, javnopravno tijelo koje je imalo obvezu izraditi zapisnik, također ga je dužno u jednom primjerku dostaviti Državnom odvjetništvu koje može pokrenuti kazneni progon. Budući da je nadležno za opće kaznene propise (*droit pénal commun*) Državno odvjetništvo ocjenjuje kada je oportuno pokrenuti kazneni progon. Ako smatra da kazneni progon nije potreban ili poželjan, represivni postupak će se moći pokrenuti samo privatnom građanskom tužbom (*constitution de partie civile*). Vidi: G. Roujou de Boubée, *Le droit pénal dela construction et de l'urbanisme*, Dalloz, Paris, 1972., str. 33.

odrediti da postupak provede i o zahtjevu odluči drugo stvarno nadležno upravno tijelo. U tom slučaju strankama pripada pravo na naknadu troškova javnog prijevoza, koje također snosi mjesno nadležno upravno tijelo.⁴¹

Novina koja je zasigurno izazvala najveće oduševljenje među strankama koje žele legalizirati svoje zgrade obveza je plaćanja komunalnog i vodnog doprinosa tek po izvršnosti rješenja o izvedenom stanju. U nekim slučajevima Zakon predviđa i potpuno oslobađanje od obveze plaćanja, što stranke dodatno motivira da se odluče na legalizaciju. Međutim, problem u svezi s obvezom plaćanja doprinosa nastaje kod načina obračuna iznosa kod suvlasničke zajednice. Naime, sukladno odredbi članka 22. stavka 3. Zakona, podnositelj zahtjeva, odnosno vlasnici zgrade plaćaju komunalni doprinos i vodni doprinos razmjerno suvlasničkom dijelu zgrade, odnosno veličini njihova posebnog dijela zgrade ili veličini funkcionalne jedinice koju koriste. To znači da, ako uzmemo u obzir svrhu Zakona, pitanje vlasništva i dokazanog pravnog interesa nije predmet Zakona i ne predstavlja zapreku legalizacije, a suglasnost svih suvlasnika pojedine zgrade pri legalizaciji nije potrebna, pa čak i ako se netko od navedenih protivi, ali nameće im se svima obveza plaćanja doprinosa, i to prema njihovim suvlasničkim dijelovima. Dakle, stvara se paradoksalna situacija u kojoj će stranka-suvlasnik koji se protivi postupku legalizacije biti dužna platiti najveći dio doprinosa za nekretninu koju želi ozakoniti, odnosno legalizirati, što u konačnici dovodi do mnogobrojnih žalbi i nezadovoljstva.

Osim plaćanja doprinosa, da bi se priča o ozakonjivanju bespravno izgrađenih zgrada mogla završiti, obvezno je platiti naknadu za zadržavanje nezakonito izgrađene zgrade u prostoru, koja je postojala i u ranijim propisima,⁴² no prema novoj Uredbi o naknadi za zadržavanje nezakonito izgrađene zgrade iznosi naknade su sniženi i njihov način obračuna znatno je pojednostavljen. Za razliku od doprinosa, naknada ili prvi obrok naknade mora se platiti prije izdavanja rješenja o izvedenom stanju.

41 Zakon o općem upravnom postupku (šutnja uprave).

42 Za razliku od komunalnog i vodnog doprinosa, naknada za zadržavanje nezakonito izgrađene zgrade u prostoru predstavlja svojevrsnu kaznu nelegalnim graditeljima. Prošlogodišnjom uredbom naknada se obračunavala pomoću desetak različitih parametara, a novom uredbom naknada se računa kao umnožak obujma zgrade, jedinične cijene (kn/m³), koeficijenta namjene (kn) i koeficijenta lokacije (Lk). Iako je postupak izračuna nešto jednostavniji, u pravilu je iznos kazne ostao podjednak, uz iznimku znatnijeg pojeftinjenja za poljoprivredne objekte i poskupljenja za zgrade u zaštićenom obalnom pojasu do 100 m izvan građevinskog područja. Koeficijent lokacije ovisi o položaju zgrade u prostoru, a koeficijent namjene o namjeni nezakonito izgrađene zgrade. Koeficijent lokacije najmanji je za zgrade unutar građevinskog područja i zgrade poljoprivredne namjene izvan građevinskog područja i zgrade poljoprivredne namjene izvan građevinskog područja te zgrade ostalih namjena izvan građevinskog područja. Koeficijent lokacije nešto je veći na područjima od posebne važnosti, pa tako koeficijent lokacije za izgradnju na području šuma i vodnog dobra iznosi 5, a za izgradnju u zaštićenom obalnom pojasu do 100 m izvan građevinskog područja, koeficijent iznosi 7. Koeficijent namjene najveći je za zgrade stambene i poslovne namjene, za zgrade industrijske namjene iznosi 0,5, a za zgrade poljoprivredne namjene 0,3.

Uvjeti za ozakonjenje, tj. za donošenje rješenja o izvedenom stanju više se ne propisuju za dvije kategorije nezakonito izgrađenih zgrada – za nezakonito izgrađene zgrade u skladu s prostornima planom i nezakonito izgrađene zgrade suprotno prostornom planu. U tom smislu u postupku donošenja rješenja o izvedenom stanju ne utvrđuje se više njezina usklađenost s posebnim propisima, pa potvrde javnopravnih tijela da zgrada nije protivna posebnim propisima više nisu uvjet za donošenje rješenja kao što je to bio slučaj prije izmjene Zakona za zgrade koje su u navedenom pogledu bile protivne prostornom planu. Rješenjem o izvedenom stanju objekt ili dio objekta koji se legalizira automatski dobiva status objekta za koji je izdan odgovarajući akt za građenje i uporabu (za završne objekte), što je konačni uvjet legalnosti.

Odredbama Zakona uvodi se razlikovanje postupaka izdavanja rješenja o izvedenom stanju s obzirom na veličinu i namjenu zgrade za koju se donosi rješenje. U tom smislu podijeljene su prema veličini i značaju u prostoru u četiri grupe: 1. zahtjevna zgrada – zgrada čija građevinska (bruto) površina veća od 400 m² i zgrada za obavljanje isključivo poljoprivrednih djelatnosti čija je građevinska (bruto) površina veća od 1000 m² (u daljnjem tekstu: zahtjevna zgrada), 2. manje zahtjevna zgrada - zgrada čija građevinska (bruto) površina nije veća od 400 m² i zgrada za obavljanje isključivo poljoprivrednih djelatnosti čija građevinska (bruto) površina nije veća od 1000 m², 3. jednostavna zgrada - zgrada čija građevinska (bruto) površina nije veća od 100 m², 4. pomoćna zgrada - pomoćna zgrada u funkciji osnovne zgrade, koja ima jednu etažu i čija tlocrtna površina nije veća od 50 m².⁴³

Za svaku od navedenih vrsta zgrada, Zakon propisuje obveznu dokumentaciju, no na vrlo nepregledan način koji stranci stvara nedoumice i dovodi je u sukob s

43 U cijeloj zemlji utvrđena je određena namjena zemljišta, tj. poljoprivredno, urbano, cestovno, vodno, itd. Ukoliko je vaša namjeravana gradnja i kasnije korištenje zemljišta u skladu s namjenom, lakše ćete dobiti različite dozvole nego ako se vaša namjera razlikuje od svrhe za koju je namijenjeno zemljište. Nezakonito izgrađene zgrade ne mogu se legalizirati ako su izgrađene: na zaštićenim područjima prirodne vrijednosti, osim zgrada tradicijske naseobine, na planiranim ili istraženim koridorima i površinama energetskih i vodnih građevina, na području zona sanitarne zaštite vode za piće u kojoj je prema posebnim propisima zabranjeno građenje zgrada tipa nezakonito izgrađene zgrade, na području namijenjenom eksplotacijskom polju mineralne sirovine, na način i od materijala kojima se ne osigurava dugotrajnost i sigurnost upotrebe. Dio nezakonito izgrađene zgrade može se legalizirati samo ako ispunjava dodatne uvjete: zgrade izgrađene na planiranim ili istražnim koridorima i površinama prometnih i komunikacijskih građevina, uz uvjet ishođenja suglasnosti mjerodavnoga javnopravnog tijela, zgrade izgrađene na površinama javne i društvene namjene unutar građevinskih područja izvan naselja gospodarske namjene, uz uvjet da su izgrađene u skladu s tom namjenom, zgrade izgrađene na postojećoj površini javne namjene, pomorskom dobru ili vodnom dobru, osim zgrade izgrađene na vodnom dobru, uz uvjet ishođenja Hrvatskih voda, zgrade izgrađene unutar arheološkog nalazišta ili zone, prostornih međa nepokretnog kulturnog dobra ili kulturno-povijesne cjeline koja je upisana u Registar kulturnih dobara RH, uz uvjet ishođenja suglasnosti mjerodavnoga javnopravnog tijela, zgrade izgrađene na međi s drugom građevinskom česticom planiranom za građenje zgrade koje na pročelju koje se nalazi na međi imaju otvor ili istak koji prelazi na drugu građevnu česticu, uz uvjete zatvaranja otvora i rušenje istaka.

nadležnim upravnim tijelima koja vode postupak legalizacije, budući da učestalo dolazi do zaključka da konkretna upravna tijela traže od stranaka priloge koji nisu prema samom Zakonu obvezna priložiti, no razvidno je da svi prilozi koje treba priložiti uz zahtjev nisu jasno i pregledno navedeni u Zakonu, ali njihova potreba prilaganja proizlazi iz nekih drugih njegovih članaka.

Tako niti u jednom od obveznih priloga zahtjevu za bilo koju vrstu zgrade ne navodi se obveza prilaganja uvjerenja o prebivalištu stranke do 21. lipnja 2011. Međutim iščitavajući dalje tekst Zakona dolazi se nedvojbeno do zaključka da je predmetno uvjerenje o prebivalištu ipak obvezatni prilog zahtjevu, s obzirom na to da članak 37. stavak 2. Zakona propisuje obvezne podatke evidencije o donesenim rješenjima o izvedenom stanju. U tom se smislu navodi da evidencija obvezatno sadržava podatke o podnositelju zahtjeva, odnosno investitoru zgrade, klasi, urudžbenom broju i datumu izdavanja rješenja, zgradi te naplati naknade.

Obvezni sadržaj izreke rješenja o izvedenom stanju kao i sastavni dio rješenja o izvedenom stanju ovisi o veličini i/ili namjeni zgrade za koju se donosi.

Izrijeka rješenja o izvedenom stanju za svaku zgradu obvezno sadržava: utvrđenje da se zgrada ozakonjuje, oznaku jedne ili više katastarskih čestica na kojima je zgrada izgrađena, podatke o stupnju dovršenosti zgrade (završena zgrada ili nedovršena zgrada), podatke o zgradi s obzirom na način smještaja na katastarskoj čestici, odnosno česticama i njezinoj zahtjevnosti, namjena za koju se zgrada koristi, vanjsku veličinu zgrade, broj i vrstu etaža, broj i vrstu funkcionalnih jedinica i oblik krova.

Izrijeka rješenja o izvedenom stanju za zahtjevnu zgradu, osim navedenog obvezno sadržava i oznaku geodetskog situacijskog nacrtu stvarnog stanja, odnosno oznake kopije katastarskog plana, oznaku arhitektonske snimke te oznake izjava ovlaštenog arhitekta i/ili ovlaštenih inženjera odgovarajuće struke da zgrada ispunjava bitne zahtjeve za građevinu u slučajevima u kojima je to propisano Zakonom, ako se radi o dovršenoj zgradi, odnosno njezinom dijelu. Izrijeka rješenja o izvedenom stanju za manje zahtjevnu zgradu, osim navedenog, obvezno sadržava i oznaku geodetskog situacijskog nacrtu stvarnog stanja, odnosno kopije katastarskog plana te oznaku snimke izvedenog stanja. Izrijeka rješenja o izvedenom stanju za jednostavnu zgradu, osim navedenog, obvezno sadržava i oznaku snimke izvedenog stanja. Oznaka, pak, arhitektonske snimke zgrade, snimke izvedenog stanja, izjava ovlaštenog arhitekta i/ili ovlaštenog inženjera i geodetskog situacijskog nacrtu stvarnog stanja sadržava ime i prezime ovlaštenog arhitekta, odnosno ovlaštenog inženjera, broj, odnosno drugu evidencijsku oznaku i datum izrade, odnosno davanja.

Sastavni dio rješenja o izvedenom stanju za zahtjevnu zgradu je geodetski situacijskih nacrt stvarnog stanja, odnosno kopija katastarskog plana i arhitektonske snimke zgrade. Za manje zahtjevnu zgradu to je geodetski situacijski nacrt stvarno stanja, odnosno kopija katastarskog plana i snimka izvedenog stanja. Za jednostavnu zgradu to je snimka izvedenog stanja, a za pomoćnu zgradu kopija katastarskog plana na kojoj je prikazana situacija ozakonjene zgrade. Na svakom

sastavnom dijelu rješenja mora biti navedeno da je sastavni dio određenog rješenja i to mora biti ovjereno potpisom službenika i pečatom nadležnog upravnog tijela.

U postupku ozakonjenja donosi se rješenje o izvedenom stanju u slučaju ispunjavanja uvjeta određenih Zakonom. Rješenje o odbijanju donosi se ako se u postupku utvrdi da podnositelj zahtjeva ne udovoljava propisanim uvjetima te rješenje o odbacivanju zahtjeva za donošenje tog rješenja, ako se utvrdi da zahtjev nije pravovremen.

Navedena izvršna rješenja, osim strankama, dostavljaju se i građevinskoj inspekciji, a o žalbama izjavljenim protiv tih akata odlučuje središnje tijelo državne uprave nadležno za prostorno uređenje i gradnju, odnosno Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja. Ako nadležno upravno tijelo ne odluči o zahtjevu za donošenje rješenja o izvedenom stanju u propisanom roku, središnje tijelo državne uprave nadležno za poslove graditeljstva i prostornog uređenja može povodom žalbe podnositelja zahtjeva rješenjem odrediti da postupak provede i o zahtjevu odluči drugo stvarno nadležno upravno tijelo o trošku jedinice područne (regionalne), odnosno lokalne samouprave na čijem se području nalazi nezakonito izgrađena zgrada. Tim rješenjem ujedno se odlučuje i o iznosu naknade koju je jedinica područne (regionalne), odnosno lokalne samouprave na čijem se području nalazi nezakonito izgrađena zgrada dužna platiti jedinici područne (regionalne), odnosno lokalne samouprave čije upravno tijelo odlučuje o zahtjevu, te rok za plaćanje iste, a pri čemu visinu iznosa naknade Vlada Republike Hrvatske propisuje uredbom. Također, tim se odredbama uređuje i pitanje naknade troškova strankama i njihovim punomoćnicima koje imaju uslijed promjene nadležnosti.

3.5. Stranka u postupku ozakonjenja

Postupak se pokreće na zahtjev stranke, te slijedom toga strankom u postupku ozakonjenja smatra se podnositelj zahtjeva za donošenje rješenja o izvedenom stanju, vlasnik i nositelj drugih stvarnih prava na čestici zemljišta na kojoj se nalazi nezakonito izgrađena zgrada i jedinica lokalne samouprave na čijem se području nalazi nezakonito izgrađena zgrada. Pri tomu i nadalje nisu propisana nikakva ograničenja niti uvjeti u pogledu osobe koja može podnijeti zahtjev za donošenje predmetnog rješenja pa se može zaključiti da s tim u vezi nema nikakva ograničenja i da njega može podnijeti svaka zainteresirana osoba. Razvidno je da podnositelj zahtjeva ne mora biti i vlasnik čestice na kojoj se nalazi nezakonito izgrađena zgrada, budući da taj Zakon ne utječe na pitanje vlasništva među strankama. Naime, rješenje o izvedenom stanju nema pravni učinak na vlasništvo i druga stvarna prava na zgradi za koju je doneseno i zemljište na kojemu je ta zgrada izgrađena.⁴⁴ Legalizacijom objekta ne rješavaju se imovinsko-pravni odnosi već samo legalnost

⁴⁴ Druga kaznena djela opet imaju obilježja sukcesivnosti, što znači da traju dok se ne ispune zakonske obveze iz urbanističkih propisa i da tek tada počinje teći rok zastare. To vrijedi za prodaju ili najam parceliziranog zemljišta bez dozvole. U tom slučaju, ako se kršenje nastavi nakon što je donesena prva osuđujuća presuda, moguće je pokrenuti novi postupak.

objekta (kao da je rađen po dozvoli).⁴⁵

Teoretski, postupak može pokrenuti bilo tko od vlasnika, gdje se obuhvaća cijela zgrada, tj. svi dijelovi te zgrade. Svakako je poželjno, a i potrebno da svi vlasnici sudjeluju u postupku, jer bi u protivnom legalizacija bila teško provediva i zbog same izmjere, dolazak u sve prostorije i zbog referenta, koji mora imati pristup svim dijelovima pri očevidu, a na koncu i možda najvažnije kako bi se pravedno raspodijelili troškovi među vlasnicima.⁴⁶

Prije donošenja rješenja nadležno upravno tijelo dužno je stranki pružiti mogućnost uvida u spis predmeta radi izjašnjenja. Stranka u postupku se poziva za uvid u spis radi izjašnjenja dostavljenom na oglasnoj ploči nadležnog upravnog tijela na čijem se području nalazi zgrada za koju je zatraženo donošenje rješenja o izvedenom stanju. Strankama koje se nisu odazvale pozivu za uvid u spis predmeta radi izjašnjenja, rješenje o izvedenom stanju dostavlja se javnom objavom na oglasnoj ploči nadležnog upravnog tijela na čijem se području nalazi zgrada za koju je doneseno rješenje.⁴⁷ Treba napomenuti: Rješenje o izvedenom stanju ne

45 U Srbiji je najviše problema u dosadašnjoj legalizaciji bilo zbog neriješenih vlasničkih odnosa. Sad će to biti riješeno tako da će vlasnik objekta biti upisan i kao vlasnik zemljišta, s tim da će oštećeni, ako ih ima, moći na sudu ostvariti pravo na naknadu štete. Uz zahtjev za donošenje rješenja o naknadnom odobrenju za građenje prilaže se: 1. kopija pravomoćnog rješenja o naknadnoj urbanističkoj suglasnosti; 2. izvod iz katastra za pripadajuću građevinsku parcelu; 3. dokaz o reguliranim troškovima utvrđenim izdanim rješenjem o naknadnoj urbanističkoj suglasnosti; 4. dokaz o pravu vlasništva ili pravu korištenja zemljišta radi građenja, odnosno pravu građenja; 5. projekt izvedenog stanja izrađen na razini Glavnog projekta, uključujući i radove koje treba izvesti, 6. izvještaj o geomehničkom i inženjersko-geološkim karakteristikama tla, ako je tako propisano u rješenju o urbanističkoj suglasnosti; 7. suglasnosti pribavljene na projektnu dokumentaciju. Zahtjev za donošenje naknadnog odobrenja za građenje odbit će se i ako podnositelj zahtjeva za legalizaciju radova za koje postoje uvjeti za legalizaciju, ne dostavi dokaz da su plaćene propisane naknade. Sljedeći korak u postupku legalizacije građevine je: rješavanje imovinsko-pravnih odnosa na zemljištu na kojem su izvođeni bespravni građevinski radovi.

46 U francuskom kaznenom pravu u području urbanizma široko se definira krug osoba protiv kojih se može pokrenuti kazneni postupak. Ključna odredba primjenjiva na većinu kaznenih djela predviđa postojanje kaznenopravne odgovornosti: korisnika zemljišta, arhitekata, građevinskih poduzetnika i ostalih zaduženih za izvođenje spomenutih radova. "Dakle, ponajprije se može pokrenuti pitanje pravne odgovornosti naručitelja radova. To se može odnositi i na vlasnike građevine protiv kojega je moguće pokrenuti postupak zbog radova koje je izveo najmoprimac uz njegovu suglasnost. No, može se odnositi i na najmoprimca, na primjer ako se koristio građevinom koju je bespravno izgradio njegov prethodnik. Donošenjem zakona od 2. srpnja 2003., kojim se priznaje odgovornost pravnih osoba za kaznena djela iz područja urbanizma, omogućeno je pokretanje postupka protiv trgovačkih društava. Nadalje, može se pokrenuti postupak protiv onih koji su upravljali radovima i izvodili ih. To se odnosi jednako tako na upravitelja zgrade (*syndic de copropriete*) u odnosu na protuzakonite radove izvršene temeljem odluke suvlasnika zgrade kao i na projektanta (*maître d'oeuvre*) ili građevinskog poduzetnika. Vidi: H. Périnet-Marquet, *Linefficacité des sanctions du droit de l'urbanisme*, LGDJ, Paris, 1991., str. 254.

47 Ovim se odredbama uređuje i dostava rješenja o izvedenom stanju strankama koje se nisu odazvale pozivu za uvid u spis predmeta radi izjašnjenja koje se obavlja javnom objavom na oglasnoj ploči nadležnog upravnog tijela na čijem se području nalazi zgrada za koju je doneseno rješenje.

može se donijeti za nezakonito izgrađenu zgradu u vezi s kojom je u tijeku sudski spor pokrenut prije podnošenja zahtjeva za donošenje tog rješenja povodom tužbe za zaštitu vlasništva ili drugog stvarnog prava u vezi s tom zgradom ili zemljištem na kojemu je izgrađeno, ako to stranka istakne i dokaže prije donošenja rješenja. Postupak donošenja rješenja o izvedenom stanju za zgradu prekida se do okončanja sudskog spora. Stranka koje se nije odazvala pozivu za uvid u spis predmeta radi izjašnjenja ne može zbog toga tražiti obnovu postupka. U razmatranju navedenih odredbi bitno je ukazati na odluku Ustavnog suda od 11. listopada 2000. godine⁴⁸ o tomu da zahtjevi pravne sigurnosti i vladavine prava iz članka 3. Ustava, traže da pravna norma bude dostupna adresatima i za njih predvidljiva, tj. takva da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obveze kako bi se prema njima mogli ponašati. To je stajalište utemeljio na stavu Europskog suda za zaštitu ljudskih prava.⁴⁹ Za pojam pravičnog postupka, ključno je da stranke mogu učinkovito i djelotvorno raspravljati i da su u odnosu na protivnu stranu u stanju na jednak način braniti svoja prava i interese.⁵⁰ Takvo zakonsko rješenje narušava pravnu sigurnost građana, onemogućuje pronalaženje i utvrđivanje materijalne istine. Riječ je o manjkavosti pravne norme koja može dovesti do ustavnopravno neprihvatljivih učinaka. Posebno ako je logično za pretpostaviti da postoji realna mogućnost da vlasnici predmetnih čestica mogu i slučajno (ne) saznati da se na njihovim česticama vodi postupak ozakonjivanja. Ako ne saznaju tijekom postupka, onda će im nakon izvršnosti rješenja o izvedenom stanju biti dostavljen račun za plaćanje doprinosa, sukladno vlasničkom udjelu.

Stoga se mora primjetiti da je u postupku ozakonjenja utjecaj treće zainteresirane osobe osjetno smanjen. Naime osoba je, prije izmjene Zakona za zgrade koja je u navedenom pogledu protivna prostornom planu mogla ne davanjem svoje suglasnosti onemogućiti donošenje rješenja ako je u vezi s nezakonito izgrađenom zgradom podnijela prijavu građevinskoj inspekciji ili je sudu podnijela tužbu u svrhu zaštite svojega vlasništva ili drugih stvarnih prava do 21. lipnja 2011.

Spomenuto, sporno pitanje nakon izmjene Zakona uređeno je tako da se rješenje o izvedenom stanju ne može donijeti za zgradu u vezi s kojom je u tijeku sudski spor pokrenut prije podnošenja zahtjeva za donošenje tog rješenja povodom tužbe stranke za zaštitu njenog vlasništva ili drugog stvarnog prava u vezi s tom zgradom ili zemljištem na kojemu je izgrađena, ako to stranka istakne i dokaže prije

48 U-I-659/1994 i dr., Narodne novine, broj 107/00.

49 „...Europski sud (je) odredio da zbog načela pravne izvjesnosti „moraju biti zadovoljena dva zahtjeva koja proizlaze iz izraza „propisana zakonom“. Prvo, zakon mora biti svima dostupan na odgovarajući način: građaninu mora biti omogućeno saznanje o tome što je pravno pravilo koje će u danim okolnostima primijeniti na dotični slučaj. Drugo, norma se može smatrati „zakonom“ sve dok nije formulirana dovoljno precizno da građaninu omogući da prema njoj uskladi svoje ponašanje: njemu se mora omogućiti – po potrebi, uz odgovarajući savjet – da predvidi, do stupnja koji je razuman u danim okolnostima, posljedice koje njegovo ponašanje može uzrokovati“. Presuda, 26. travnja 1979., zahtjev br. 6538/74, & 49.)

50 Presuda u predmetu *De Haes i Gijssels protiv Belgije* od 24. veljače 1997., zahtjev br. 19983/92, & 53.

donošenja rješenja. U tom se slučaju zahtjev za donošenje rješenja ne odbija, nego se postupak njegova donošenja prekida do okončanja sudskog spora, s tim što se u takvom slučaju rješenje, unatoč sporu, može donijeti ako tužitelj da pisanu izjavu da se ne protivi njegovu donošenju. Povodom upita o mogućnosti izdavanja rješenja o izvedenom stanju, ozakonjenje nezakonite rekonstrukcije stanova izvedene unutar postojećih gabarita stanova koji se nalaze u zgradi izgrađenoj prije 15. veljače 1968., ako jedan od suvlasnika zgrade ne želi dati suglasnost za ozakonjenje te je isti podnio prijavu građevinskoj inspekciji u vezi s predmetnom rekonstrukcijom, prema Zakonu o postupanju s nezakonito sagrađenim zgradama, suglasnost svih suvlasnika zgrade, pa i onog koji je podnio prijavu građevinskoj inspekciji u vezi s nezakonitom rekonstrukcijom, nije uvjet za izdavanje rješenja o izvedenom stanju.

U nedostatku jasno definiranog pojma stranke neosporno je da adresati pravne norme ne mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obveze te predvidjeti posljedice svojeg ponašanja ako pravna norma nije dovoljno određena i precizna.⁵¹ Zahtjev za određenošću i preciznošću pravne norme predstavlja „jedan od temeljnih elemenata načela vladavine prava“⁵² i ključan je za nastanak i održanje legitimiteta pravnog poretka. Zahtjev za određenošću i preciznošću pravne norme nije samo semantički zahtjev koji traži da se odnos između njezina adresanata i adresata odvija uz što manje komunikacijske neodređenosti. Ti su zahtjevi temeljna mjerila za normativnu regulaciju svih slučajeva u kojima odgovor na pitanje iznalaženja i tumačenja mjerodavnog prava ne bi bio jednoznačan. Zahtjev za određenošću i preciznošću pravne norme znači da građani moraju moći iz njezina izričaja stvarno i konkretno znati svoja prava i obveze kako bi im mogli prilagoditi svoje ponašanje.

4. ZAKLJUČAK

Gradnja kao važna gospodarska djelatnost ima ključnu ulogu u gospodarstvu. Budući razvoj ove „djelatnosti“ ovisit će u prvom redu o prilagodbi novonastalim uvjetima i na globalnom i regionalnom i na lokalnom tržištu, ali i dogradnji zakonske regulative koja bi trebala osigurati njezin nesmetan rast i razvoj te je ujedno približiti razini razvijenosti u drugim razvijenim zemljama.

51 Prema nacrtu prijedloga Zakona o porezu na nekretnine, sve nekretnine upisat će se u Fiskalni katastar koji će voditi Porezna uprava, ali predlagatelj zakona zahtijeva od Državne geodetske uprave i jedinice lokalne samouprave da do kraja 2013. godine Poreznoj upravi dostave sve podatke o nekretninama na svom području, s podatkom o OIB-u korisniku, tipu nekretnine, površini, namjeni, pripadnosti katastarskoj općini, čestici i kućnom broju. Poreznim obveznikom postaje stvarni korisnik nekretnine kojim se može smatrati: vlasnik, stanar, posjednik. Ako se iz svih okolnosti ne može utvrditi porezni obveznik, poreznim obveznikom proglašava se nekretnina, koja se zadužuje porezom. Osoba koja se prema odredbama Zakona smatra poreznim obveznikom, obvezu plaćanja poreza na nekretnine ne može koristiti kao dokaz u postupku dokazivanja prava vlasništva na nekretnini. Žalba na rješenje o utvrđivanju poreza ne odgađa izvršenje rješenja.

52 Presuda Europskog suda za zaštitu ljudskih prava u predmetu *Beian protiv Rumunjske*, 6. prosinca 2007., zahtjev br. 30658/05, & 39.

Republika Hrvatska pokušava zaključiti pitanje legalizacije prije pridruživanja Europskoj uniji u srpnju 2013. godine, te je tako nakon brojnih pokušaja nedavno usvojila Zakon o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama.

U tom smislu, ostaje ispitati je li zakonska odredba doista nužna u svjetlu demokratskog razvitka hrvatskoga društva, te postoji li opravdanje za nejednako postupanje prema sudionicima legalizacije bespravno sagrađenih objekata? U predmetnom ispitivanju nije naša zadaća nadomjestiti svojim stajalištem ono mjerodavnih državnih tijela, već procijeniti i ocijeniti odluke koje su ona donijela u obavljanju svoje procjene. To znači da se moramo ograničiti na utvrđivanje je li Republika Hrvatska svoju procjenu izvršila razumno, pažljivo i u dobroj vjeri. Zakon o postupanju s nezakonito sagrađenim objektima sagledati u svjetlu slučaja kao cjeline i utvrditi je li ono bilo „razmjerno legitimnom cilju koji se želio postići“ te jesu li razlozi koje je državna vlast pružila radi njegova opravdanja „relevantni i dostatni“.

S jedne strane izmjene i dopune Zakona o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, ostavljaju dojam opće legalizacije, dok s druge, s aspekta ustavne jednakosti nije dobra poruka da investitor koji sada podnosi zahtjev za legalizaciju ima drukčiji tretman od onoga koji je u isto vrijeme gradio legalno. To navodi na zaključak da u konkretnom slučaju, nije postignuta pravična ravnoteža između interesa pojedinaca. Potiče se i dopušta diskriminacija građana koji grade po zakonu. Zakonodavac dopušta diskriminaciju građana koji grade u skladu sa zakonom u odnosu na građane koji su gradili protivno zakonu. Posebno je pitanje s legalizacijom objekata izgrađenih izvan građevinskog područja. Stajališta smo da nema legalizacije na tim područjima bez urbanizacije. Ističe se kako treba naglasiti da je bespravna gradnja kazneno djelo te bi je trebalo sankcionirati. Čini se da su oni koji su bespravno gradili profitirali i prošli jefnije. Zbog toga, prema svima koji su bespravno gradili pravila bi trebala biti stroža.

Pravo na legalizaciju zahtijeva uravnoteživanje načina i prirode legalizacije, s jedne strane, i razloge koji govore u prilog provedbe predmetnog Zakona, s druge. Isto tako ovisi o legitimnom cilju koji opravdava spomenute odredbe i uvijek pretpostavlja zahtjev da se najbližim sredstvima za postizanje tog cilja (sveopće legalizacije) mora dati prednost pred svim drugima.

Država je dužna organizirati svoj pravni sustav nadzora nad pravilnom i urednom provedbom zakona i drugih propisa na način koji će svakom jamčiti i osigurati djelotvorno ostvarenje priznatih mu prava, ali i jamčiti i osigurati djelotvornu zaštitu protiv bilo koga tko ne poštuje njegova zakonska i drugim propisima, odnosno ugovorima priznata prava.

Nakon razmatranja sadržaja i svrhe zakonskih odredbi koje su predmet Zakona o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, autor je zaključio da je više riječ o tzv. refleksnom djelovanju objektivnih pravnih normi Zakona o postupanju s nezakonito izgrađenim zgradama, negoli o propisu kojim se na pravedan način uređuje bespravna gradnja.

Istina, nikada niti jedna odluka ne može u potpunosti zadovoljiti baš sve i svakoga, uvijek ima i bit će osporavanja i sučeljavanja „za“ i „protiv“. Međutim,

ako je to napravila Slovenija i Italija pa na kraju krajeva i SFRJ još 1968. godine, nema razloga da to ne napravi i Hrvatska. Kakvu i koliku kaznu naplatiti, stvar je rasprave, ali to je sigurno bolje rješenje nego ovako besmisleno stanje.

Primjerice, u zemljama kao što su Sjedinjene Američke Države ili Kanada, ako kojim čudom postoji nelegalni objekt kod kojeg država nije reagirala dulje od četiri godine, dakle pokrenula postupak, on se smatra automatski legalnim. To je neka vrsta „kazne“ samoju upravi za neučinkovitost.

Dakle, slažemo se s mišljenjem, da ako su državni organi dopuštali desetljećima život i rad u takvim objektima, omogućavali priključke na komunalije i infrastrukturu, sad je neprimjereno rušiti takve objekte. Izuzetak su, logično, zgrade koje su predmetnim Zakonom izuzete od legalizacije. Naravno da legalizaciju bespravnih objekata treba podržati kao jedino moguće rješenje u zemlji gdje se taj problem taloži preko 40 godina. No isto tako, pri toj legalizaciji treba naplatiti sve pristojbe i primjerenu kaznu.

Hrvatska na žalost nije ni Švicarska ni Njemačka, nego zemlja na putu prema nekoj kakvoj takvoj uređenosti i s velikim teretom naslijeđa iz Jugoslavije. Na tom putu prema uređenosti dakle treba uzeti u obzir masu čimbenika, od stvarnih okolnosti do socijalne osjetljivosti. Kruti, neosjetljivi i isključivi stavovi mogu se primijeniti samo u krutoj i isključivoj državi, a Hrvatska to ipak nije.

U svakom slučaju za enormni broj nelegalnih objekata uz graditelje apsolutno i država snosi odgovornost jer je to i samim pasivnim ponašanjem i nereagiranjem dopuštala. Naime, svaki nelegalni objekt je bez ikakvih posebnih problema desetljećima priključivan na svu infrastrukturu (struja, plin, voda, kanalizacija itd.). Državni organi su tim objektima dodijelili kućne brojeve, izdali stanarima osobne iskaznice i druge dokumente, za sve te objekte uredno ispostavljali i naplaćivali komunalna i vodna naknade, poreze, prireze itd. Najveća većina tih objekata je i ucertana u katastarske planove, a dobar dio je i upisan u zemljišne knjige, pa čak i više puta preprodavan. Dakle, većina tih objekata praktično je legalizirana, osim na formalan način da se naplate kazne i davanja. Znači, to treba napraviti.

Od Zakona očekujemo konačno podvlačenje crte i sređivanje stanja u prostoru. On ima gospodarske i socijalne učinke jer se nezakonite građevine najvećim dijelom koriste, iako nisu uključene u pravni sustav Republike Hrvatske. Nadalje očekujemo: utvrđivanje razloga bespravne gradnje, rješavanje istih, otklanjanje uzroka, nužno sprječavanje nove bespravne gradnje, sankcioniranje posljedica ozakonjenja bespravno izgrađenih zgrada i za ubuduće utvrditi jasne i krute sankcije bespravne gradnje.

Postupkom legalizacije stanje vlasništva parcele i dalje ostaje neriješeno, tako da cilj ove legalizacije nije da se konačno uredi od institucija zapušteno gruntovno stanje jer u legalizaciju se može ići i s nesređenim imovinskim stanjem parcele na kojoj se nalazi izgrađeni objekt.

Summary

THE LEGALIZATION OF ILLEGALLY CONSTRUCTED BUILDINGS

This paper investigates issues of spatial planning, construction and procedures for illegally constructed buildings. It focuses on the legal framework of the Act on Procedures regarding Illegally Constructed Buildings, while taking into account the legal consequences of legalization, as well as the failure to legalize buildings. Existing uncertainties and ambiguities of the regulations in question are also dealt with.

Key words: construction rights, legalization of illegally constructed buildings, decision on the state of construction.

Zusammenfassung

LEGALISIERUNG VON ILLEGAL ERRICHTETEN GEBÄUDEN

In dieser Arbeit wird die Raumordnung, der Bau und die Behandlung illegal errichteter Gebäude betrachtet. In der Arbeit wird auf das Gesetz über Behandlung illegal errichteter Gebäude, Rechtsfolgen der Legalisierung und Unterlassung der Legalisierung vom Gebäude hingewiesen. Es wird gleichzeitig auf bestimmte Zweifel und Ungenauigkeiten der Vorschrift hingewiesen.

Schlüsselwörter: Baurecht, Legalisierung illegal errichteter Gebäude, Beschluss über den ausgeführten Zustand.

Riassunto

SANATORIA DEGLI EDIFICI COSTRUITI ABUSIVAMENTE

Oggetto di analisi nel presente contributo è la pianificazione territoriale, la costruzione e la procedura con riguardo agli edifici costruiti abusivamente. Nel lavoro si analizza la Legge sulla procedura relativa agli edifici costruiti abusivamente, le conseguenze giuridiche e la mancata attivazione per la sanatoria. Nel contributo si rilevano altresì alcuni aspetti controversi e alcune lacune della legislazione.

Parole chiave: diritto ad edificare, sanatoria degli edifici costruiti abusivamente, provvedimento relativo allo stato dell'opera.

JEDINSTVENI UGOVOR O RADU

Dr. sc. Sandra Laleta, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 349.22:331.106
Ur.: 8. ožujka 2013.
Pr: 19. ožujka 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se analizira teorijski model jedinstvenog ugovora o radu, nastao kao odgovor ekonomista iz nekoliko mediteranskih europskih zemalja na problem nezaposlenosti i segmentiranog tržišta rada. Svrha je ugovora ukloniti razlike koje postoje između ugovora o radu na neodređeno i određeno vrijeme te potaknuti zapošljavanje radnika na trajnijoj osnovi. Njegova su temeljna obilježja stupnjevita zaštita radnika, koja raste s godinama staža radnika kod poslodavca, dodatne financijske obveze poslodavca te značajno ublažavanje zakonskih obveza poslodavca vezanih uz prestanak ugovora o radu. U radu se ukazuje na nedostatke predloženog modela te analiziraju novi oblici ugovora o radu u usporednom pravu, kojima je ovaj model bio uzor.

Ključne riječi: *jedinstveni ugovor o radu, opravdani razlog za otkaz, reforme radnog zakonodavstva.*

1. NOVI OBLICI UGOVORA O RADU

Svijet rada obilježavaju stalne promjene kojima se sudionici na tržištu rada moraju kontinuirano prilagođavati. Prema mišljenju J. Somavie, nekadašnjeg generalnog direktora Međunarodne organizacije rada (MOR), pitanje koje valja postaviti nije koliko još strukturalnih reformi i nesigurnosti ljudi mogu podnijeti, nego kako stvoriti pravična i prilagodljiva gospodarstva u kojima je rad dostojan čovjeka u srcu ekonomske, socijalne politike i politike okoliša. To je jedan od najvećih demokratskih zahtjeva na svjetskoj razini.¹ Upravo bi sudionici na tržištu rada morali težiti postupcima koji povećavaju mogućnost rada dostojnog čovjeka.

Iako najveći broj radnika u razvijenim, industrijskim zemljama još uvijek radi u okviru stabilnog, tradicionalnog radnog odnosa, najčešće na neodređeno vrijeme,²

1 Somavia, Juan, Preface, u: *Changing Patterns in the World of Work*, Report of the Director-General, Geneva, International Labour Office, 2006., str. Vii.

2 Za poslodavca ovakav radni odnos ima niz prednosti: radnik je uvijek dostupan poslodavcu, stečena znanja, vještine i sposobnosti radnika ne gube se, a zadatci se po potrebi mogu

u zadnjem desetljeću sve veće značenje dobivaju različiti nestandardni (atipični) oblici zapošljavanja. Oni su posljedica težnje poslodavaca za fleksibilnošću. Porast se posebice odnosi na oblike privremenog rada, među kojima važno mjesto ima ugovor o radu na određeno vrijeme.

Privremenost ugovornog odnosa omogućava poslodavcu da prilagodi trajanje radnog odnosa i u vezi s time broj svoga osoblja promjenjivim (neodređenim i neizvjesnim) poslovnim potrebama. Jednim dijelom možemo se složiti s francuskim teoretičarom radnoga prava *P. Lokiecom*, koji ističe kako bi za najveći broj poslodavaca idealni radni odnos bio onaj zaključen radi izvršavanja određenog zadatka radnika i koji bi automatski prestao kada bi taj zadatak bio izvršen. Iako radno pravo nije sklono uvesti ovu vrstu ugovornog odnosa u svoj opseg jer se posloprimca, u pravilu, ne zapošljava da bi ispunio točno određen i poseban zadatak, već da bi poslodavcu bio na raspolaganju za obavljanje određene vrste posla, radnopravne norme ipak su se sve više prilagođavale kako bi obuhvatile i ove vrste radnog odnosa, prije svega kroz institut ugovora o radu na određeno vrijeme.³

Ugovor na određeno vrijeme, za razliku od onog na neodređeno, prestaje istekom roka, automatski te zato nije potreban poseban akt o njegovu prestanku.⁴ Zbog toga se na njega, u pravilu, ne primjenjuju norme radnoga prava koje uređuju otkaz. Poslodavci zato rado sklapaju ovu vrstu ugovora jer njime ostvaruju radni odnos na koji se, kao i kod sporazumnog prestanka radnog odnosa, neće primjenjivati pravila o zaštiti radnika od otkaza. **Položaj radnika** obilježen je **nesigurnošću** u odnosu na poslodavce (nesigurnost radnog odnosa i uvjeta rada), ali i na tržište rada jer postoji velik rizik da će nakon prestanka ugovora biti nezaposleni.⁵

Ipak, radni odnos na određeno vrijeme nije ostao izvan dosega primjene **načela sigurnosti radnog odnosa**.⁶ To dokazuje i **razvoj instituta** ugovora o radu na

prilagođavati. Za radnika on znači veću sigurnost zarade, nego što je to, primjerice, kod samozaposlenosti. Podatci pokazuju da stabilnost radnog odnosa utječe pozitivno na razinu proizvodnje, ulaganje u ljudski kapital i motivaciju radnika. Auer, P., Berg, J., Coulibaly, I., *Is a stable workforce good for the economy? Insights into the tenure-productivity-employment relationship*, Geneva, ILO, 2004. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/documents/publication/wcms_114301.pdf>, 2.2.2013. Zemlje u razvoju suočavaju se, nasuprot tomu, s problemom neformalnih i nesigurnih radnih odnosa kao pretežnim oblikom rada. *Changing Patterns in the World of Work*, op. cit., str. 34.

3 Lokiec, Pascal, *Fixed-Terms Contracts in France*, u: *Labour Policy on Fixed-term Employment Contracts*, 2010 JILPT Comparative Labour Law Seminar, JILPT Report No. 9, The Japan Institute for Labour Policy and Training, str. 43. <<http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.9.pdf>>, 23.1.2013.

4 Backhaus, Ludger, §§ 1-3, 14-23 TzBfG, u: *Kündigungsgesetz* (Hrsg. Ascheid/Preis/Schmidt), München, Beck, 2007., str. 1873 (Rn. 1).

5 Lokiec, P., op. cit., str. 43.

6 Pojam 'sigurnost radnog odnosa' (*employment security*) novijeg je datuma. Može se definirati kao postojanje određenog oblika normativne intervencije (postojanje izričitih i prešutnih pravila i propisa) radi zaštite radnika od arbitrarne odluke poslodavca da otkáže radniku ugovor o radu. Deakin, Simon, Morris, Gillian S., *Labour Law*, 5th ed., Oxford, Portland, Hart Publishing, 2009., str. 353.

određeno vrijeme u nacionalnim zakonodavstvima. Pravnom regulativom nastojalo se odgovoriti na sve češću praksu poslodavaca da, umjesto ugovora na neodređeno, sklapaju ugovore o radu na određeno vrijeme. Tako su **njemački sudovi** već 20-ih godina prošlog stoljeća zabranjivali uzastopne, lančane ugovore o radu na određeno vrijeme, kojima su poslodavci zaobilazili primjenu zakonskih odredbi o otkazu ugovora sklopljenih na neodređeno vrijeme. U početku je bilo potrebno dokazati postojanje namjere zaobilaženja, što nije bilo jednostavno s obzirom na to da je riječ o unutarnjoj činjenici. To je potaknulo Savezni radni sud (BAG)⁷ da prihvati stajalište kako već samo sklapanje ugovora na određeno vrijeme u sebi sadrži objektivnu namjeru zaobilaženja primjene zaštitnih pravila o otkazu.⁸

Potaknuto razvojem judikature, 80-ih godina prošlog stoljeća nekoliko europskih zemalja prihvatilo je **pravila** koja uređuju zlorabu ugovora na određeno vrijeme te zabranu diskriminacije radnika zaposlenih na određeno vrijeme u odnosu na radnike zaposlene na neodređeno vrijeme.⁹ Okvir današnjeg uređenja instituta ugovora o radu na određeno vrijeme za države članice Europske unije predstavlja **Direktiva br. 1999/70/EZ o radu na određeno vrijeme**.¹⁰ Važna ograničenja sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme čini ovaj privremeni oblik rada u nekim aspektima **rigidnijim** od standardnih oblika rada.¹¹ Naime, Direktivom se od država članica EU-a traži da, uzimajući u obzir zahtjeve pojedinih grana i/ili kategorija radnika, provedu jednu od više mjera: utvrde postojanje objektivnih razloga koji opravdavaju ponovno sklapanje takvih ugovora (ili odnosa), utvrde najdulje dopušteno trajanje uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme i ograniče broj uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme.¹² Svrha je

7 *Bundesarbeitsgericht*.

8 Pojam, tzv. objektivnog zaobilaženja prava (*objektive Gesetzesumgehung*), koje postoji kada se svrha prisilne pravne norme onemogućava na taj način da se zlorabotrebjava druga mogućnost. Veliki Senat Saveznog radnog suda protumačio je objektivni razlog kao „razuman stvarno opravdani razlog“. Pojedinačni ugovor na određeno vrijeme nevaljan je ako su se njegovim sklapanjem zaobišle prisilne norme o zaštiti od otkaza i ako za vremensko ograničenje ugovora nije postojao objektivni razlog. BAG GS, v. 12.10.1960 AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag. Gamillscheg, Katharina, *Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Bestandsschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001., str. 227; Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 1892 (Rn. 3). U njemačkoj radnopravnoj teoriji dopuštenost vremenskog ograničenja ugovora o radu izvodi se iz načela pravičnosti, utemeljenom na načelu slobode zanimanja (čl. 12 GG-a) ili teleološkog tumačenja odredbe o ugovoru na određeno vrijeme. Gamillscheg, K., op. cit., str. 228.

9 Francuska, *Code du travail* (1979.); Švedska, *Employment Protection Act* (1974.).

10 Direktiva Vijeća 1999/70/EZ od 26. lipnja 1999. o okvirnom sporazumu o radu na određeno vrijeme koji su sklopili ETUC, UNICE i CEEP (*Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP*, OJ L 175, 10.07.1999, p. 43 – 48.), utemeljena je na rješenjima Okvirnog sporazum o radu na određeno vrijeme, što su ga zaključili sindikati ETUC, UNICE i CEEP.

11 De Stefano, Valerio, *Smuggling-in flexibility: Temporary work contracts and the „implicit threat“ mechanism (Reflection on a new European path)*, Labour Arbitration and Inspection Programme, Geneva, ILO, 2009., str. 15.

12 Klauzula 5.1 Okvirnog sporazuma o radu na određeno vrijeme (Aneks Direktive).

zaštititi radnike zaposlene na određeno vrijeme od diskriminacije te spriječiti česte zloporabe pri korištenju ove vrste ugovora.

Jedan od problema tržišta rada EU-a jest njegova **segmentiranost**. Rezultat je to, među ostalim, sve većeg zapošljavanja radnika na određeno vrijeme i uzastopnih ugovora na određeno vrijeme u nekim državama članicama,¹³ zbog čega radnici dugo godina ostaju zaposleni tek u privremenom radnom odnosu.¹⁴ Kao jedan od glavnih uzroka segmentiranja tržišta prepoznaje se neusklađenost u reguliranju različitih vrsta ugovora, pri čemu se ključnom smatra različita razina prava zajamčena radnicima koji rade na neodređeno, odnosno onima na određeno vrijeme.¹⁵

Kako ističu neki europski ekonomisti, negativni učinci segmentiranog (dualnog) tržišta rada između radnika na određeno i neodređeno vrijeme nisu samo nepravičnost, nego i neučinkovita rotacija radne snage na različitim razinama, koja se javlja, prije svega, kao povećana izmjena radnika zaposlenih na određeno vrijeme, kojima poslodavci nerado nude stalno zaposlenje.¹⁶

Razdoblje velike recesije još je više potaknulo raspravu o dualnom tržištu rada jer bez posla ostaju prije svega radnici zaposleni na određeno vrijeme. U državama članicama (osobito mediteranskim i istočnoeuropskim) raspravlja se o smanjenju zaštite za radnike koji rade na temelju ugovora na neodređeno vrijeme kako bi se zapošljavanje u vremenu duboke ekonomske krize učinilo privlačnijim.¹⁷

Inicijativa dolazi i s najviše razine. Europska komisija predložila je 2011. godine zemljama članicama EU-a uvođenje novog oblika ugovora, tzv. jedinstveni

13 Prema mišljenju ekonomista velika recesija manje bi utjecala na gubitak radnih mjesta da nije bilo reformi radnozaštitnog zakonodavstva, koje su se uglavnom orijentirale na uvođenje novih fleksibilnih oblika rada, a vrlo malo na promjene uređenja rada na neodređeno vrijeme. Time je stvoren negativni dualizam tržišta rada. Bentolila, Samuel, Boeri, Tito, Cahuc, Pierre, Ending the scourge of dual labour markets in Europe, *VoxEU.org*, 12.6.2010. <www.voweu.org/article/ending-scourge-dual-labour-markets-europe>, 4.2.2013.

14 Takav položaj ne znači samo malu sigurnost radnog mjesta, ograničene mogućnosti osposobljavanja i napredovanja u karijeri, ili povećanja plaće, već ima i širi utjecaj, na mogućnosti dobivanja kredita, ulaganja u mirovinske fondove ili odluke o stvaranju obitelji. European Commission, Open, dynamic and inclusive labour markets (Commission Staff Working Document), Strasbourg, 18.4.2012, SWD(2012) 97 final (dalje: EC, Open, dynamic and inclusive labour markets), str. 11. <<http://labordoc.ilo.org/record/454814?ln=fr>>, 4.2.2013.

15 Rad na određeno vrijeme rezerviran je prije svega za mlade, za žene, imigrante i niže kvalificirane radnike, dok je onaj na neodređeno vrijeme namijenjen kvalificiranim radnicima s profesionalnim iskustvom. Cahuc, Pierre, For a unified contract, u: Protection against Dismissal in Europe (Basic features and Current Trends), Seminar Report, 4th Annual Legal Seminar, European Labour Law Network, 2011., str. 39. <<http://www.labourlawresearch.net/Portals/0/ELLNseminar2011.pdf>>, 2.2.2013.

16 Mogućnosti i prava ovih radnika na profesionalno osposobljavanje, odnosno profesionalno napredovanje smanjuju se, a takav gubitak stvaranja ljudskog potencijala još više će jačati u godinama koje slijede. Bentolila, S. et al., op. cit. S druge strane, snažna zaštita stalnih radnika, posebice u zemljama sa snažno segmentiranim tržištem rada, smanjuje mogućnosti reorganizacije u velikom dijelu proizvodnog aparata. Cahuc, P., For a unified contract, op. cit., str. 39.

17 EC, Open, dynamic and inclusive labour markets, str. 11.

ugovor na neodređeno vrijeme, kako bi poslodavce potaknula na zapošljavanje radnika na trajnijoj osnovi (*on a more permanent basis*) i tako djelovala na smanjenje segmentiranosti tržišta rada.

U Španjolskoj je temeljitom reformom radnog zakonodavstva 2012. godine uveden novi ugovor o radu, tzv. ugovor o radu za potporu poduzetnika, ugovor na neodređeno vrijeme koji ima obilježja jedinstvenog ugovora. U Hrvatskoj se o takvom modelu raspravlja u vezi s izmjenama postojećeg radnog zakonodavstva.¹⁸

Valja obratiti pozornost na istraživanja o utjecaju zakonodavstva o zaštiti radnika od otkaza (*employment protection legislation*) na zaposlenost.¹⁹ Prema podatcima OECD-a, bit će potrebna dodatna istraživanja kako bi se sa sigurnošću dokazala korelacija između analiziranih učinaka na tržište rada (kao što je izmjena radnika u i iz radnog odnosa, obilježja tržišta rada, korištenje atipičnih oblika ugovora i sporazuma o radu, itd.), i zakonodavstva o zaštiti radnika od otkaza, jer to nije moguće na temelju do sada provedenih studija.²⁰

2. INSTITUT JEDINSTVENOG UGOVORA O RADU NA NEODREĐENO VRIJEME (SINGLE OPEN-ENDED CONTRACT, UNIQUE CONTRAT)

2.1. Svrha instituta

Ideja o jedinstvenom ugovoru o radu izvorno potječe od ekonomista iz nekoliko zemalja mediteranskoga kruga, **Francuske, Portugala, Italije i Španjolske**, čije je tržište rada segmentirano. Iako se njihova stajališta u nekim elementima razlikuju, zajedničko im je da za borbu protiv segmentiranog tržišta predlažu institut jedinstvenog ugovora o radu kao ugovor na neodređeno vrijeme²¹ te stupnjevitu zaštitu radnog odnosa (zaštitu radnika od otkaza), koja bi se povećavala ovisno o duljini radnog odnosa. Na taj bi se način postigli sljedeći, među sobom povezani, **ciljevi, odnosno učinci**:

18 Vidi, primjerice, <http://www.jutarnji.hr/ekskluzivno-umjesto-ugovora-na-odredeno-i-neodredeno-vlada-uvodi-jedinstveni-ugovor-o-radu-/1052666/>, od 9.9.2012.

19 Vidi, primjerice, stajališta Svjetske banke, u izvješću za 2011. godinu: *Employment Protection Legislation and Labor Market Outcomes: Theory, Evidence and Lessons for Croatia*, The World Bank Document, July 2011. <http://siteresources.worldbank.org/INTCROATIA/Resources/Croatia_Policy_Notes-Labor.pdf>, 15.3.2013.

20 *Termination of employment instruments*, Background paper for the Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166), ILO, International Labour Standards Department, Geneva, 18– 21 April 2011., str. 77. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_153602.pdf>, 16.2.2013.

21 Prema izvornom prijedlogu, a danas je prihvaćena i mogućnost da to bude na određeno vrijeme.

- izbrisala razlika između ugovora na određeno i na neodređeno vrijeme, odnosno različit status ovih skupina radnika (koji dovodi do neučinkovite izmjene radnika),
- potaknulo zapošljavanje radnika u stalnom radnom odnosu,
- omogućilo poslodavcima da planiraju, odnosno predvide troškove vezane uz prestanak ugovora o radu,
- fleksibilnost bi ostala sačuvana, a dualna struktura tržišta rada postala nepotrebna.²²

2.2. Opća načela na kojima se može utemeljiti jedinstveni ugovor?

Iako bi svako nacionalno zakonodavstvo trebalo izraditi svoj model, francuski ekonomist **P. Cahuc** smatra da je moguće utvrditi neka opća načela uređenja instituta jedinstvenog ugovora o radu. Autor kao polazište uzima neke od ciljeva kojima može težiti radnozaštitno zakonodavstvo, kao što su: zaštita radnika od neopravdanog (abuzivnog) postupanja poslodavaca, ograničavanje broja otkaza kako bi se smanjili socijalni troškovi reorganiziranja proizvodnog aparata, stabiliziranje ukupnog broja zaposlenih, povećanje zapošljavanja i plaća, i dr. Koristeći se ekonomskim instrumentarijem analizira može li sadašnja radnozaštitna regulativa ostvariti tako postavljene ciljeve te zaključuje da se kao opća načela jedinstvenog ugovora mogu prihvatiti **načelo zaštite radnika od neopravdanog otkaza te načelo pomirenja privatnih i socijalnih interesa** putem oporezivanja otkaza.²³

Radnozaštitno zakonodavstvo europskih zemalja temelji se na zaštiti radnika od neopravdanog (abuzivnog) otkaza. Usporedba s doktrinom o zaposlenju *at-will* američkoga prava,²⁴ pokazuje da ova posljednja ima niz prednosti, ali ju je

²² Bentolila, S. et al., op. cit.

²³ Jedan od relevantnih ciljeva radnozaštitnog zakonodavstva, prema autoru, jest **povećanje zapošljavanja i plaća**. No zaključuje kako se postojećom regulativom ovaj cilj ne može ostvariti, već ona, naprotiv, povećava duljinu nezaposlenosti i ograničava dobit, pa na koncu i plaću. Naime, analize pokazuju da regulativa otkaza utječe različito na nezaposlenost i zapošljavanje. Strožim uvjetima za otkazivanje ugovora o radu čuvaju se radna mjesta, ali, s druge strane, to djeluje negativno na stvaranje novih jer poduzeća imaju dodatne troškove za održavanje radnih odnosa onih radnika koji im ne donose profit, a koje bi poslodavci spontano otpustili kada ne bi postojala stroga regulativa. Istovremeno, to ih ograničava da stvaraju nova, profitabilna radna mjesta. Postojeće radnozaštitno zakonodavstvo ide, dakle, u prilog ograničenju zatvaranja radnih mjesta, ali ne i njihovu otvaranju. Također, na temelju podataka dobivenih u mnogobrojnim istraživanjima u različitim zemljama, autor zaključuje kako se zaštita radnog odnosa ne ostvaruje posebice za pojedine skupine radnika, kao što su mladi, žene i stariji radnici, kojima je otežan pristup tržištu rada. Vidi bilj. 4 i 5, Cahuc, P., op. cit., str. 41.

²⁴ Riječ je o radnom odnosu „po volji“, „od trenutka do trenutka“ (*on a moment-to-moment basis*), koji sadrži trenutnu i trajnu ponudu i prihvata, a svaka ga je ugovorna strana slobodna raskinuti u svakom trenutku bez prethodne obavijesti o otkazu ili bez postojanja opravdanih razloga. Finkin, Matthew W., Regulation of the Individual Employment Contract, u: *The Employment Contract in Transforming Labour Relations*, Hague, Kluwer Law International, 1995., str. 171.

prema mišljenju P. Cahuca moguće primijeniti jedino u okruženju tržišta rada koje je do savršenstva konkurentno, bez fiksnih plaća i uz jednaku informiranost svih socijalnih partnera.²⁵ Kritičari modela jedinstvenog ugovora tvrde da upravo zaposlenje na temelju jedinstvenog ugovora ima obilježja zaposlenja *at-will*.

Treći je cilj **oživljavanje socijalne vrijednosti zaposlenja** treći je cilj. Proizvodnja dobara i usluga ostvaruje se radom radnika i predstavlja privatnu vrijednost rada, koju čine plaća radnika i profit za poslodavca (poduzeće). No ova dva subjekta „nisu odvojena od ostatka svijeta jer njihove odluke utječu na blagostanje ljudi koji nemaju nikakve veze s poduzećem“. Tako i odluka o gašenju radnih mjesta prelazi privatne interese radnika i poduzeća, i djeluje šire, tj. ima socijalnu vrijednost za grupu ljudi. S jedne strane, ima učinak na porezni sustav, koji se financira iz davanja zaposlenih, a ne nezaposlenih, a, s druge, na sustav osiguranja za slučaj nezaposlenosti i socijalnu zaštitu (u njezinu minimumu). Autor smatra da bi država morala intervenirati kako bi pomirila interese poduzeća s interesima grupe. Jedan od načina bio bi „oporezivanje“ zaštite radnog odnosa uvođenjem poreza na otkaze, kojima bi se financiralo osiguranje za slučaj nezaposlenosti i minimum socijalne zaštite.²⁶

2.3. Temeljna obilježja jedinstvenog ugovora

Institut jedinstvenog ugovora o radu morao bi, prema mišljenju njegovih začetnika i zastupnika,²⁷ jamčiti zaštitu svim skupinama zaposlenika osiguravajući stvaranje radnih mjesta koja su socijalno učinkovita te na taj način ukloniti dualizam tržišta rada.

Iako različiti, izvornim prijedlozima zajedničko je stajalište da bi jedinstveni ugovor trebao biti **zamjena** za ugovor o radu na određeno i ugovor na neodređeno vrijeme. U novije vrijeme, to je mišljenje ublaženo, pa se predlaže uvođenje ovog instituta pored postojećih vrsta ugovora o radu.

U nastavku rada analiziraju se temeljna obilježja teorijskog modela jedinstvenog ugovora: stupnjevita zaštita radnika, uređenje opsega prava radnika i obveza poslodavaca te razlozi za opravdani otkaz.

25 Cahuc, P., op. cit., str. 41.

26 Ibid., str. 41-42. Francusko zakonodavstvo usredotočeno je na zaštitu radnika, a ne nudi dovoljnu zaštitu osobama koje nemaju zaposlenje. Na koncu ono ne štiti dovoljno ni osobe ni radna mjesta. Cahuc, Pierre, Kramarz, Francis, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, 6.12.2004, Paris, 2005., str. 144-145. <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000092/index.shtml>>, 12.1.2013.

27 Prijedlog Piera Cahuca i Francisa Kramarza iznesen u izvješću francuskom Ministarstvu gospodarstva, financija i zapošljavanja u lipnju 2005. Cahuc, P., Kramarz, F., op. cit.

2.3.1. Stupnjevita zaštita radnika – etape zaštite

Radnik zaposlen na temelju jedinstvenog ugovora stjecao bi prava iz radnog odnosa kroz tri etape: u prvoj, nekoj vrsti probnog rada, radnik ne bi uživao zaštitu od otkaza, već bi poslodavac imao slobodu otkazati ugovor u bilo kojem trenutku. Slijedila bi etapa, tzv. „potvrđeno razdoblje“, koja se dalje dijeli u dvije podetape: početnu etapu, u kojoj bi se prava radnika u vezi s otkazom ugovora postupno povećavala, ovisno o duljini radnog odnosa kod poslodavca, a u sljedećoj, tzv. stabilnoj etapi, radnik bi uživao punu zaštitu od otkaza, kao što je to slučaj s radnicima zaposlenima na neodređeno vrijeme.²⁸

Za vrijeme probnog rada poslodavca ne bi trebalo opterećivati troškovima prestanka radnog odnosa, otpremninom i doprinosima za nezaposlenost. To bi razdoblje trebalo biti dovoljno dugo da omogući postizanje svrhe ovog instituta, ali i dovoljno kratko da se poslodavcima ne isplati koristiti ga za izmjenu radnika na istom radnom mjestu.²⁹

Prema stajalištu ekonomista, oštra suprotnost između ugovora na određeno i na neodređeno vrijeme može se ukloniti odustajanjem od linearnog rasta otpremnina, koji prema važećoj regulativi za poslodavca znači veći trošak ako otkazuje ugovor radniku koji je kod njega dulje zaposlen. Nelinearni rast treba koristiti za višu razinu radnog staža, a ne već u početnoj etapi, nakon prve ili druge godine trajanja ugovora na određeno vrijeme.³⁰

Ovakav model jedinstvenog ugovora predlaže i Europska komisija. Ugovor bi uključivao dvije etape koje slijede nakon dovoljno dugog probnog rada: početnu i stabilnu. U **početnoj etapi** zaštita radnika od otkaza i pravo na otpremninu postupno bi se povećavali, ovisno o duljini radnog odnosa. U drugoj, tzv. **stabilnoj etapi**, radnici bi ostvarivali prava u punom opsegu, kao što je to kod ugovora na neodređeno vrijeme.³¹

2.3.2. Prava radnika i obveza poslodavaca

Predloženi model jedinstvenog ugovora o radu rezultat je shvaćanja o nužnosti reforme postojećeg radnozaštitnog zakonodavstva, kao pretpostavke učinkovitog, nesegmentiranog tržišta rada, te povećanja zaposlenosti. Promatrano sa stajališta ekonomista ova bi se reforma trebala odvijati u dva smjera: povećanja financijskih

28 Cahuc, P., op. cit.; Kresal, Barbara, Primerljivost delovnopravnega varstva v različnih oblikah zaposlitve, *Delavci in delodajalci*, br. 2-3, 2012., god. XII, str. 251.

29 Blanchard, Olivier, Tirole, Jean, Contours of Employment Protection Reform, Massachusetts Institute of Technology Department of Economics Working Paper Series, Working Paper 03-35, November 1, 2003., str. 39. <<http://ssrn.com/abstract=464282>>, 10.2.2013.

30 Ibid., str. 39.

31 European Parliament, Parliamentary questions, 13 May 2011, E-003025/2011, OJ C 309 E, 21/10/2011. <www.europarl.europa.eu/sides/getAllanswers.do?reference=E-2011-003025&lan...>, 4.2.2013.

troškova koje poslodavac ima kada otkazuje ugovor o radu te smanjenja uloge sudova u slučaju otkaza ugovora o radu, jeftinijim i određenijim postupkom kod poslodavca³² – prevedeno na rječnik radnoga prava, veće otpremnine i druga davanja u slučaju otkaza te liberalnije otkazivanje.

Prema P. Cahucu i F. Kramarzu temeljne su karakteristike modela jedinstvenog ugovora o radu sljedeće: 1. obveza poslodavca da u trenutku prestanka ugovora radniku plati naknadu – otpremninu, a javnim vlastima posebnu vrstu poreza, koji se naziva „doprinosom solidarnosti“ (*la contribution de solidarité*) (tzv. troškovi prestanka ugovora); 2. zakonom uređeni troškovi prestanka ugovora o radu ovisili bi o duljini staža radnika kod poslodavca, neovisno o tomu je li u konkretnom slučaju riječ o ugovoru o radu na određeno ili na neodređeno vrijeme; 3. potpisom ugovora radnik stječe pravo na stručnu, personaliziranu pomoć i pravo na naknadu plaće (*revenu de remplacement*) u slučaju gubitka posla.³³

U nastavku analiziramo sljedeća pitanja: pravo radnika na otpremninu u slučaju prestanka ugovora o radu otkazom; doprinos solidarnosti; postupak koji prethodi otkazu i pravo na otkazni rok; ublažavanje radnozaštitnog zakonodavstva, odnosno primjene standarda opravdanog razloga za otkaz i pristup sudu. Kao primjer poslužiti će, prije svega, francuski teorijski model jedinstvenog ugovora, kao i reformske mjere u španjolskom i portugalskom zakonodavstvu.

2.3.2.1. Pravo radnika na otpremninu u slučaju otkaza jedinstvenog ugovora

Pravo na otpremninu jedno je od temeljnih prava radnika u slučaju prestanka ugovora o radu. Prema **predloženom modelu** jedinstvenog ugovora, otpremnina, koju je poslodavac obavezan platiti radniku u trenutku prestanka radnog odnosa, utvrđuje se u visini koja ovisi o ukupnom iznosu bruto plaća isplaćenih radniku za vrijeme trajanja ugovora. Otpremnina koju radnik prima u slučaju otkaza iznosila bi 10% od ukupno isplaćene (bruto) plaće radniku, za razdoblje prvih 18 mjeseci trajanja ugovora o radu. Ovako utvrđeni iznos veći je no što ga radnik ostvaruje prema važećoj regulativi.

Naime, prema francuskom **Zakoniku o radu** (*Code du travail*, dalje: CT) pravo na (minimalnu) otpremninu ima radnik zaposlen na neodređeno vrijeme koji je na radu kod istog poslodavca proveo neprekidno najmanje godinu dana (čl. L1234-9 (*ex* 122-9-1) CT-a). Visina otpremnine, određena dekretom, trenutno iznosi dvije desetine prosječne mjesečne plaće (ostvarene u posljednja tri mjeseca) za svaku godinu rada, ako je radnik kod poslodavca radio do 10 godina, a za svaku daljnju godinu rada po jednu trećinu mjesečne plaće. Ovaj se iznos povećava ako je radnik dobio otkaz zbog ekonomskih razloga.³⁴

32 Blanchard, O., Tirole, J., op. cit., str. 36.

33 Cahuc, P., Kramarz, F., op. cit., str. 146.

34 Predloženi iznos otpremnine trebao bi istovremeno popraviti položaj radnika zaposlenih na neodređeno vrijeme koji, prema tadašnjoj regulativi, nisu ostvarivali pravo na otpremninu ako su imali manje od 2 godine staža kod poslodavca. Cahuc, P., op. cit., str. 44.

Iznos otpremnine prema predloženom modelu jednak je iznosu koji prema važećem francuskom pravu radnici zaposleni na određeno vrijeme ostvaruju na ime naknade za nesigurnost radnog odnosa. Naime, ova skupina radnika nema pravo na otpremninu, već na tzv. naknadu za nesigurnost (nestalnost) radnog odnosa u visini od 10% bruto plaće. Riječ je o posebnoj naknadi zbog nestalnosti posla (*une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation*), koja se radnicima isplaćuje, u pravilu, u trenutku prestanka ugovora o radu na određeno vrijeme, uz uvjet da im nije ponuđen nastavak radnog odnosa na temelju ugovora o radu na neodređeno vrijeme (čl. L1243-8 (*ex* 122-3-4) CT-a).³⁵

Nakon prvih 18 mjeseci rada kod poslodavca, otpremnina radniku sastojala bi se od dva dijela: otpremnine na koju ostvaruje pravo za prvih 18 mjeseci rada plus otpremnine koju ostvaruje prema važećim propisima.

2.3.2.2. *Doprinos solidarnosti*

Prijedlog francuskih ekonomista sadrži i obvezu poslodavca da u slučaju prestanka jedinstvenog ugovora uplati poseban doprinos, doprinos solidarnosti, koji bi iznosio 1,6% od ukupne bruto plaće isplaćene radniku za vrijeme trajanja ugovora. Doprinos bi se uplaćivao javnim vlastima za podmirenje troškova koje imaju nezaposlene osobe. U zamjenu za to, poslodavac se oslobađa obveze da radnika koji je postao višak pokuša zaposliti na drugom radnom mjestu, odnosno obveze izrade plana zbrinjavanja viška radnika, u slučaju kolektivnog viška radnika. Postojeća obveza poslodavca prebacila bi se time u potpunosti na javnu službu zapošljavanja, čime bi se zajamčila stručnost i učinkovitost u aktivnosti ponovnog zapošljavanja radnika, kojima poslodavac ne raspolaže. Kako bi se spriječilo zaobilazanje ove obveze, poslodavci bi doprinos trebali uplaćivati sve dok radnik ne ostvari pravo na naknadu za nezaposlenost ili pravo na plaću. Poslodavcima ipak ostaje mogućnost izbora: uplatiti doprinos solidarnosti, ili, s druge strane, samostalno, na temelju svojih planova zbrinjavanja radnika, pokušati zaposliti radnike koji su kod njih postali višak.³⁶ Prema važećem pravu francuski poslodavac obavezan je ispitati mogućnost zapošljavanja radnika koji je višak na drugom radnom mjestu iste ili niže kategorije zanimanja, unutar poduzeća ili grupacije (čl. L. 321-1 CT).³⁷

35 Ugovorne strane mogu ugovoriti i viši iznos naknade. Ovaj dodatak pridodaje se ukupnoj bruto plaći radnika te isplaćuje u trenutku prestanka ugovora o radu, s posljednjom plaćom (čl. L1243-8, CT).

36 Cahuc, P., op. cit., str. 46.

37 Poslodavac mora dokazati da je poduzeo sve kako bi takvog radnika zaposlio na drugom radnom mjestu (to, primjerice, mogu biti pisma kojima traži listu slobodnih radnih mjesta unutar grupacije, pisane ponude za zapošljavanje koje je slao radnicima). Ove mjere poslodavac mora poduzeti prije obavještanja radnika o otkazu. Poslodavac dokazuje i da nije bilo slobodnih mjesta koja bi odgovarala radnikovu profilu zanimanja ili da ih je radnik odbio. Grangé, J., op. cit., str. 127.

Predloženi iznos doprinosa smatra se pravičnim, jer oko 1% radnika godišnje dobije poslovno uvjetovani otkaz, a prema izračunima jedan poslovno uvjetovani otkaz poslodavca košta oko jedne prosječne godišnje bruto plaće radnika. Smatra se da će potaknuti poslodavce da prije otkaza ugovora o radu razmisle o troškovima koje takav otkaz uzrokuje sustavu osiguranja za slučaj nezaposlenosti. Jedinstveni ugovor o radu bio bi neka vrsta *bonus-malus* sustava u kojem bi plaćanje doprinosa ovisilo o broju otkaza.³⁸

Prema kreatorima ideje jedinstvenog ugovora njegova je **prednost** poticanje stabilnosti radnog odnosa, jer su troškovi za otpremnine i doprinose koje poslodavci imaju kod prestanka ugovora o radu veći, ako više koriste ugovore o radu koji traju određeno, kratko vrijeme. Kod poslodavaca koji zapošljavaju, a vrlo malo otkazuju ugovore o radu, troškovi zapošljavanja trebali bi se smanjivati.³⁹

2.3.2.3. Pravo na postupak koji prethodi otkazu i pravo na otkazni rok

Posebno su dvojbeno rješenja vezana uz primjenu zakonodavstva o otkazu. Poslodavac je, prema predloženom modelu, obvezan poštivati propisani postupak koji prethodi otkazu, a uključuje obavještanje radnika i tijela javne vlasti ako je to propisano te omogućiti radniku korištenje otkaznog roka ako je riječ o ugovoru na neodređeno vrijeme.⁴⁰

Postojećem zaštitnom zakonodavstvu zamjera se vrlo dug te skup postupak vezan uz otkaz ugovora o radu, čija duljina ovisi o tomu otkazuje li poslodavac zbog osobno ili poslovno uvjetovanih razloga, te je li riječ o pojedinačnom otkazu ili otkazu zbog kolektivnog viška radnika.

Postupak otkazivanja koji je obvezan provesti poslodavac ima za svrhu pripremiti radnika za otkaz i omogućiti mu ponovno zapošljavanje, ali i istražiti sve mogućnosti koje otkaz čine suvišnim (otkaz kao *ultima ratio*). Tako, primjerice, prema francuskom pravu, priprema radnika za otkaz obuhvaća, uz dostavu odluke o otkazu i korištenje otkaznog roka, i omogućavanje radniku korištenja, tzv. razdoblja za prekvalifikaciju (*congé reclassement*).⁴¹ Na njega pravo ostvaruju svi radnici kojima poslodavac planira otkazati ugovor o radu, u poduzećima koja zapošljavaju više od 1000 radnika, a traje od 4 do 9 mjeseci. Za razdoblje prekvalifikacije koje se poklapa s trajanjem otkaznog roka radnik prima naknadu plaće u iznosu od 100% plaće, a za preostalo razdoblje iznos od 65% prosječne plaće. Radnici zaposleni kod manjih poslodavaca također imaju pravo na prekvalifikaciju i pomoć pri traženju posla od početka tijeka otkaznog roka. Utvrđivanje alternative otkazu ovisi o tomu otkazuje li poslodavac pojedinom radniku ili je riječ o kolektivnom višku radnika, kao i o veličini poslodavca (francuski poslodavci koji zapošljavaju više od 100 radnika moraju provesti savjetovanje s radničkim vijećem, izraditi plan za očuvanje

38 Cahuc, P., op. cit., str. 46.

39 Ibid., str. 47.

40 Ibid., str. 44; Blanchard, O., Tirole, J., op. cit., str. 38.

41 Čl. 1233-71 i dr. *CT-a*.

radnih mjesta, dobiti odobrenje inspekcije rada, te, eventualno izabrati auditora kao i provesti arbitražni postupak ako se radnički predstavnici ne slože s predloženim planom). Radnik koji je nezadovoljan odlukom o otkazu može pokrenuti **sudski postupak**, što dodatno produljuje postupak i čini ga skupljim.

Prema mišljenju pobornika jedinstvenog ugovora, navedeni razlozi opravdavaju nužnost smanjenja obveza poslodavaca vezano uz postupak pripreme radnika za otkaz, kao i značajno ograničenje uloge sudova, u vezi s ograničenom primjenom standarda opravdanog razloga za otkaz.

2.3.3. *Opravdani razlog za otkaz jedinstvenog ugovora*

Zagovornici jedinstvenog ugovora zalažu se za značajno **ograničenje uloge sudova** pri razmatranju zakonitosti otkaza. Prema njihovu mišljenju, ako je poslodavac pri otkazivanju ugovora jednome ili većem broju radnika poštivao propisani postupak te isplatio otpremninu radniku i doprinos solidarnosti javnim vlastima, sudovi ne bi smjeli preispitivati odluku o otkazu. Već sama činjenica poštivanja postupka te uplate propisanih davanja za suca trebala bi predstavljati dovoljan kriterij za ocjenu da je otkaz bio **opravdan**, tj. utemeljen na „stvarnim i ozbiljnim razlozima“.⁴²

Posebna je pozornost pritom na **poslovno uvjetovanim otkazima** (tzv. ekonomskim otkazima, *licenciement economique*), koji predstavljaju veći teret za poslodavce, ne samo zbog složenijeg i skupljeg postupka te većih otpremnina, nego kod drugih vrsta otkaza, nego i zbog uskog tumačenja opravdanog razloga za otkaz.⁴³ Francuski ekonomski teoretičari ocjenjuju neprihvatljivom praksu sudova kojom se poslodavcima praktično onemogućuje otkazati ugovor o radu kako bi „**poboljšali svoju konkurentnost**, već jedino kako bi je „zadržali“.⁴⁴ Sud bi, prema njihovu mišljenju, morao ispitivati samo formalne pretpostavke, odnosno je li poslodavac poduzeo potrebne „administrativne korake“, platio otpremninu i doprinose, a ne ulaziti u opravdanost razloga za otkazivanje ugovora o radu.⁴⁵ Sudac, naime, nema dovoljno informacija potrebnih za ocjenu motiva za ekonomski otkaz.⁴⁶

42 Cahuc, P., Kramarz, F., op. cit., str. 155.; Cahuc, P., op. cit., str. 45.; Blanchard, O., Tirole, J., op. cit., str. 38-39.

43 Za Portugal vidi Turrini, Alessandro, EPL reforms in Europe: A Portuguese way to single contract outcomes?, *VoxEU.org*, 10.8.2011. <www.voxeu.org/print/6849>, 4.2.2013.

44 P. Cahuc navodi niz presuda francuskog Kasacijskog suda, v. bilješka 13, Cahuc, P., op. cit., str. 44-45.

45 Ibid., str. 45., Blanchard, O., Tirole, J., op. cit., str. 38-39.

46 Cahuc, P., Kramarz, F., op. cit., str. 154. F. Gaudu suprotstavlja se ovakvom stajalištu usporedbom s pravom zaštite tržišnog natjecanja, na nacionalnoj ili europskoj razini. Odluke kojima se zabranjuju koncentracije trgovačkih društava ili se za njih traži posebno dopuštenje javnih vlasti donose se, prema njegovu mišljenju, na temelju ocjene koja je isto tako neprecizna kao i odluka suca o postojanju razloga za ekonomski otkaz. Ove odluke sadržavaju uvijek i političke elemente, često i aspekt usklađivanja interesa, osobito kada neka jaka koncentracija može biti opravdana ekonomskim ili socijalnim koristima koje donosi. U tom smislu, one su isto toliko ilegitimne, kao i ocjena suca o razlogu ekonomskog otkaza. Gaudu, F., op. cit., str. 13.

Pravo na sudsku zaštitu u slučaju otkaza jedinstvenog ugovora ovisilo bi o stupnju zaštite radnika, odnosno trajanju ugovora. Stoga u početnoj etapi radnici ne bi imali pravo pred sudom osporavati zakonitost otkaza, a zatim bi postupno ta zaštita rasla, pri čemu ima i prijedloga da se pobijanje otkaza ograniči na zaštitu od diskriminacije pri otkazivanju.⁴⁷

2.4. Stajalište Europske komisije - prijedlozi i provedene reforme

Europska komisija potiče zemlje sa segmentiranim tržištem rada da prošire primjenu ugovora na neodređeno vrijeme uvođenjem jedinstvenog ugovora o radu. Podsjetimo, ovaj ugovor uključivao bi dvije etape koje slijede nakon dovoljno dugog probnog rada: početnu, u kojoj bi se zaštita radnika od otkaza i pravo na otpremninu postupno povećavali, ovisno o duljini radnog odnosa, i stabilnu, u kojoj bi radnici ostvarivali prava u punom opsegu (kao kod ugovora na neodređeno vrijeme). Svrha je osigurati stabilnost radnog odnosa i ekonomsku zaštitu novozaposlenim radnicima, a poslodavcima zajamčiti veću produktivnost i određenost ugovora o radu te ukloniti poremećaje do kojih dovodi izmjena privremenih i trajnih ugovora o radu uz zadržavanje postojeće fleksibilnosti. Prijedlog je u skladu s načelom jednake plaće za jednaki rad te bi trebao utjecati na povećanje ukupnih prihoda radnika tijekom života. Cilj je stvaranje fleksibilnog, ali sigurnog tržišta rada prevladavanjem pravne neravnoteže između privremenih i trajnih ugovora o radu.⁴⁸

U svojem stajalištu Europska komisija ističe kako nije za ukidanje tradicionalnog instituta ugovora na neodređeno vrijeme, jer je jedno od bitnih obilježja jedinstvenog ugovora njegovo neodređeno trajanje, iako zaštita prava raste s duljinom staža kod poslodavca te nakon proteka, tzv. početne etape radnik uživa zaštitu tipičnu za ugovore na neodređeno vrijeme. Jedinstveni ugovor bio bi namijenjen samo novom zapošljavanju radnika, a ne bi se primjenjivao na postojeće ugovore o radu.⁴⁹

Portugal je jedna od zemalja kojoj je Europska komisija predložila reformu. U njemu se posljednjih desetljeća, u odnosu na druge zemlje Eurozone, bilježi dramatični porast zapošljavanja na temelju ugovora na određeno vrijeme. Ovi su ugovori puno privlačniji poslodavcima zbog dva razloga: nižih otpremnina nego za radnike zaposlene na neodređeno vrijeme (koje su među najvišima među zemljama

47 Kresal, B., *Primerljivost ...*, op. cit., str. 252.

48 Europska komisija ističe da jedinstveni ugovor sam po sebi nije dovoljan za rješavanje problema dualizma tržišta rada, jer korištenje ili zloraba ugovora o privremenom radu nije povezana jedino s pravnim uređenjem ugovora o radu već ovisi i o oblicima proizvodnje, socijalnom dijalogu, politici ljudskih potencijala i dr. Zato je važno primijeniti i druge mjere kao što su uvođenje minimalne plaće, jamstvo osiguranja za slučaj nezaposlenosti svim radnicima, bez obzira na vrstu ugovora, kao i ograničenje korištenja ugovora o privremenom radu na određene okolnosti, kao što su privremeni ili veoma plaćeni poslovi. European Commission, *Employment in Europe 2010*, str. 152. <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=593>>, 14.2.2013.

49 European Parliament, *Parliamentary questions*, op. cit.

OECD-a, a posebice za radnike s dugim radnim stažem, te bez propisanog maksimalnog iznosa otpremnine). Drugi je razlog što se na taj način izbjegava rigidno otkazno zakonodavstvo, odnosno vrlo usko tumačenje opravdanog otkaza kada je riječ o poslovno uvjetovanim razlozima, što ide na ruku radnicima, te često ogromni financijski tereti za poslodavca u slučaju nezakonitog otkaza. Ova dva elementa ekonomisti ocjenjuju glavnim zaprekama zapošljavanju radnika na neodređeno vrijeme.⁵⁰

Europska komisija predložila je Portugalu, kroz program financijske pomoći, reformu sustava radnozaštitnog zakonodavstva u **četiri stupa** koja čine: izjednačavanje razine otpremnina za sve skupine radnika; usklađivanje razine otpremnina s onom u drugim zemljama EU-a; ublažavanje strogog otkaznog zakonodavstva (odnosno šire tumačenje opravdanog razloga za poslovno uvjetovani otkaz ugovora na neodređeno vrijeme) te sufinanciranje otpremnina iz uzajamnog fonda kojime upravljaju poslodavci (po uzoru na Austriju). Hrabra implementacija reforme značila bi, prema mišljenju Komisije, približavanje portugalskoga sustava zaštite od otkaza jedinstvenom ugovoru o radu, omogućila korištenje resursa te potaknula investicije.⁵¹

Iako prijedlog reforme izričito ne uključuje i uvođenje jedinstvenog ugovora o radu, ekonomist A. Turrini ocijenio je da bi njegovo uvođenje pozitivno djelovalo na zapošljavanje na neodređeno vrijeme. Predložene promjene mogle bi biti dobar temelj za primjenu jedinstvenog ugovora jer za sve skupine radnika predviđa iste otpremnine, koje bi rasle s godinama staža, bez obzira na vrstu ugovora o radu. Ugovori na određeno vrijeme lakše bi se pretvarali u ugovore na neodređeno jer se predviđa ublažavanje pretpostavki za otkaz ugovora na neodređeno vrijeme, maksimalni dopušteni iznos otpremnine, a troškovi otkaza dijelom bi bili pokriveni iz posebnog fonda.

Dosada provedene reformske mjere u Portugalu obuhvatile su, između ostalog: otpremnine u slučaju prestanka ugovora o radu (one su smanjene te je utvrđen njihov maksimalni iznos za radnike zaposlene na neodređeno vrijeme; stvaranje posebnog fonda za otpremnine u koji doprinose uplaćuju poslodavci); postupak otkazivanja (koji je pojednostavljen); individualne otkaze ugovora o radu – opravdane razloge (uveden je otkaz zbog neadaptiranosti, kao pojam sličan nesposobnosti radnika).⁵² Za sada nema naznaka uvođenja jedinstvenog ugovora o radu.

Reforma **španjolskog** radnog zakonodavstva 2012. godine važna je, među ostalim, zbog uvođenja **novog ugovora o radu na neodređeno vrijeme** (tzv.

⁵⁰ Turrini, A., op. cit.

⁵¹ European Commission, The Economic Adjustment Programme for Portugal, European Economy Occasional Papers, no. 79, str. 25, <http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2011/pdf/ocp79_en.pdf>, 10.2.2013.; Portugal, Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality, 17.5.2011. <http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf>, 10.2.2013.

⁵² Portugal, Labour market reforms tracker, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, August 2012, str. 18. <<http://www.fcblegal.com/xms/files/33810.pdf>>, 19.02.2013.

ugovora o radu za potporu poduzetnika).⁵³ Namijenjen je malim i srednjim poduzećima (koja zapošljavaju manje od 50 radnika). Njegova najvažnija obilježja jesu: jednogodišnje razdoblje probnog rada u kojemu poslodavac ima neograničenu mogućnost otkaza ugovora (vlada očekuje da će se time izbjeći troškovi otkazivanja u prvoj godini rada radnika) te određene fiskalne koristi za poduzetnika: niži doprinosi za socijalno osiguranje, smanjenje poreza u iznosu od 3.000,00 eura kod zapošljavanja prvog radnika; porezne olakšice kod zapošljavanja nezaposlene osobe (u iznosu od 50% naknade za nezaposlenost koju je primala ta osoba) te sustav subvencija ako zapošljava nezaposlenu osobu koja pripada osjetljivim skupinama na tržištu rada (mladi, dugotrajno nezaposleni). Novozaposleni radnici ostvaruju pravo na 20% od iznosa naknade za slučaj nezaposlenosti koju bi ostvarivali da su nezaposleni, kao dodatak na plaću. Na ovaj se način potiče zapošljavanje mladih nezaposlenih osoba (između 16 i 30 godina), nezaposlenih osoba starijih od 45 godina te žena u onim djelatnostima u kojima su slabo zastupljene.⁵⁴

Jedna od reformskih mjera u Španjolskoj i Portugalu jesu posebni „fondovi za otpremnine“, ili fondovi za otkaze, nastali po uzoru na poseban institut austrijskog prava, kasu skrbi. U **Austriji** je, naime, 2002. godine institut otpremnine temeljito izmijenjen za nove radne odnose, zaključene nakon 1. Siječnja 2003.⁵⁵ Poslodavac mora za svakog radnika redovito uplaćivati doprinose (u visini određenog postotka od bruto plaće; trenutno 1,53%) u blagajnu skrbi (*Mitarbeitervorsorgekasse*), koju u pravilu on izabire. Radnik može zahtijevati isplatu davanja samo od Blagajne. Pravo na isplatu ne zastarijeva. Visina davanja ovisi o uplaćenim doprinosima i obračunatim administrativnim troškovima. Radnik, u pravilu, može kod svakog prestanka radnog odnosa tražiti isplatu davanja, ali i ostaviti ih, prebaciti ih u kasu novog poslodavca ili prenijeti u dopunsko mirovinsko osiguranje. Isplata nije dopuštena ako radnik sam otkaže ili mu poslodavac izvanredno otkaže zbog bitnog razloga, što ima malu važnost u praksi. Nova regulativa omogućava da se vrijednost otpremnine povećava i ako je otkaz dao radnik, kao i kada je radnik ostvario kraći radni staž kod poslodavca. Time su uklonjeni negativni učinci dotada primjenjivanog instituta otpremnine – da radnik gubi pravo na otpremninu ako sam otkaže ugovor o radu te da ne ostvaruje pravo na otpremninu ako ne ispunjava kvalificirajuće

53 Obuhvatila je, između ostalog, smanjenje iznosa otpremnina te jasnije definiranje opravdanog razloga za ekonomski otkaz, ali i niz drugih mjera. To je treća reforma u tri godine, s ukupno preko 50 donesenih mjera.

54 Sanz de Miguel, Pablo, Unions oppose new law sanctioning greater flexibility, Eurofound, EIRO-line. <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/02/articles/es1202021i.htm>>, 21.2.2013.; Spain, Ministry of economy and competitiveness, Labour Market Reform, February 2012. <http://www.google.hr/search?q=spanish+labour+market+reform&hl=hr&gbv=2&gs_l=heirloom-hp.3..0i19j0i5i30i19.422.6625.0.6984.30.24.0.1.1.0.625.4657.0j1j6j4j2j1.14.0...0.0...1c.1.c86EFz9fCig&oq=spanish+labour+market+reform>, 21.2.2013.

55 Od 1. siječnja 2008. obveza uplate doprinosa u Blagajnu odnosi se i na samostalne radnike, na temelju Zakona o kasama skrbi za radnike u poduzećima i samostalne radnike. Visina doprinosa iznosi također 1,53% mjesečne bruto plaće.

razdoblje od tri godine rada kod poslodavca.⁵⁶ Ovakav model otpremnine osigurava radniku veća prava i sigurnost, ali predstavlja dodatno financijsko opterećenje za poslodavca.

Karakteristika je španjolskih novih fondova za otpremnine za novozaposlene radnike da u njih doprinose uplaćuju poslodavci redovito, za trajanja radnog odnosa. Sredstva se iz fonda isplaćuju radnicima tijekom radnog vijeka, u slučaju otkaza, geografske mobilnosti, ili potreba obrazovanja, ili, pak, kao renta, nakon odlaska u mirovinu. Prema portugalskom pravu otpremnine se plaćaju dijelom izravno iz sredstava poslodavca, a dijelom iz posebnog fonda za otpremnine.

2.5. Kritički osvrt na predloženi model jedinstvenog ugovora o radu

Prijedlog nove vrste ugovora o radu, jedinstvenog ugovora izazvao je niz dvojbi i kritika među teoretičarima radnoga prava. Kao glavne izazove i moguće prepreke za uvođenje jedinstvenog ugovora ističu sljedeća pitanja: *treba li jedinstveni ugovor zamijeniti sve postojeće oblike ugovora o radu ili samo one fleksibilne; kakav je odnos između jedinstvenog ugovora i uređenja ugovora na određeno vrijeme te koje mogućnosti i zamke donosi stupnjevito povećanje zaštite radnika, uključujući i zaštitu radnika od otkaza.*⁵⁷

2.5.1. Jedinstveni ugovor o radu kao jedini ugovor ili zamjena za fleksibilne ugovore o radu

Prema izvornom prijedlogu jedinstveni ugovor jest ugovor na neodređeno vrijeme koji bi **zamijenio** sve druge vrste ugovora o radu te time pozitivno djelovao na zapošljavanje i uklanjanje razlika među ugovorima, koje djeluju negativno na tržište rada. Izvorni model vremenom je modificiran pa bi jedinstveni ugovor bio samo jedna od vrsta ugovora o radu, uz već postojeće vrste. Takvog je stajališta i Europska komisija. Sklapanje jedinstvenog ugovora može se ograničiti samo na zapošljavanje novih radnika, a poslodavce različitim mjerama poticati da to čine, primjerice, uvođenjem minimalne plaće, povećanjem naknada za nezaposlenost za fleksibilne oblike zapošljavanja, dok bi poticaj za radnika bile izravne subvencije koje bi primao ako se odluči za tu vrstu ugovora.⁵⁸ Kao što vidimo iz španjolskog primjera, tzv. ugovor o zapošljavanju za poduzetnike predstavlja novi, dodatni oblik ugovora o radu, namijenjen malim poduzetnicima.

Prema mišljenju A. Turrinija, glavni problem u primjeni jedinstvenog ugovora mogao bi biti upravo supostojanje drugih vrsta ugovora o radu. Za zadržavanje ugovora na neodređeno vrijeme zalagale bi se vjerojatno radničke organizacije, dok bi poslodavci bili za ugovore na određeno vrijeme. S time u vezi autor zaključuje da

56 Rebhahn, Robert, *Abfindung statt Kündigungsschutz? – Rechtsvergleich und Regelungsmo-
delle, Recht der Arbeit, Heft 5, 2002., str. 277.*

57 *Protection against Dismissal in Europe, op. cit., str. 30-31.*

58 Kresal, B., *Primerljivost..., op. cit., str. 253.*

bi jedinstveni ugovor imao slabiji učinak na uklanjanje dualizma tržišta rada kada bi morao koegzistirati uz druge vrste ugovora o radu.⁵⁹

Time dolazimo i do drugog spornog pitanja.

2.5.2. Odnos jedinstvenog ugovora i ugovora na određeno vrijeme

Uklanjanjem razlike između ugovora na neodređeno i određeno vrijeme, što je jedno od bitnih obilježja jedinstvenog ugovora, **razbija se zaštita tradicionalno svojstvena ugovoru o radu na određeno vrijeme** jer ta vrsta ugovora ne može prestati prije ugovorenog trenutka prestanka (osim u slučaju teške povrede ugovorne obveze, izvanrednim otkazom). Dakle, pitanje zaštite od otkaza i uređenja radnog odnosa na određeno vrijeme ne može se promatrati odvojeno.⁶⁰

Modelom jedinstvenog ugovora **poništavaju** se također sva postignuća, na nacionalnim ili višoj zakonodavnoj razini, u ograničavanju poslodavca da po svojoj slobodnoj volji/ocjeni zaposli radnika na određeno vrijeme i time izbjegne primjenu otkaznog zakonodavstva. Direktiva br. 1999/70/EZ, o radu na određeno vrijeme⁶¹ rezultat je upravo prepoznavanja potrebe zaštite radnika zaposlenih na određeno vrijeme od diskriminacije te nužnosti sprječavanja zloraba uzastopnim zaključivanjem ugovora na određeno vrijeme. Njome se od država članica EU-a traži da, uzimajući u obzir zahtjeve pojedinih grana i/ili skupina radnika, provedu jednu od više mjera: utvrde postojanje objektivnih razloga koji opravdavaju ponovno sklapanje takvih ugovora (ili odnosa); utvrde najdulje dopušteno trajanje uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme; ograniče broj uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme.⁶² Prihvaćanjem modela jedinstvenog ugovora otvara se put samovolji poslodavca koji dobiva slobodu „*to hire and fire*“.

2.5.3. Stupnjevanje zaštite radnika

Stupnjevanje zaštite radnika kod jedinstvenog ugovora ovisno je o duljini radnog odnosa radnika kod poslodavca. Prema stajalištu radnopravnih teoretičara to može imati negativne učinke za ranjivije skupine radnika na tržištu rada: **potencijalno može štetiti ženama**, odnosno povećanju njihova sudjelovanja na tržištu rada, te djelovati nepovoljno, posebice, na **mlade radnike** na tom istom tržištu.⁶³

Činjenica je da su **žene** češće angažirane na temelju ugovora na određeno vrijeme, u različitim oblicima privremenog rada, u manjim poduzećima ili na slabije plaćenim poslovima.⁶⁴ Poslodavci se boje zapošljavanja žena na neodređeno vrijeme zbog njihovih obiteljskih obveza i majčinstva, koje su razlog njihova odsustvanja s

59 Turrini, A., op. cit.

60 Protection against Dismissal in Europe, op. cit., str. 30.

61 Council Directive 1999/70/EC, cit.

62 Klauzula 5.1 Okvirnog sporazuma o radu na određeno vrijeme (Aneks Direktive).

63 Protection against Dismissal in Europe, op. cit., str. 3.1.

64 European Commission, Employment in Europe, op. cit., str. 53-54.

radnog mjesta. Prema mišljenju Europske komisije položaj žena može se poboljšati samo boljom ravnotežom između poslovnog i obiteljskog života.⁶⁵ Predviđa se da će u budućnosti zapošljavanje žena biti veći problem.⁶⁶

Mlađi radnici posebno su osjetljiva skupina na tržištu rada. Može li jedinstveni ugovor pomoći zapošljavanju mladih i tako otkloniti postojeće probleme? Prema statističkim podacima zapošljavanje je palo među svim profesionalnim grupama mladih, za razliku od starijih radnika. To je, dijelom, rezultat pretežno privremenog rada u kojem su angažirani te njihove nerazmjerne zastupljenosti u određenim djelatnostima osjetljivim na cikličke promjene. Mlađi radnici posebice su osjetljivi zbog češćih promjena: prijelaza iz škole na prvi posao, s prvog na drugi posao itd., te češćeg zaposlenja u različitim oblicima privremenog rada. Mladi češće prelaze iz jednog radnog statusa u drugi, iz zaposlenosti u nezaposlenost, nego što to čine odrasli radnici, prije no što pronađu posao koji odgovara njihovim očekivanjima, ili se pak povlače s tržišta rada tijekom, npr. nastavka obrazovanja. Česte promjene donose i dugotrajne rizike, kao što su dugotrajna nezaposlenost ili odlazak s tržišta rada. Na razini EU-a nastoji se stvoriti politika zapošljavanja mladih, kao okvir koji bi trebao biti temelj daljnjim posebnim inicijativama za: profesionalno obrazovanje povećavanjem mogućnosti pripravništva; poticanje visoko kvalitetnog obrazovanja na radnom mjestu nakon završetka školovanja (diplome); promicanje zemljopisne mobilnosti mladih radnika te stimuliranje njihova zapošljavanja.⁶⁷ Čini se da bi jedinstveni ugovor mogao biti dobar mehanizam za zapošljavanje mladih za poslodavce, ali izrazito nesiguran za mlade radnike, koji često mijenjaju posao pa ne mogu ostvariti dulji staž kod poslodavca.

Prema ocjeni doktrine **duljina staža** ne bi smjela biti jedini ili glavni kriterij za određivanje stupnja zaštite koja će se pružiti radniku. U tom smislu važni su aspekti sigurnosti radnog odnosa, zapošljivosti i osposobljavanja, kao i sigurnosti radnog mjesta.⁶⁸ Zapošljivost (*employability*) predstavlja sposobnost radnika da se prilagodi dostupnim vrstama radnog odnosa.⁶⁹ Ovaj je pojam jedan od

65 O mjerama kojima se to može postići, vidi više: European Commission, *Employment in Europe*, op. cit., str. 102-103.

66 One koje postanu nezaposlene imat će veće poteškoće u pronalazenju posla, biti ranjivije na otvorenom tržištu rada, jer u prosjeku imaju manje radnog iskustva, karijeru češće ostvaruju radeći na temelju ugovora na određeno vrijeme, i to s nepunim radnim vremenom, ali i zbog zapošljavanja u djelatnostima na koje će snažnije djelovati najavljena fiskalna ograničenja. European Commission, *Employment in Europe*, op. cit., str. 53-54.

67 Prema statističkim podacima nezaposlenost mladih radnika (do 25 godina) u zemljama EU-a dosegla je 20% radno sposobne populacije mladih. Preko 5 milijuna mladih je nezaposleno, a poražavajući je podatak da je razina nezaposlenosti u stalnom porastu (primjerice, 2007. iznosila je 50%, da bi 2009. iznosila čak 65%). European Commission, *Employment in Europe*, op. cit., str. 57-60.

68 *Protection against Dismissal in Europe*, op. cit., str. 31.

69 Rojot, J., *Security of Employment*, op. cit., str. 394.; *European industrial relations dictionary*: <http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary/definitions/employ...>, 30.6.2008.

elemenata Europske strategije zapošljavanja.⁷⁰ Zapošljivost počiva na dostupnosti obrazovanja i učinkovitim mehanizmima ravnoteže na tržištu rada, bez nepotrebnih birokratskih pritisaka na poduzeća, i podijeljena je odgovornost između lanca poduzeća i pojedinca. Ipak, tehnička i pravna sredstva osiguranja te ravnoteže tek treba razviti.⁷¹ Svrha je suvremenog zakonodavstva o zaštiti od otkaza postizanje veće sigurnosti radnog odnosa, koju možemo odrediti kao postojanje određenog oblika normativne intervencije radi zaštite radnika od arbitrarne odluke poslodavca da otkáže radniku ugovor o radu.⁷² No ne treba zaboraviti ni tradicionalni pojam sigurnosti radnog mjesta, kojeg vezujemo uz funkcionalnu fleksibilnost.⁷³ Ona radnika čini prilagodljivim na promjene unutar poduzeća jer može obavljati rad na različitim radnim mjestima.

2.5.4. *Opravnani razlog za otkaz*

Kreatori modela jedinstvenog ugovora strogo razlikuju neopravnani (abuzivni, nezakonit) otkaz od poslovno uvjetovanog otkaza (otkaza zbog ekonomskih razloga, „ekonomskog otkaza“), te na tomu temelje različiti režim postupanja, odnosno obveze poslodavca. Kod poslovno uvjetovanog otkaza, ako poslodavac poštuje postupak i izvrši svoje financijske obveze (radniku isplati otpremninu i uplati doprinos solidarnosti javnim vlastima), presumiralo bi se da postoji opravdani razlog za otkaz. Uloga suca time se ograničava na ispitivanje postojanja tih formalnih pretpostavki, a sud ne bi smio ulaziti u ocjenu je li otkaz koji je poslodavac dao radniku bio zakonit, odnosno utemeljen na opravdanom razlogu. Takvo se razlikovanje i prijedlog ocjenjuje potencijalno opasnim jer i poslovno uvjetovani otkaz kao i postupak njegova donošenja može sadržavati elemente neopravdanosti, nevaljanosti (abuzivnosti).⁷⁴

Odstupanje od kriterija opravdanog razloga kao kriterija valjanosti poslovno uvjetovanog otkaza, ali i druge vrste otkaza, **nije prihvatljivo**. Njime se, naime, **odstupa od temeljnog, minimalnog i široko prihvaćenog standarda opravdanog**

70 *European Employment Strategy* (dalje: EES) usvojena je Ugovorom iz Amsterdama (1997.) i time unesena kao novo „poglavlje o zapošljavanju“ (čl. 125-130 UFEU, ex čl. 125-130) u Ugovor o EZ-u. Više: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=en, 1.2.2013>.

71 No postoji i drugo shvaćanje zapošljivosti, prema kojem je teret sigurnosti radnog odnosa samo na radniku, koji se sam mora brinuti za stvaranje i održavanje svoje prilagodljivosti različitim vrstama radnog odnosa. Samo će se oni uspješni prilagoditi i prosperirati, ostali postaju izopćenici iz informatičkog društva. Rojot, Jacques, *Security of Employment and Employability*, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (ed. R. Blanpain), VIIIth and rev. ed., The Hague, Kluwer Law International, 2004., str. 394.

72 Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 353.

73 Ili, tzv. interna, kvalitativna fleksibilnost, odnosi se na promjenu zadataka i sposobnosti radnika kako bi se povećala produktivnost. U američkoj i, nešto manje, europskoj literaturi o ljudskim resursima govori se o modelu „elastičnosti“ (*resilience*). On uključuje sposobnost pojedinca da se suoči s promjenom posla, ali i sposobnost da te promjene predvidi, kao i sposobnost poduzeća da radnicima pomogne razviti te sposobnosti. Rojot, J., op. cit., str. 394.

74 *Protection against Dismissal in Europe*, op. cit., str. 31.

razloga za otkaz ugovora o radu, utvrđenog međunarodnim instrumentima: Konvencijom br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca MOR-a (1982.)⁷⁵ i preporukama br. 119 i 166 istog naziva;⁷⁶ a na razini EU-a direktivama o kolektivnim viškovima⁷⁷ te direktivama o prijenosu poduzeća.⁷⁸ Europska socijalna povelja sadrži odredbe o zaštiti u slučaju otkaza po uzoru na odredbe Konvencije br. 158, a Povelja temeljnih prava EU-a, iz 2007., uređuje temeljno pravo na zaštitu od neopravdanog otkaza, a obvezujuća je za sve države članice EU-a te njezine institucije i tijela.

Smatramo da problem odstupanja (neprihvatanja) od kriterija opravdanog razloga za otkaz u modelu jedinstvenog ugovora o radu (danas) ili nekom drugom sličnom modelu (sutra) treba promatrati u širem kontekstu, u svjetlu rasprava koje se vode o univerzalnim, temeljnim načelima uređenja prestanka radnog odnosa, a jedno od njih je i standard opravdanog razloga za prestanak ugovora.

Također, stvarni učinak navedenih instrumenata, koji propisuju opravdani razlog za otkaz, ovisi o personalnom području njihove primjene, odnosno mogućnosti da se određene skupine radnika isključe iz dosega zaštite zajamčene ovim propisima. To znači, da bez obzira na prihvaćenost ovih instrumenata u nacionalnom zakonodavstvu, mogu postojati skupine osoba na koje se neće primjenjivati zaštitne odredbe.

2.5.4.1. Standard opravdanog razloga za otkaz u Konvenciji br. 158 MOR-a

Standardi sadržani u Konvenciji br. 158 (1982.) te preporukama br. 119 (1960.) i br. 166 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca temelj su **suvremenog sustava zaštite od prestanka ugovora o radu**. Od nacionalnog se zakonodavca traži uvođenje **standarda opravdanog (valjanog) razloga**

75 Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, No 158, Geneva, 68th Conference, 1982 (Termination of Employment Convention).

76 Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, No 119, Geneva, 47th Conference, 1963 (Termination of Employment Recommendation); Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, No 166, Geneva, 68th Conference, 1982 (Termination of Employment Recommendation).

77 Direktiva br. 75/129/EZ iz 1975. g. (Council Directive 75/129/EEC of 17 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, OJ L 048, 22.02.1975, p. 29-30.); Direktiva br. 92/56/EEZ iz 1992. g. (Council Directive 92/56/EEC of 24 June 1992 amending Directive 75/129/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, OJ L 245, 26.08.1992, p. 3-5.) i Direktiva br. 98/59/EZ iz 1998. g. (Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating the to collective redundancies, OJ L 225, 12.08.1998, p. 16-21.).

78 Direktiva 77/187/EEZ o ujednačavanju pravnih propisa država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, pogona ili dijela pogona, Direktiva 98/50/EZ (istog naziva) i Direktiva 2001/23/EZ o ujednačavanju pravnih propisa država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, djelatnosti, dijela poduzeća ili dijela djelatnosti, kojom su kodificirane ranije dvije direktive.

(*valid reason*) za prestanak radnog odnosa, ali i poštivanje određenih elemenata **postupovne zaštite** radnika u slučaju prestanka radnog odnosa.

Mehanizam zaštite temelji se na pokušaju usklađivanja poduzetničkih interesa poslodavca, s jedne, i interesa radnika za sigurnim i stalnim radnim odnosom, s druge strane. **Sigurnost radnog odnosa** jedan je od široko prihvaćenih ciljeva i postulata suvremenih zakonodavstava o zaštiti od prestanka ugovora o radu, a može se, kao što je već navedeno, odrediti kao postojanje normativne intervencije, tj. pravnih pravila i propisa kojima se radnike želi zaštititi od arbitrarne odluke poslodavca o prestanku ugovora o radu.

Stručnjaci MOR-a vodili su 2011. godine tripartitnu raspravu o tomu jesu li načela prihvaćena Konvencijom br. 158 relevantna i danas, kao što su to bila prije 30 godina, u vrijeme njezina donošenja, te jesu li prihvatljiva u novom vremenu, današnjim gospodarskim okolnostima.⁷⁹ Konvencija se bavi jednim od najvažnijih pitanja politike rada, ali dotiče i pitanja odnosa između zaštite radnika od otkaza i obavljanja rada, te privremenog zapošljavanja i fleksigurnosti. Ona su i najčešća u praksi sudova pa su zato bila središte spomenute rasprave.⁸⁰

2.5.4.1.1. *Opravedani razlog za otkaz općenito*

Konvencija vezuje **definiciju opravdanog razloga** za prestanak radnog odnosa uz tri grupe razloga: sposobnost radnika, ponašanje radnika i poslovne potrebe poduzeća, ustanove ili službe (čl. 4.). Predviđena je i lista razloga koji ne predstavljaju opravdani razlog za prestanak ugovora (otkaz bi bio suprotan određenim pravima ili građanskim slobodama).⁸¹

79 Tripartite Meeting of Experts to Examine the Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158), and the Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166): Final report, Geneva, ILO, International Labour Standards Department, 2011. (dalje: Tripartite Meeting ILO), str. 6. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_165165.pdf>, 18.2.2013.

80 Tripartite Meeting ILO, op. cit., str. 1. Smjernice za raspravu daje Deklaracija o socijalnoj pravdi za pošteni globalizaciju iz 2008. godine, koja naglašava da socijalna politika MOR-a mora biti odgovor na svijet rada, a međunarodni standardi rada moraju biti sredstva za postizanje četiri strateška cilja MOR-a. ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, ILO, Geneva, 10 June 2008. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099766.pdf>, 28.2.2013.

81 Članstvo u sindikatu, ili radničkom vijeću, podizanje tužbe ili sudjelovanje u postupku protiv poslodavca zbog pretpostavljenog kršenja zakona ili podzakonskih akata, rasa, religija, spol, bračni status, socijalno podrijetlo, ili političko mišljenje, odsutnost s rada zbog porodnog dopusta i privremena odsutnost s rada zbog bolesti ili ozljede. Ove zabrane široko su prihvaćene u nacionalnim zakonodavstvima. Više: Termination of employment relationships, Legal situation in the Member States of the European Union, European Commission (Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit D2), April 2006., str. 47-55; Kresal, Barbara, Termination of Employment Relationships, Legal situation in the following Member States of the European Union: Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia, Ljubljana, European Commission, 2007., str. 55-59.

Vezivanje zakonitosti otkaza uz postojanje **opravdanog razloga** nesumnjivo predstavlja teret za poslodavce. U raspravi stručnjaka **predstavnicu poslodavaca** istaknuli su čitav niz problema vezanih upravo uz propisivanje opravdanog razloga kao temelja valjanog otkaza. Smatraju da se time dodatno opterećuje poslodavca (obvezom isplate otpremnine radniku i pronalaženjem novog radnika te njegovim osposobljavanjem za rad). Također, ističu **pravnu nesigurnost** do koje dovodi činjenica da valjani razlog može biti predmet **sudačke ocjene** u sporu, a moguće je da različita tijela tome razlogu daju različito tumačenje. Odredba stvara nefleksibilnost u radnim odnosima, a to vodi zatvorenom tržištu. Rigidnost odredbi vodi k neformalnim oblicima rada. Kao suprotan, pozitivan primjer navode Švicarsku, koja na otkaz ne primjenjuje opravdani razlog, a („usprkos tomu, ili upravo zbog toga“) ima visoku razinu sigurnosti radnog odnosa.⁸²

Vezivanje zakonitosti otkaza uz postojanje opravdanog razloga predstavlja važnu civilizacijsku tekovinu. U najširem smislu *socijalno opravdani otkaz* može se definirati kao otkaz kojim se interesi radnika narušavaju, ali je to narušavanje svedeno na najmanju moguću mjeru i opravdano je s aspekta interesa poslodavca, a temelji se na razlozima sposobnosti radnika, ponašanja radnika i poslovnih potreba poduzeća, ustanove ili službe, koji onemogućavaju daljnji nastavak radnog odnosa.

Želimo istaknuti **značenje i svrhu zaštite radnika od otkaza**. Zaštitne odredbe o otkazu (prestanku radnog odnosa) danas se temelje na ustavnim odredbama o slobodi rada i pravu na rad. S jedne strane, vodi se briga o načelu *slobodnog izbora radnog mjesta radnika*, koje uključuje i pravo radnika da to radno mjesto zadrži, te, s druge strane, o *poduzetničkoj slobodi poslodavca*, koja uključuje pravo da zaposli onog radnika koji odgovara njegovim potrebama i predodžbama, kao i da otkáže radniku. Suprotni interesi dviju ugovornih strana pokušavaju se pomiriti odredbama o otkazu.⁸³

Općim pravnim pravilima koja uređuju redoviti otkaz *ograničava se poslodavčeva sloboda otkazivanja*.⁸⁴ U njemačkoj teoriji i judikaturi ističe se kako je jedno od osnovnih načela, na kojima se temelje zakonske odredbe o zaštiti od otkaza, upravo *načelo prava posloprimca na njegov radno mjesto*, čime svrha zakona postaje „zaštita radnog mjesta“, odnosno „zaštita stalnosti radnog odnosa“. ⁸⁵ Može se ustvrditi da je zaštita sigurnosti ili stalnosti radnog odnosa široko prihvaćena kao svrha zakonodavstva o zaštiti od otkaza.⁸⁶ U usporednom pravu ona

82 Tripartite Meeting ILO, op. cit., str. 15.

83 Usp. Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 510.

84 Linck, Rüdiger, §§ 1-11, u: *Kündigungsschutzgesetz (Kommentar)*, v. Linck, Rüdiger, v. Hoyningen-Huene, Gerrick, 14. Aufl., München, Beck, 2007, str. 65 (Rn 4); Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 385.; Lyon-Caen, Gérard, Pélissier, Jean, Supiot, Alain, *Droit du travail*, 19^e édition, Paris, Dalloz, 1998., str. 385-386.; Potočnjak, Željko, Sporovi o novom hrvatskom radnom zakonodavstvu, *Revija za socijalnu politiku*, god. I, br. 1, 1994., str. 41.

85 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 65 (Rn. 4).

86 Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 353; Rojot, J., op. cit., str. 375 i d. U starijoj literaturi vidi Tintić, Nikola, Stalnost zaposlenja i pravne posljedice nezakonitog otkazivanja radniku, *Naša zakonitost*, god. XIII, br. 1-2, 1959., str. 37. i d.

se ostvaruje u različitom opsegu.⁸⁷

Vezano uz kritiku da je pojam opravdanog razloga za otkaz prihvaćen Konvencijom neodređen, treba istaknuti da pored 'opravdanosti' ili 'valjanosti' razloga (*valid reason, justified reason, just cause*) zbog kojeg se otkazuje ugovor o radu, danas većina zakonodavstava i sudske prakse traži da razlog bude „dovoljno ozbiljan da opravdava otkaz“ (*sufficiently serious to justify dismissal*). U pravilu, radni sudovi dopuštaju poslodavcu određeni stupanj diskrecije u odlučivanju je li određeni razlog dovoljan ili nije da bi otkaz bio opravdan, pa se može govoriti i o *standardu razumnog poslodavca*, jer će se otkaz smatrati neopravdanim, ako razumni poslodavac ne bi otkazao zbog tog razloga.⁸⁸

Usvajanje ovakvoga dodatnog kriterija ili pravnog standarda nametnulo se kao nužnost. S jedne strane, kriterij 'opravdanog razloga' u Konvenciji nije detaljnije opisan. S druge strane, i u onim zakonodavstvima u kojima su obilježja pojedinih razloga otkaza detaljnije uređena, ipak je još uvijek riječ o pravnim standardima čiji sadržaj određuju sudovi.⁸⁹ Kako ističu Deakin i Morris, zakon upozorava na diskrecijsku narav zadaće suda, koji treba utvrditi je li poslodavac 'postupao razumno' smatrajući razlog na kojem je utemeljio otkaz 'dovoljnim' (tzv. test razumnosti, *reasonableness test*).⁹⁰

Uzimajući u obzir činjenicu da su odredbe Konvencije br. 158 oblikovane pod snažnim utjecajem njemačkoga prava, točnije Zakona o otkazu, iz 1951. godine, za tumačenje navedenih standarda nezaobilazna su razmatranja postavki njemačke radnopravne teorije. U njoj je stvoren sustav temeljnih **načela** na kojima se temelji shvaćanje danas široko prihvaćenog pojma socijalne opravdanosti otkaza, odnosno zaštite od socijalno neopravdanog otkaza.⁹¹

2.5.4.1.2. *Opravdani razlog za poslovno uvjetovani otkaz*

Tvorci modela jedinstvenog ugovora posebno se snažno protive nužnosti postojanja opravdanog razloga za poslovno uvjetovani, ekonomski otkaz. Prema

87 Načelo sigurnosti radnog odnosa (radnog mjesta) prihvaćeno je i u britanskom pozitivnom pravu koje uređuje otkaz, ali doktrina dokazuje da se ono ne ostvaruje u potpunosti, jer su obveze poslodavca prije svega postupovne naravi. Collins, Hugh, *Justice in Dismissal (The Law of Termination of Employment)*, Oxford, Clarendon Press, 1992., str. 273; Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 510.

88 Hepple, Bob, *Security of Employment*, u: *Comparative Labour Law and Industrial Relations* (ed. R. Blanpain), 3rd ed., Deventer et al., Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987., str. 498-499.

89 Ž. Potočnjak ističe kako je zato posebno važno poznavati sudsku praksu. Potočnjak, Ž., *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., str. 380.

90 Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 490, 492.

91 To su: načelo neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa, načelo odmjeravanja koristi i interesa, načelo *ultima ratio* (načelo razmjernosti), načelo prognoze. Također, razvijena su i mjerila ocjenjivanja opravdanosti otkaza. Više: Laleta, Sandra, *Prestanak ugovora o radu (doktorska disertacija)*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2011., str. 140-157.

predloženom modelu, poslodavac koji želi otkazati ugovor o radu zbog ekonomskih razloga ne bi morao imati opravdani razlog za takav otkaz, niti pokušati prije otkaza zaposliti radnika na drugim poslovima, a ovo značajno ublažavanje zakonskih obvezi trebala bi **kompensirati naknada (štete) radniku** kojem prestaje ugovor o radu, koja bi trebala donijeti korist ne samo radniku, nego i državi.⁹² Može li kompenzacija biti dovoljna da se s obzora prestanka ugovora o radu uklone opravdani razlog i obveza poslodavca da poduzme mjere kojima se pokušava izbjeći otkaz ili ublažiti njegove posljedice za radnika? Odgovor je negativan. U nastavku se ovaj složeni i suptilni mehanizam analizira kroz stajališta doktrine i judikature.

U **radnopravnoj teoriji** poslovno uvjetovani otkaz definira se kao otkaz koji omogućuje poslodavcu da svoje obveze iz ugovora o radu uskladi s promijenjenim okolnostima, posebice s izmijenjenim potrebama za radom određenog radnika.⁹³ Njime poduzetnici smanjuju troškove rada, osobito troškove za plaće, i tako odgovaraju na zahtjeve koje pred njih postavlja globalizirano gospodarstvo i tržišno natjecanje. Za razliku od osobno uvjetovanog i otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika, razlozi za otkaz nalaze se na strani poslodavca; to su okolnosti ili događaji u vezi s poslovanjem, neovisni o osobi radnika kojem se otkazuje ugovor o radu.⁹⁴

Legislativna sloboda zakonodavca da uredi zaštitu radnika od poslovno uvjetovanog otkaza ograničena je ustavom zajamčenim pravima radnika i poslodavca: slobodom rada, pravom na rad, kao i slobodom poduzetništva. Zakonodavac mora voditi brigu o slobodi poduzetništva poslodavca, s jedne strane (zabrana prekomjernosti), te učinkovitoj zaštiti radnog mjesta radnika, s druge (zabrana ići ispod minimuma).⁹⁵

Pravo poslodavca da raskine radni odnos ne smije biti isključeno ili nerazmjerno ograničeno jer bi to predstavljalo nedopustivo zadiranje u ustavom zajamčenu slobodu zanimanja poslodavca, koja uključuje poduzetničku slobodu, a ova, među ostalim, i mogućnost odlučivanja o tomu koje će i koliki broj radnika zaposliti ovisno o potrebama.⁹⁶ Kod ocjene minimuma zaštite valja voditi brigu o tomu da kod poslovno uvjetovanog otkaza poslodavac sâm svojim poduzetničkim konceptom uzrokuje otkaz, za razliku od osobno i ponašanjem radnika uvjetovanog otkaza, gdje uzroci za otkaz proizlaze iz sfere radnika.⁹⁷

92 Lokiec, F., op. cit., str. 52

93 Potočnjak, Željko, *Prestanak ugovora o radu*, u: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Ž. Potočnjak), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 382.

94 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 260 (Rn. 682).

95 Kiel, Heinrich, § 1 KSchG, u: A/P/S, op. cit., str. 349 (Rn. 444). Kako ističu britanski teoretičari, otkaz zbog ekonomskih razloga zadire, s jedne strane, u ključno područje, tzv., *managerial prerogatives*, prava poslodavca da daje upute, upravlja organizacijom rada, a s druge, potiče zahtjeve radnika za 'vlasništvom radnog mjesta' (*job property*). Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 481.

96 Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 349-351 (Rn. 445-448).

97 Ibid., str. 351 (Rn. 448).

Prema stajalištu ekonomista koji predlažu uvođenje jedinstvenog ugovora, sudovi nisu kompetentni ispitivati razloge zbog kojih je poslodavac otkazao ugovor o radu jer ne raspolažu s dovoljno podataka o takvoj odluci.

Autonomna odluka poslodavca, kojom odgovara na određenu makro-ekonomsku situaciju ili ekonomsku situaciju u poduzeću, čini jednu od pretpostavki poslovno uvjetovanog otkaza. Neotklonjiva potreba izricanja otkaza nije neposredan rezultat određenih gospodarskih kretanja, već pod utjecajem takvih okolnosti poslodavac donosi određenu organizacijsku odluku.⁹⁸ Ona stoji na početku postupka otkazivanja. Okolnosti (razlozi) mogu biti vanjske ili unutarnje naravi. Razloge za poduzetničku odluku treba, dakle, uvijek razlikovati od same odluke. Razlozi su povod organizacijskim mjerama, u kojima je sadržana odluka poslodavca.⁹⁹

Zbog slobode poduzetništva sudovi ne smiju ispitivati je li namjeravana mjera gospodarski svrhovita, odnosno kontrolirati učinkovitost postupanja poslodavca.¹⁰⁰ Kako se ističe u domaćoj doktrini, sudsko utvrđivanje razloga za otkaz u svakom pojedinačnom slučaju „ne smije dovesti do takvog ograničenja slobode poduzetništva koje bi pretvorilo suce u osobe koje odlučuju o poslovnoj politici poduzeća u svezi s radnicima.“¹⁰¹

Ograničenje sudačke kontrole ima za posljedicu da suci ne smiju vršiti opće odmjerenje interesa, odnosno utvrđivati odnos između prednosti koje otkaz donosi poslodavcu i štetnih posljedica otkaza za radnika. U tom smislu u njemačkoj je judikaturi ocijenjeno da odluka poslodavca čiji je cilj daljnje povećanje dobiti poduzeća nije sama po sebi samovoljna jer je ostvarivanje dobiti jedna od ustavom zaštićenih svrha poduzetništva.¹⁰²

U sudskom postupku poduzetnička odluka podvrgnuta je dvjema vrstama kontrole: kontroli zakonitosti i kontroli postojanja zlorabe. **Kontrola zakonitosti** uključuje nekoliko aspekata: provedivost odluke (provođenje ne smije biti protivno prisilnim zakonskim normama ili odredbama kolektivnog ugovora); utvrđivanje je li predmet poduzetničke odluke rad radnika, još uvijek zaposlenog kod poslodavca, koji je protivan ugovoru o radu (tako se primjerice, nekom stručnjaku ne bi smjelo povjeriti obavljanje isključivo pomoćnih poslova),¹⁰³ te utvrđivanje je li odluka po-

98 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 261 (Rn. 686); Preis, Ulrich, *Autonome Unternehmensentscheidung und „dringendes betriebliches Erfordernis“*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Heft 6, 1995., str. 241. i d.

99 To se posljedično odražava i na teret dokazivanja u sudskom postupku povodom otkaza, pa poslodavac mora dokazati sadržaj poduzetničke odluke i njezino djelovanje na pogon, odnosno postojanje 'poslovne potrebe'. BAG 16.12.2004, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

100 Poslodavac snosi ekonomski rizik za racionalno organiziranje i uređenje poduzeća. Stalna sudska praksa BAG 26.9.2002, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung i dr.; Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 265 (Rn. 699); Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 356 (Rn. 463).

101 Potočnjak, Ž., *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., str. 384.

102 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 267 (Rn. 702).

103 BAG, 17.6.1999, AP Nr. 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, cit. prema Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 265 (Rn. 696).

stojala u trenutku izricanja otkaza radniku.¹⁰⁴ Pri **kontroli zlorabe** suci ispituju je li namjeravana mjera očito neodgovarajuća, nerazborita ili proizvoljna.¹⁰⁵

Razmatrajući praksu naših sudova može se zaključiti da oni u pravilu ne ispituju je li opravdana ocjena poslodavca o prestanku potrebe za radom radnika, već su u ocjenjivanju dopuštenosti otkaza uglavnom usmjereni: na kontrolu formalnih aspekata dopuštenosti otkaza (posebice kod kolektivnih viškova radnika) te na sprječavanje zloraba ovlasti poslodavca u vezi s otkazom ugovora o radu.¹⁰⁶

U nizu odluka njemački Savezni radni sud (BAG) bavio se pitanjem pravne zlorabe u odluci o prijenosu poslova poduzeća na treće osobe. Prema stajalištu BAG-a zloraba postoji ako poslodavac stvaranjem odvojenih organizacijskih dijelova dijeli poduzeće na više dijelova kako bi radnike lišio pravne zaštite za slučaj otkaza i bio „slobodan“ otpustiti ih.¹⁰⁷ U pravnoj literaturi posebno se ističe jedna novija presuda BAG-a kojom je taj sud utvrdio nevaljanom poduzetničku odluku da dio poduzeća, odjel servisnih službi klinike za reumatske bolesti, nastavi raditi kao posebno društvo (korporacija, *Organgesellschaft*) koje tek treba osnovati, i koje će financijski, ekonomski i organizacijski biti potpuno uključeno u to poduzeće, ali s novim radnicima koje treba zaposliti. Zlorabom je ocijenjen izbor novog poduzetničkog koncepta kojim se smanjuju troškovi, ali se ne mijenja ništa u proizvodnom procesu, nego uzrokuje gubitak radnih mjesta, za kojima će kasnije postojati potreba, iako u nešto manjem opsegu. Sud je ocijenio da je cilj takve organizacijske promjene bio izbjegavanje primjene pravila o zaštiti od otkaza te slobodno otpuštanje radnika, kako bi se kasnije zaposlili novi, slabije plaćeni radnici.¹⁰⁸

Kako otkaz sam po sebi ne predstavlja slobodnu poduzetničku odluku, već je samo posljedica provedbe takve odluke u okviru poduzeća, kada se odluka o organizacijskoj promjeni i odluka o otkazu praktično poklapaju, smatra se da poduzetnička odluka nije utemeljena na stvarnim razlozima. Zbog toga poslodavac koji je donio poduzetničku odluku čiji se sadržaj odnosi isključivo na smanjenje broja radnika mora, prema mišljenju BAG-a, dokazati u kojem opsegu planira smanjiti osoblje te kako će isti posao obavljati preostali radnici, a da ih se ne optereti prevremenim radom iznad propisanih obveza.¹⁰⁹

Ovakvo stajalište imaju i **britanski** sudovi, koji u tumačenju zakonske odredbe o ekonomskom otkazu (čl. 139(1) ERA (1996.)), poštuju pravo poslodavca da

104 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 265 (Rn. 697).

105 Teret dokaza da je poduzetnička odluka neodgovarajuća, nerazborita ili proizvoljna, snosi radnik.

106 Potočnjak, Ž., *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., str. 384.

107 BAG 12.2.2004, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969.

108 BAG 26.9.2002, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 268 (Rn. 704). Reuter, Dieter, *Unternehmerische Freiheit und betriebsbedingte Kündigung*, *Recht der Arbeit*, Heft 3, 2004., str. 161-167. Neki autori ovu presudu smatraju jednom od najvažnijih presuda u području otkaza ugovora o radu u posljednjih 15 godina, dok drugi drže da je obrazloženje problematično.

109 BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.; BAG 19.6.1999, AP Nr. 101, 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

odluči o stvarima koje se odnose na veličinu, svrhu i upravljanje poduzećem. Test kojim se utvrđuje postojanje „prestanaka obavljanja posla“ (kao razlog za otkaz) ne bavi se širom svrhom koju ima takva odluka poslodavca. Nije stvar sudova ispitivati motive menadžmenta da zatvori poduzeće,¹¹⁰ odnosno ispitivanje ispravnosti ili neispravnosti takve odluke. Sudovi ispituju je li poslodavac u trenutku otkaza imao važan razlog za to; poslodavac to treba dokazati u postupku. Ako sud utvrdi da su postojali dobri objektivni razlozi za otkazivanje radniku, otkaz je zakonit.¹¹¹

Navedena stajališta dokazuju važnost uloge suda u ispitivanju opravdanosti poslovno uvjetovanog otkaza te sprječavanju arbitrarnosti poslodavca pri otkazivanju ugovora o radu.

2.5.4.1.3. *Klauzula fleksibilnosti – isključenje određenih skupina osoba iz primjene odredbi Konvencije*

Drugo temeljno pitanje odnosi se na personalno područje važenja Konvencije. Ako analiziramo **personalno područje primjene Konvencije**, ono obuhvaća sve zaposlene osobe (*employed persons*), a ne samo radnike. No Konvencija sadrži i klauzulu fleksibilnosti koja dopušta izuzeće od primjene za određene skupine osoba zaposlene *na određeno vrijeme* te druge skupine osoba,¹¹² uz ispunjenje određenih pretpostavki.¹¹³

Radnici **zaposleni na određeno vrijeme** skupina su koju je, dakle, moguće isključiti iz primjene Konvencije. To su, detaljnije: radnici zaposleni na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme ili za određeni zadatak; radnici na probnom radu ili oni zaposleni kraće od određenog, unaprijed utvrđenog kvalificirajućeg razdoblja koje mora biti razumnog trajanja te povremeni radnici zaposleni na kratko vrijeme. No prema Konvenciji obveza je nacionalnog zakonodavca da predvidi prikladna sredstva kako bi se spriječilo poslodavce da zaključuju ugovore na određeno vrijeme i time zaobiđu primjenu zaštite propisane Konvencijom (čl. 2. st. 2. i 3.). Također, svaka država članica koja isključi neku od navedenih

110 Predmet *Moon v. Homeworthy Furniture (Northern) Ltd.* [1977] ICR 117, 121. cit. prema Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 482. U ovom predmetu tvornica je zatvorena, čime su radnici postali višak. Navodni motiv zatvaranja bila je odmazda zbog sindikalnog aktivizma u tvornici. Sam čin zatvaranja dovoljan je da opravda postojanje viška radnika, pa je otkaz ocijenjen zakonitim.

111 Predmet *Hindle v. Percival Boats Ltd.* [1969] 1 WLR 174; *Baxter v. Limb Group of Companies* [1994] IRLR 572, cit. prema Deakin, S., Morris, G., op. cit., str. 482.

112 Važno je istaknuti da gotovo sve konvencije imaju početno široko personalno područje primjene (odnose se na sve radnike), a klauzulom fleksibilnosti dopuštaju se isključenja od primjene za određene skupine radnika, ali na temelju tripartitnog savjetovanja te ovisno o čimbeniku ekonomskog razvoja određene zemlje.

113 Druga skupina osoba koju je moguće isključiti iz primjene, u cijelosti ili djelomice, jesu osobe čiji su uvjeti zapošljavanja uređeni posebnim sporazumima, koji u cjelini pružaju barem jednaku zaštitu kao i Konvencija (čl. 2. st. 4); kao i zaposlene osobe u vezi s kojima se javljaju posebni problemi supstancijalne naravi s obzirom na posebne uvjete zaposlenja tih radnika ili na veličinu ili narav poduzeća u kojima su zaposleni (čl. 2. st. 5).

skupina mora u prvom izvješću o primjeni ratificirane Konvencije navesti razloge za takvo isključenje, a u sljedećim izvješćima navoditi stanje legislative i prakse koji se odnose na isključene skupine, kao i opseg primjene ili predložene primjene Konvencije na te skupine.

Do kakvih praktičnih rezultata može dovesti isključenje neke od skupine radnika? Navodimo primjer iz francuskoga zakonodavstva.

U **Francuskoj** je 2005. godine uvedena nova vrsta ugovora o radu, *novi ugovor o zapošljavanju (contrat nouvelle embauche, CNE)*.¹¹⁴ Bio je namijenjen malim poslodavcima (koji zapošljavaju manje od 20 radnika), a zamijenio je postojeće ugovore na neodređeno vrijeme. Bitno obilježje ovog ugovora na neodređeno vrijeme činila je mogućnost poslodavca da u razdoblju od prve dvije godine (kvalifikacijsko razdoblje) otkáže ugovor radniku bez postojanja opravdanog razloga,¹¹⁵ čime se nastojalo olakšati zapošljavanje radnika u malim i srednjim poduzećima. S obzirom na to da je Francuska ratificirala Konvenciju br. 158 Apelacijski sud u Parizu ispitivao je, povodom tužbe sindikata, je li uređenje navedenog instituta u skladu s klauzulom fleksibilnosti, odnosno mogućnošću da se standard opravdanog razloga za otkaz ne primjenjuje na radnike koji ne ispunjavaju kriterij zaposlenja u tzv. kvalifikacijskom razdoblju. Sud je utvrdio da razdoblje od dvije godine predstavlja predugo, „nerazumno“ razdoblje te da se Konvencija može izravno primijeniti.¹¹⁶ Istog je mišljenja bio i Administrativni savjet Međunarodnog ureda rada, u svojem izvješću iz 2007. godine, utvrdivši da razdoblje konsolidacije iz tog ugovora nije razdoblje „razumnog trajanja“.¹¹⁷ Sporni dekret ukinut je 2008. godine. Pravni neuspjeh *novog ugovora o zapošljavanju* predstavlja očito opterećenje i za model jedinstvenog ugovora o radu.¹¹⁸ Treba napomenuti da je prema statističkim podacima sklopljeno oko 900.000 *novih ugovora*, kojima su, dakle, samo zamijenjeni postojeći ugovori na neodređeno vrijeme pa novog zapošljavanja na temelju takvih ugovora nije bilo, a nakon što je institut ukinut, ugovori su zamijenjeni onima na neodređeno vrijeme.¹¹⁹

U spomenutoj raspravi stručnjaka istaknuta je fleksibilnost nekih odredbi Konvencije i fleksibilna primjena Konvencije, među ostalim, i navedenim odredbama o isključenju od primjene za neke skupine radnika te određenjem opravdanog razloga za otkaz.¹²⁰ Predstavnicima radnika naglasili su da bi svi subjekti u proizvodnom lancu trebali biti svjesni svoje odgovornosti i činjenice da „rad nije

114 Dekret br. 2005-893, 2.8.2005.

115 Izuzetak je bilo otkazivanje utemeljeno na diskriminaciji.

116 Tripartite Meeting ILO, op. cit., str. 11.

117 Gaudu, F., op. cit., str. 12.

118 U doktrini se ističe kako bi se, u slučaju da Francuska nije ratificirala Konvenciju, pravnicima mogli pozvati na čl. 1780. Građanskog zakonika, koji propisuje da sudac može dosuditi naknadu štete radniku koji je dobio otkaz pozivajući se na okolnosti slučaja, tj. na abuzivni otkaz, a neovisno o toj odredbi, na opću teoriju o zloporabi prava. Ibid., str. 13.

119 Tripartite Meeting ILO, op. cit., str. 11.

120 Ibid., str. 27-28.

roba“¹²¹. Načela sadržana u Konvenciji stvar su općeg shvaćanja i temeljnog poštivanja ljudskoga dostojanstva. Ona su stalna i najviša, treba ih unaprjeđivati i ratificirati. Radno pravo nije neprijatelj, već čimbenik napretka.¹²¹ Rasprava je pokazala da još uvijek ne postoji dovoljno argumenata koji bi govorili u prilog izmjene prihvaćenih standarda.

2.5.4.2. *Opravdani razlog u mjerama reformi radnog zakonodavstva – primjer Portugala i Španjolske*

Nedavne reformske mjere portugalskog i španjolskog zakonodavstva ukazuju na jedan novi smjer u definiranju opravdanog razloga za otkaz, k liberalizaciji otkazivanja.

U **portugalskom** pravu uveden je pojam otkaza zbog *neadaptiranosti*, kao pojam koji je sličan pojmu nesposobnosti radnika. Kod primjene razlikuju se dvije skupine radnika. Kada je riječ o starijim radnicima ili radnicima koji obavljaju vrlo složene poslove, poslodavac se na ovaj razlog može pozvati ako: radnik trajno ostvaruje slabije rezultate rada ili je došlo do gubitka kvalitete rada; ako se ponavljaju kvarovi na sredstvima rada te ako postoji opasnost po zdravlje i sigurnost radnika ili drugih osoba. Za ostale radnike može se koristiti ako se radnik nije uspio prilagoditi uvođenju novog proizvodnog postupka ili novih tehnologija ili opreme. Poseban slučaj predstavlja otkaz zbog neadaptiranosti kao posljedice nepostizanja ciljeva oko kojih su se poslodavac i radnik prethodno sporazumjeli.¹²²

Za **španjolsko** novo zakonodavstvo specifične su novine u definiranju razloga za ekonomski otkaz. Opravdanim se razlogom smatra negativna ekonomska situacija koja je utvrđena na temelju analize rezultata poslovanja poduzeća (primjerice, trenutni ili predviđeni gubici ili stalno smanjenje prihoda ili razine prodaje – stalnim smanjenjem smatra se ono koje se očituje kroz tri uzastopna kvartala).¹²³ Cilj koji se detaljnijim određenjem otkaznog razloga želio postići jest pravna sigurnost, odnosno izbjegavanje dugih i neizvjesnih sudskih sporova o nezakonitosti otkaza. U ovom slučaju predviđena je i otpremnina u nižem iznosu nego kod ekonomskog otkaza zbog drugog razloga.¹²⁴

121 Ibid., str. 2.

122 Portugal, Labour market reforms tracker, op. cit., str. 17.

123 Labour market reforms tracker, op. cit., str. 21.

124 Clauwaert, Stefan, Schömann, Isabelle, The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise. Country report: Spain, March 2012, str. 5-6., <<http://www.etui.org/Publications/Working-Papers/The-crisis-and-national-labour-law-reforms-a-mapping-exercise>>, 22.2.2013.

3. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Model jedinstvenog ugovora o radu nastao je kao odgovor ekonomista iz nekoliko mediteranskih zemalja Europe na problem rastuće nezaposlenosti i segmentiranog tržišta rada. Svrha je ugovora ukloniti razlike koje postoje između ugovora o radu na neodređeno i određeno vrijeme, potaknuti zapošljavanje radnika na trajnijoj osnovi, povećanjem troškova otkazivanja u prvim godinama rada radnika kod poslodavca te ublažavanjem primjene ili odustajanjem od primjene standarda opravdanog razloga za otkaz, posebice kod poslovno uvjetovanog otkaza. Radnicima se jamči stupnjevita zaštita, koja raste s godinama staža kod poslodavca. Iako je prvotno zamišljen kao ugovor na neodređeno vrijeme koji bi zamijenio ugovor o radu na neodređeno i na određeno vrijeme, postupno se prihvaća njegovo supostojanje s ovim, „tradicionalnim“ vrstama ugovora, kao i mogućnost sklapanja samo s novozaposlenim radnicima. Na taj se način ponovno stvara razlika između radnika zaposlenih na temelju tog ugovora i drugih ugovora o radu, što nije u skladu s težnjom da se uklone različitosti. Nejasnoće i neodređenost stvaraju pravnu nesigurnost. Novozaposleni radnici koji bi sklapali takve ugovore ostali bi bez tradicionalne zaštite koju uživaju radnici na određeno vrijeme.

Ideju nove vrste ugovora podupire i Europska komisija, osobito kroz prijedloge reformi zakonodavstva pojedinih država članica EU-a. U Španjolskoj je reformom radnog zakonodavstva 2012. godine uveden novi ugovor koji ima obilježja jedinstvenog ugovora o radu, na neodređeno vrijeme i za novozaposlene radnike u malim i srednjim poduzećima. Slična vrsta ugovora (za male poslodavce, kao zamjena za postojeće ugovore na neodređeno vrijeme) bila je prihvaćena u francuskom zakonodavstvu 2005. godine, ali je zbog prava poslodavca da radniku bez opravdanog razloga otkáže ugovor u prve dvije godine rada ocijenjen kao suprotan odredbama Konvencije br. 158 MOR-a te ukinut.

Čini nam se da je upravo odustajanje od široko prihvaćenog standarda **opravdanog razloga za otkaz**, koje se može pripisati nepoznavanju razvoja i značenja zaštite radnika od otkaza, ili čisto ekonomskom poimanju rada (rad kao roba!), jedan od najvećih nedostataka predloženog modela jedinstvenog ugovora. Njime se poslodavcu omogućava arbitrarnost pri otkazivanju te stvara neprihvatljiva pravna nesigurnost. Za radnika znači veliku neizvjesnost jer mu je nepoznata sudbina njegova radnog odnosa koji je gotovo u potpunosti u rukama poslodavca. Neprihvatljiva je i teza da suci nemaju dovoljno informacija da mogu ocjenjivati je li odluka poslodavca o poslovno uvjetovanom otkazu opravdana, kao i presumpcija da opravdani razlog za poslovno uvjetovani otkaz postoji ako je sudac utvrdio da je poslodavac poštivao propisani postupak otkazivanja, isplatio otpremninu radniku i uplatio doprinos solidarnosti javnim vlastima. Isplata otpremnine radniku ne može kompenzirati ovo značajno ublažavanje zakonskih obveza poslodavca.

Stupnjevanje zaštite radnika koju predviđa jedinstveni ugovor stavlja u nepovoljan položaj određene skupine osoba. To su, prije svega, radnici u početnoj etapi rada, dakle, nekoj vrsti probnog rada, u kojoj poslodavac može otkazati bez

opravdanog razloga, te žene i mladi radnici, koji se češće zapošljavaju u različitim oblicima privremenog rada.

Također, valja istaknuti da postoje različita ekonomska stajališta, utemeljena na brojnim istraživanjima, o tomu kako izmjene rigidnih normi o otkazu ugovora o radu utječu na smanjenje nezaposlenosti.

Iz predloženog modela i novih zakonodavnih rješenja može se izdvojiti institut o kojem bi valjalo razmisliti *de lege ferenda*. Riječ je o poslodavačkom fondu za otpremnine, koji bi za radnika značio veća prava i sigurnost, odnosno fleksibilnije korištenje prava na otpremninu. Dio tereta poslodavca mogla bi preuzeti država.

Model jedinstvenog ugovora o radu, o kojem se raspravlja i u vezi s izmjenama hrvatskoga radnog zakonodavstva, kao i novi oblici ugovora u usporednom pravu, kojima je ovaj model bio uzor, eksperimentalni su oblici koji nesumnjivo obilježavaju suvremeno radno zakonodavstvo, u potrazi za rješenjima protiv rastuće nezaposlenosti i nesigurnosti radnika, ali i gospodarskim napretkom. U tom traganju za čarobnom formulom, nadamo se da neće biti zaboravljen jedan njezin element - nastojanje za radom dostojnim čovjeka.

Summary

THE SINGLE OPEN-ENDED CONTRACT

This paper analyzes the theoretical model of single open-ended contract. The latter was created by economists from the European Mediterranean countries in response to unemployment and segmentation of the labour market. The aim of the single open-ended contract is to eliminate the differences between the fixed-term and open-term employment contracts and to stimulate the employment on a more permanent basis. Among its main characteristics are gradual protection of employees which increases according to the length of service; additional financial obligations of employers, as well as significant reduction of employer's obligations in case of termination of the employment contract. The author also examines new forms of employment contracts based on the model of a single open-ended contract, while underlining the disadvantages of the proposed model.

Key words: *single open-ended contract, valid (justified) reason for dismissal, reforms of the employment legislation.*

Zusammenfassung

EINHEITLICHER ARBEITSVERTRAG

In der Arbeit wird das theoretische Modell des einheitlichen Arbeitsvertrages analysiert, welches als Antwort der Ökonomen aus manchen mediterranen europäischen Ländern zum Problem der Arbeitslosigkeit und des segmentierten Arbeitsmarktes entstanden ist. Der Zweck des Vertrags ist die Beseitigung der Unterschiede zwischen dem Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit und dem befristeten Arbeitsvertrag und Förderung der Beschäftigung von Arbeitern auf unbefristete Zeit. Seine Grundmerkmale sind gradueller Arbeitnehmerschutz, welcher gemäß Jahren der Dienstzeit beim Arbeitgeber zunimmt, zusätzliche finanzielle Verpflichtungen des Arbeitgebers und wesentliche Milderung von den mit Beendigung eines Arbeitsvertrages verbundenen Gesetzesverpflichtungen des Arbeitgebers. In der Arbeit wird auf Mängel des vorgeschlagenen Modells hingewiesen und es werden neue Formen des Arbeitsvertrages, welchen dieses Modell ein Vorbild war, rechtsvergleichend analysiert.

Schlüsselwörter: *einheitlicher Arbeitsvertrag, rechtfertigbarer Grund für Kündigung, Reformen der Arbeitsgesetzgebung.*

Riassunto

CONTRATTO DI LAVORO UNICO

Nel contributo si analizza il modello teorico del contratto di lavoro unico, che rappresenta la risposta degli economisti di alcuni paesi europei mediterranei al problema della disoccupazione e della segmentazione del mercato del lavoro. Lo scopo del contratto è di eliminare le differenze che esistono tra i contratti di lavoro a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato ed incentivare l'occupazione dei lavoratori su basi permanenti. Le fondamentali caratteristiche di tale contratto sono rappresentate da una graduale tutela del lavoratore, che cresce insieme all'anzianità contributiva presso il datore di lavoro; da ulteriori obblighi finanziari in capo al datore di lavoro e da una significativa attenuazione degli obblighi legali del datore di lavoro con riferimento alla cessazione del contratto di lavoro. Nel contributo si segnalano le lacune del modello proposto e si analizzano nuove soluzioni contrattuali giuslavoristiche, altresì ispirate a questo modello, presenti nel diritto comparato.

Parole chiave: *contratto di lavoro unico, giuste cause di licenziamento, riforma della legislazione del lavoro.*

OVRHA NA ŽIGU - KAKO PREMOSTITI PODNORMIRANOST?

Dr. sc. Romana Matanovac Vučković, docentica
Dr. sc. Hano Ernst, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 347.77.032:347.952
Ur.: 4. ožujka 2013.
Pr.: 28. ožujka 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Kod ovrhe na žigu valja uzeti u obzir obilježja žiga kao prava intelektualnog vlasništva kojim se označuje podrijetlo proizvoda ili usluge. U tome smislu predmet ovrhe može biti nacionalni žig, kao i žig stečen na temelju međunarodne registracije u Madridskom sustavu. Za nacionalne žigove relevantan je nacionalni registar dok je za žigove stečene na temelju međunarodne prijave relevantan međunarodni registar. Nakon pristupanja Hrvatske u Europsku uniju predmet ovrhe moći će biti i žig Zajednice u onim slučajevima kada za ovrhu postoji nadležnost hrvatskoga suda i primjenjuje se hrvatsko pravo.

Načelo teritorijalnosti kod ovrhe na žigu djeluje u dva smjera. S jedne strane, žig je vezan uz područje države koja ga je u odnosu na svoj teritorij priznala. S druge strane, prema ovršnom pravu ovrhu stranih sudskih odluka na području neke države provode sudovi države na čijem se teritoriju ovrha provodi. Stoga ovrhu na žigu koji proizvodi učinke u Hrvatskoj mogu provoditi isključivo hrvatski sudovi prema hrvatskome pravu.

Provedbom ovrhe na žigu stjecatelj žiga stječe apsolutna i monopolna prava koja proizlaze iz toga žiga i to i u odnosu na znak i u odnosu na cijeli popis proizvoda ili usluga za koje je registriran. Iako je žig je samostalan dio imovine, prijenos žiga bez poduzeća nosi sa sobom rizike od gubitka funkcija žiga. Također, stjecatelj žiga u ovrsi koji nema namjeru rabiti žig u odnosu na proizvode i usluge za koje je registriran ne ostvaruje gospodarsku svrhu pravne zaštite žiga. Neuporabom žig gubi na vrijednosti, a može postati i prikladan za opoziv.

Pljenidba žiga provodi se dostavom ovršeniku rješenja o ovrsi kojim mu se zabranjuje raspolaganje žigom. Tim aktom ovrhovoditelj ujedno stječe i prisilno založno pravo na žigu koji je predmet ovrhe. Upis ovrhe u registar nije konstitutivan za stjecanje prisilnog založnog prava. Od trenutka registracije činjenice da se provodi ovrha treći su ujedno posredno obaviješteni o tomu da je moguće da u odnosu na žig koji je predmet ovrhe postoji i prisilno založno pravo.

Pravila o unovčenju pokretnina mogu se na odgovarajući način primijeniti i na unovčenje žiga. Posebnost u odnosu na pokretnine jest da je postupak utvrđivanja vrijednosti žiga kao predmeta ovrhe vrlo složen u smislu metoda koje se primjenjuju radi utvrđivanja njegove tržišne vrijednosti, a uključuju i projekcije zarade od uporabe žiga u budućnosti. Stoga se tomu postupku ne smije pristupiti bez posebnih stručnih znanja.

Ključne riječi: žig, ovrha, žig kao predmet ovrhe.

1. UVOD

Ovrha na žigu kao pravu intelektualnog vlasništva uistinu nije nešto s čime se može redovito susresti u praksi.¹ No, ipak valja imati na umu da se sve češće govori o intelektualnom vlasništvu kao vrijednom dijelu imovine i poslovnih subjekata i pojedinih profesionalaca koji se bave kreativnim, umjetničkim djelatnostima poglavito u području glazbe, filma, ali i primijenjenih i vizualnih umjetnosti te kreativnim djelatnostima u području znanosti. Među predmetima koji se štite raznim oblicima prava intelektualnog vlasništva svakako vrlo važno mjesto zauzima žig kao pravo koje se uobičajeno svrstava među prava industrijskog vlasništva.²

Žig kao jedan od oblika pravne zaštite oznaka razlikovanja vrlo je važan u suvremenom gospodarstvu. On u pravnom smislu služi za razlikovanje proizvoda i usluga jednog poduzetnika od proizvoda i usluga drugog poduzetnika, na tržištu. U ekonomiji se, s druge strane, kada je riječ o (gotovo) istome, susreće pojam marka ili *brand*. Međutim, ta se dva pojma ne podudaraju, iako se njihov sadržaj u velikoj mjeri preklapa. Pojam žiga u usporedbi s pojmom marka doći će do izražaja kada se želi utvrditi vrijednost žiga koji je predmet ovrhe, radi provođenja pravilne i zakonite prisilne prodaje u ovrsi te potom namirenja vjerovnika iz iznosa dobivenog prodajom.

Nedvojbeno jest da žig može biti predmet ovrhe. To izričito proizlazi iz čl. 40. Zakona o žigu.^{3 4} Sud koji provodi ovrhu po službenoj dužnosti obavješćuje

1 Prema podacima iz registra žigova kojima raspolaže Državni zavod za intelektualno vlasništvo u vrijeme pisanja ovoga rada registrirano je četrdesetak ovrha na žigovima registriranim na temelju nacionalne prijave.

2 U Hrvatskoj je na dan 23. siječnja 2013. godine na temelju nacionalne prijave registrirano 27.486 žigova. Uz to, na snazi je i 106.391 žigova stečenih na temelju međunarodne registracije u Madridskom sustavu. To ukupno predstavlja 133.877 žigova na snazi u Hrvatskoj. Usporedbe radi, u Hrvatskoj je na isti dan u važenju tek 3.495 patenata i 383 konsenzualna patenta, dok je industrijskih dizajna nešto više: 1.610 nacionalnih te 3.209 registriranih na temelju međunarodne prijave u Haškom sustavu, što ukupno predstavlja 4.819 industrijskih dizajna u važenju. Izvor: Hrvatski glasnik intelektualnog vlasništva 1/2013, dostupno na <<http://www.dziv.hr/hr/glasnik-hgiv/pregled-glasnika/>> (posljednji posjet 19.02.2013.).

3 Zakon o žigu NN 173/03, 54/05, 76/07, 30/09 i 49/11 (dalje u tekstu ZoŽ). Kao provedbeni akt uz ZoŽ se primjenjuje i Pravilnik o žigu NN 117/07 i 66/11 (dalje u tekstu PoŽ).

4 Pravila o ovrsi na žigu prvi su put propisana u hrvatskom Zakonu o žigu iz 1999. godine.

Državni zavod za intelektualno vlasništvo⁵ o pokrenutoj ovrshi na žigu radi upisa u registar. Od upisa u registar ovrha ima učinak prema trećima. Činjenica da se provodi ovrha na žigu objavljuje se u službenom glasilu Zavoda. Također, i u Ovršnom zakonu⁶ sadržana su pravila koja upućuju na to da žig može biti predmet ovrhe. Tako je u čl. 242. st. 1. tč. 5. OZ-a propisano da se ovrha protiv pravne osobe koja svoju djelatnost obavlja radi stjecanja dobiti može provesti na njenim patentima, tehničkim unaprjeđenjima i drugim pravima, bez ograničenja. Ovdje izraz “druga prava” valja tumačiti kao druga prava koja su po naravi slična patentima i tehničkim unaprjeđenjima, a žig koji zajedno s patentima i tehničkim unaprjeđenjima pripada u skupinu prava industrijskog vlasništva svakako to jest.⁷ Slijedom odredaba iz čl. 243. st. 2. te čl. 75. st. 3. OZ navedeno pravilo primjenjuje se i u odnosu na ovrhu protiv druge pravne osobe kao i protiv fizičke osobe koja obavlja registriranu djelatnost. Konačno, i u dijelu OZ-a u kojem je uređena ovrha na drugim imovinskim, odnosno materijalnim pravima, u čl. 239. u kojem se uređuje mjesna nadležnost također se izrijeком navode patenti i tehnička unaprjeđenja kao i slična ovršenikova prava (st. 1.), među koja pripada i žig.

U nastavku rada obrađujemo sva ključna pitanja vezana uz ovrhu na žigu. Premda je riječ o institutu koji je u našoj literaturi i sudskoj praksi izuzetno zanemaren, smatramo da on zaslužuje znanstvenu pažnju i obradu zbog opisanog gospodarskog značenja žiga. Upravo u situacijama u kojima neki poslovni subjekt ima žig, bit će po prirodi stvari riječ o vrijednim dijelovima imovine koje mogu dopuniti vrijednost koju je potrebno namaknuti da bi se namirila vjerovnikova tražbina. Bavimo se u prvome redu obilježjima žiga općenito koji su relevantni za ovršno pravo, te potom i konkretnim pravilima ovrhe (ovršnim radnjama i namirenju) na žigu, sa svim njihovim specifičnostima.

Neki možda smatraju da je podnormiranost prednost ovrhe na žigu. Budući da nema mnogo pravila o ovrshi na žigu i da se analogno primjenjuju pravila o

Zakon o industrijskom vlasništvu koji je preuzet iz bivše države nije imao odredaba o ovrshi na žigu. Vidi više Čizmić, Jozo / Zlatović, Dragan, Komentar Zakona o žigu, Zagreb, 2002, str. 254.

- 5 Državni zavod za intelektualno vlasništvo (dalje u tekstu Zavod) u Hrvatskoj ima status državne upravne organizacije koja je nadležna za postupke registracije i održavanja u vrijednosti prava industrijskog vlasništva među koje pripada i žig. Vidi čl. 4. i 30. Zakona o ustrojstvu i djelokrugu ministarstva i drugih središnjih tijela državne uprave (NN 150/11 i 22/12).
- 6 Ovršni zakon NN 112/2012 (dalje u tekstu OZ). Riječ je o zakonu koji je stupio na snagu 15. listopada 2012. godine, osim odredaba iz čl. 356. do 364. kojima se uređuje europski ovršni nalog i koje stupaju na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske u Europsku uniju. Njegovim stupanjem na snagu prestao je važiti Ovršni zakon NN 139/10, 150/11, 154/11, 12/12, 70/12 i 80/12.
- 7 Isto zaključuju Dika, Mihajlo, Ovrha na pravima intelektualnog vlasništva radi naplate novčane tražbine, u: Matanovac, R. (ur.), Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, Zagreb, 2006, str. 225. te Čizmić / Zlatović, *op. cit.* u bilj. 4., str. 254. kao i Zlatović, Dragan, Žigovno pravo, Zagreb, 2008, str. 522, te Zlatović, Dragan, Ovrha na pravima intelektualnog vlasništva, Informator, br. 4762/99.

drugim objektima ovrhe, poglavito pokretninama, moglo bi se zaključiti da je riječ o jednostavnom i učinkovitom sustavu pravila na jednom specifičnom objektu. Međutim, teza koja se iznosi i kojom se rukovodi u pisanju ovoga rada jest da su pravila kojima se uređuje ovrha na žigu nedostatna, i sa stajališta ZoŽ-a, i sa stajališta OZ. Zbog toga što ZoŽ, osim što neposredno propisuje da je ovrha na žigu dopuštena, ne sadrži pravila prema kojima bi se takva ovrha trebala provoditi, dok su pravila o registraciji ovrhe i djelovanju prema trećima nejasna. Opisano dovodi do dvojbi kod tumačenja. OZ, s druge strane, vezano uz ovrhu na žigu upućuje na primjenu pravila o pokretninama, što je u izravnoj koliziji s naravi žiga kao nematerijalnim pravom intelektualnog vlasništva. I ta opća klauzula dovodi do dvojbi kod tumačenja. Pored toga, u odluci koja pravila i na koji način se primjenjuju kod ovrhe na žigu valja uzeti u obzir i sva obilježja žiga kao prava intelektualnog vlasništva kojim se označuje podrijetlo proizvoda i usluga.

2. OBILJEŽJA ŽIGA RELEVANTNA ZA OVRHU

2.1. Žig kao registarsko pravo

U ovome dijelu rada obradit će se pitanje što je predmet ovrhe kada govorimo o ovrsci na žigu. Vidjet će se da žig nije jednoznačan pojam i da se prava koja proizlaze iz žiga mogu steći na različite načine.

Žig se u Hrvatskoj stječe registracijom. Postoje države u kojima se štiti i neregistrirani žig, no to nije slučaj u Hrvatskoj. ZoŽ, kao *sedes materiae* žigovnoga prava, odnosi se samo na one žigove koji se stječu registracijom. Pravna zaštita neregistriranih oznaka koje na tržištu izvršavaju funkciju razlikovanja proizvoda i usluga može se u Hrvatskoj ostvariti propisima o zaštiti poštenog tržišnog natjecanja, tj. poštenog trgovanja.⁸ No, na takve se razlikovne oznake u pravilu ne primjenjuje ZoŽ, ni u dijelovima, niti na odgovarajući način jer se po svojoj pravnoj naravi takve oznake ne mogu poistovjetiti sa žigovima.⁹

Dakle, u ovome se radu bavimo ovrhom na registriranom žigu koji proizvodi učinke u Hrvatskoj. Neregistrirana razlikovna oznaka koja se prema čl. 64. st. 1. al. 2. i 4. ZoT-a štiti pravilima o poštenom trgovanju teoretski bi također mogla biti

8 Iako je donedavno i u propisima i u pravnoj književnosti bilo uvriježeno govoriti o poštenom, odnosno nepoštenom tržišnom natjecanju, Zakon o trgovini NN 87/08, 96/08, 116/08, 76/09 i 114/11 (dalje u tekstu ZoT) uvodi novu terminologiju i govori o nepoštenom trgovanju, pa će se stoga takav izričaj rabiti i u ovome radu.

9 Suprotno tomu, npr. u Njemačkoj se neregistrirani žig štiti jednako kao i registrirani žig, što je propisano u njemačkom Zakonu o žigu. (*Markengesetz* od 25. listopada 1994. (*BGBI.* I S. 3082; 1995 I S. 156; 1996 I S. 682), posljednji puta mijenjan čl. 15. Zakona od 24. studenog 2011. (*BGBI.* I S. 2302). Sadržaj prava koji proizlazi iz registriranog i neregistriranog žiga podudara se, kao što obje vrste žigova uživaju i jednaku zaštitu od povrede. Više o neregistriranom žigu u Njemačkoj, vidi Matanovac Vučković, Romana, Prijenos i licencija žiga u kontekstu prilagodbe hrvatskog prava europskom (*dis.*), Zagreb, 2010, str. 152. do 162.

predmetom ovrhe, ali ne primjenom pravila o ovrsi na žigu. To zbog toga što iz nje ne proizlaze imovinska subjektivna prava pozitivne naravi i što se ona ne može po sadržaju subjektivnih prava poistovjetiti sa žigom. Ona je sadržajem krnje pravo. Naime, ovlaštenik neregistrirane oznake (*a contrario* prema čl. 65. st. 1. ZoT) ima pravo na naknadu štete ako drugi rabi njegovu razlikovnu oznaku na način koji je suprotan pravilima poštenog trgovanja. No, prije spora u kojem bi ovlaštenik takve oznake zatražio od suda pravnu zaštitu, tj. naknadu štete zbog korištenja njegove neregistrirane razlikovne oznake na način koji je protivan poštenom trgovanju, svaki njegov akt zabrane zapravo ne bi imao temelja u propisu budući da nema propisa kojim je definiran pozitivan sadržaj prava koja proizlaze iz neregistrirane razlikovne oznake niti ga je definirala sudska praksa. Naime, ovlaštenik neregistrirane oznake prema ZoT-a čak nema ni pravo na zabranu uporabe takve oznake, već samo pravo na naknadu štete zbog povrede pravila o poštenom trgovanju. Sadržaj prava koje proizlazi iz neregistrirane oznake je, dakle, tek pravo na naknadu štete u slučaju uporabe neregistrirane oznake protivno pravilima o poštenom trgovanju. Zato je prethodno rečeno da bi, teoretski gledano, i neregistrirana oznaka mogla biti predmetom ovrhe. No u tome slučaju riječ je o ovrsi na subjektivnom pravu koje se u svojem sadržaju iscrpljuje u pravu na naknadu štete u slučaju uporabe protivno pravilima o poštenom trgovanju. S obzirom na ovako krnji sadržaj prava koje proizlazi iz neregistrirane oznake, nimalo ne iznenađuje činjenica da u praksi takvih ovrha nema. Eventualnu pojavu takvih predmeta ovrhe u praksi može se očekivati u društvima koja su gospodarski i pravno bitno razvijenija od hrvatskoga.¹⁰

Nakon ovog kratkog diskursa u kojem se htjelo upozoriti i na (teoretski gledano) mogućnost ovrhe na neregistriranoj razlikovnoj oznaci, upozorit će se na okolnosti o kojima valja voditi računa kod ovrhe na žigu. On proizlaze iz činjenice da je riječ o registarskom pravu te da je registraciju moguće u Hrvatskoj danas provesti na dva načina, a nakon pristupanja u Europsku uniju bit će moguće žig registrirati s učinkom za Hrvatsku na tri načina.

Žig se u Hrvatskoj, kao i u svim državama članicama Europske unije, može registrirati primjenjujući, tzv. nacionalnu i, tzv. međunarodnu rutu. Nacionalna prijava za registraciju žiga podnosi se Zavodu, primjenom pravila ZoŽ-a i pripadajućeg PoŽ-a. Takvu prijavu Zavod ispituje po službenoj dužnosti u

10 U Engleskoj se iz pravila o zaštiti poštenog tržišnog natjecanja u tužbi za *passing off* razvio pojam *common law* žiga, tj. neregistriranog žiga. No, njime se raspolaze zajedno s *goodwillom*, poduzeća u kojem se rabi budući da je riječ o akcesornom pravu. Utoliko bi bila problematična ovrha na *common law* žigu, budući da ga se ne može razdvojiti od *goodwilla*, pa ni u ovrsi. Jednako tako, u američkom pravu žig je akcesoran *goodwillu* poduzeća u kojem se rabi te ga se ne može obuhvatiti ovrhom, a da se istodobno ne obuhvati i pripadajući mu *goodwill*, stoga bi bilo lakše prodati ga u stečaju zajedno s *goodwillom* poduzeća, odnosno poduzećem u kojem se rabi, poštujući njegovu akcesornu narav. O akcesornosti žiga vidi Matanovac Vučković, Romana, *Accessory of a Trade Mark in Property Right Dispositions, u: New Perspectives of South East European Private Law / South East European Post-Doctoral Colloquium in Private Law – Proceedings*, Skopje, 2012., str. 102. do 114. dostupno na: <<http://www.seelawschool.org/Uploads/New%20Perspectives%20of%20South%20East%20European%20Private%20Law-final.pdf>> (posljednji posjet 19.02.2013.)

odnosu na formalnu urednost, a potom i u materijalnopravnom smislu u odnosu na apsolutne smetnje za registraciju. Nakon objave prijave, zainteresirane osobe mogu podnijeti prigovor zbog postojanja relativnih smetnji za registraciju. Ako prigovor nije podnesen ili je odbačen kao nedopušten ili odbijen kao neosnovan, žig biva registriran u nacionalnom registru žigova kojeg vodi Zavod.¹¹ Rezultat ovakvog postupka registracije jest registrirani nacionalni žig koji proizvodi učinke na području Hrvatske. Registracija je konstitutivan akt za nastanak subjektivnih prava koja proizlaze iz žiga.¹² Međutim, sama registracija tek je *prima facie* dokaz o valjanosti žiga.¹³ Žig se zbog postojanja apsolutnih ili relativnih smetnji može poništiti i nakon registracije, u postupku poništaja, u zakonom propisanim rokovima.¹⁴ U takvim je slučajevima žig registriran, a da to nije smio biti jer su postojale smetnje za njegovu registraciju. Ako bude poništen, njegovi učinci prestaju *ex tunc*, od trenutka registracije. Stoga valja biti oprezan u svim onim situacijama u kojima je u odnosu na žig koji bi bio potencijalan predmet ovrhe u tijeku postupak poništaja jer postoji mogućnost da se brišu učinci toga prava *ex tunc*. Također, općenito, u slučaju ovrhe na žigu valja imati na umu činjenicu da registracija nije neprikosnoveni činjenica koja svjedoči o postojanju žiga. Ona je tek *prima facie* dokaz, oboriva predmnjeva o postojanju žiga i moguće je da takav žig ima pravni nedostatak u smislu da je prikladan za poništaj, tj. da je pobojan, poglavito u pogledu relativnih razloga za poništaj.¹⁵ Žig u određenim situacijama može biti i prikladan za opoziv zbog neuporabe ili drugih razloga,¹⁶ što također valja uzeti u obzir prilikom ovrhe na žigu, poglavito ako je u tijeku postupak opoziva.

- 11 Vidi npr. Rački Marinković, Ana, Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga: usporedba nekih aspekata europskog i hrvatskog prava te prakse OHIM-a i DZIV-a, u: Matanovac, R. (ur.), Hrvatsko pravno intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, Zagreb, 2006., str. 1. do 52. Isto Rački Marinković, Ana, Apsolutni razlozi za odbijanje registracije žiga u hrvatskom pravu i pravu Europske unije (magistarski rad), Zagreb, 2006.
- 12 Ipak, valja uzeti u obzir i odredbu iz čl. 7. st. 4. ZoŽ-a prema kojoj prava koja proizlaze iz žiga proizvode učinke prema trećima od trenutka objave. Ova odredbe propisana je po uzoru na odredbu iz čl. 9. st. 3. Uredbe Vijeća (EZ) 207/2009 od 26. veljače 2009. o žigu Zajednice (kodificirana verzija) (dalje u tekstu Uredba o žigu Zajednice).
- 13 Isto i Matanovac, Romana / Rački Marinković, Ana, Registri prava intelektualnog vlasništva, u: Josipović, T., Hrvatsko registarsko pravo, Zagreb, 2006. Više o registraciji kao *prima facie* dokazu pravne valjanosti žiga vidjeti Matanovac Vučković, Romana, Uloga registra u prijenosu žiga, na temelju ugovora, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, br. 5. i 6., vol. 62, 2012.
- 14 U nekim je slučajevima rok za podnošenje prijedloga za poništaj 10 godina od registracije (čl. 49. st. 3. ZoŽ) i prekluzivne je naravi, dok u nekim slučajevima nema roka za podnošenje prijedloga za poništaj žiga (npr. zbog postojanja apsolutnih smetnji iz čl. 49. st. 1. ZoŽ).
- 15 Budući da apsolutne smetnje za registraciju Zavod ispituje po službenoj dužnosti te da protiv odluke Zavoda o registraciji žiga postoji mogućnost žalbe, vrlo rijetko će se dogoditi previd u pogledu postojanja apsolutnih smetnji. Puno češće se može dogoditi da nositelj nekog ranijeg prava koje je relativna smetnja za registraciju žiga nije istaknuo prigovor u redovitom postupku registracije, pa će kasnije posegnuti za institutom poništaja, budući da podnošenje zahtjeva za poništaj nije pretpostavka ranije podnošenje prigovora.
- 16 Osim zbog neuporabe žig se može opozvati i zato što je postao generičan pojam ili je postavio prijevaran. Razlozi za opoziv propisani su u čl. 46. ZoŽ-u.

Nacionalnu prijavu za registraciju žiga može podnijeti svatko, pa i stranac. No, često stranim osobama to neće biti praktično pa će posegnuti za drugim putem registracije, tzv. međunarodnom rutom za registraciju ili Madridskom rutom. One će u Hrvatskoj steći žig na temelju međunarodne prijave.¹⁷ U tome slučaju stranac putem svojeg domicilnog ureda za intelektualno vlasništvo¹⁸ Međunarodnom uredu Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo podnosi u skladu s Madridskim sporazumom¹⁹ ili Madridskim protokolom²⁰ međunarodnu prijavu za registraciju žiga u kojoj naznačuje Hrvatsku kao državu u kojoj na temelju te prijave (između ostalih država) želi steći žig. Madridski sporazum i Madridski protokol, zajedno s pripadajućim provedbenim propisima²¹ međunarodni su ugovori koji se izravno primjenjuju u Hrvatskoj (kao i u drugim državama potpisnicama).²² S tim da su u ZoŽ propisane odredbe koje omogućuju izravnu primjenu ovih međunarodnih ugovora te integraciju žigova stečenih na temelju međunarodne prijave u skladu s Madridskim sporazumom i Madridskim protokolom u nacionalni sustav.²³ Time međunarodna registracija proizvodi sve učinke propisane u ZoŽ-a, jednako kao i

17 Od 27.486 žigova stečenih na temelju nacionalne prijave, koliko ih je u Hrvatskoj na snazi na dan 23. siječnja 2013. godine, 15.398 registrirano je na ime stranih osoba. (Izvor kao u bilj. 2.) S druge strane, 106.391 žigova stečenih na temelju međunarodne registracije pripada također stranim osobama, što proizlazi iz naravi međunarodne registracije. Ove brojke svjedoče da je više od 85% žigova koji su na snazi u Hrvatskoj registrirano u korist stranih osoba.

18 Negdje će to biti ured za intelektualno vlasništvo kao što je to slučaj, npr. u Sloveniji (slov. *Urad Republike Slovenije za intelektualno lastnino*), a negdje ured za žigove i patente kao što je to slučaj, npr. u Njemačkoj (njem. *Deutsches Patent- und Markenamt*).

19 Na snazi je u Hrvatskoj Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova (iz 1891. godine) sa svim izmjenama i dopunama koje su bile na snazi 8. listopada 1991. godine (uključivo sa zadnjim izmjenama od 28. 9. 1979. godine koje su stupile na snagu 23. listopada 1983.). Puni tekst ovog sporazuma na engleskom jeziku vidi na: <http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/trtdocs_wo015.html> (posljednji posjet 19.2.2013.) (dalje u tekstu Madridski sporazum).

20 Na snazi u Hrvatskoj je Protokol koji se odnosi na Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova usvojen u Madridu 1989. godine, mijenjan i dopunjavani 2006. i 2007. godine. Puni tekst ovog Protokola na engleskom jeziku vidi na: <http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/trtdocs_wo016.html> (posljednji posjet 19.2.2013.) (dalje u tekstu Madridski protokol).

21 U Hrvatskoj su na snazi: Zajednički pravilnik uz Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova i Protokol koji se odnosi na Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova sa svim izmjenama i dopunama kakav je na snazi od 1. 9. 2008. godine (Puni tekst ovog Pravilnika na engleskom jeziku vidi na: <http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/common_regulations.htm>, posljednji posjet 19.2.2013.) te Administrativne instrukcije za primjenu Madridskog sporazuma o međunarodnoj registraciji žigova i Protokola koji se odnosi na Madridski sporazum sa svim izmjenama i dopunama kakav je na snazi od 1. 9. 2008. godine. (Puni tekst ovih Instrukcija na engleskom jeziku vidi na: <http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/admin_instructions.htm>, posljednji posjet 19.2.2013.).

22 Europska unija potpisnica je Madridskog protokola. Države članice Madridske unije vidi na <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/madrid_marks.pdf> (posljednji posjet 07.02.2013.).

23 Vidi čl. 60. do 69. ZoŽ te provedbene odredbe u čl. 28. i 29. PoŽ.

nacionalni žig. Međutim, tu valja uočiti određene posebnosti. Međunarodni ured Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo ispitat će međunarodnu prijavu na formalne okolnosti i ako ne nađe formalnih razloga koji bi se tomu suprotstavili, registrirat će žig u međunarodnom registru te o tome obavijestiti države na koje se odnosi registracija, tzv. naznačene države. To zapravo znači da je žig registriran, ali da nije ispitan. Za razliku od nacionalnog registra u koji se žigovi upisuju tek po ispitivanju apsolutnih smetnji te relativnih smetnji na zahtjev zainteresirane strane, u međunarodni registar žigovi upisuju se bez ispitivanja materijalnih pretpostavki za registraciju. Svaka naznačena država na koju se ovakva registracija odnosi može u roku od godine dana od primitka obavijesti o tome da ima status naznačene države u konkretnoj međunarodnoj registraciji odbiti tu međunarodnu registraciju zbog razloga propisanih u nacionalnom propisu. Dakle, ako je riječ o Hrvatskoj, za vrijeme od godine dana, računajući od dana primitka obavijesti Međunarodnog ureda, Zavod može odbiti međunarodnu registraciju s učinkom *ex tunc*, ako postoje apsolutne smetnje za registraciju žiga propisane u ZoŽ-a. Za vrijeme godine dana od međunarodne registracije, dakle, ona ima tek uvjetne učinke i vrijedit će samo ako u roku od godine dana neće biti odbijena.

Nakon objave međunarodne registracije u međunarodnom službenom glasilu kojeg izdaje Međunarodni ured, zainteresirana strana također može podnijeti prigovor.²⁴ Postupak povodom prigovora u odnosu na međunarodne registracije koje imaju učinak u Hrvatskoj također provodi Zavod. Nakon ovog kratkog uvida u posebnosti međunarodnog registra i žigova stečenih na temelju međunarodne registracije, postavlja se pitanje mogu li i takvi žigovi biti predmetom ovrhe. U Madridskom sporazumu i Madridskom protokolu nema odredaba o ovrsi. Tamo se tek uređuje da će se prijenos međunarodne registracije u odnosu na sve ili neke od naznačenih država registrirati u međunarodnom registru, na zahtjev. Kao što je rečeno, za žigove stečene na temelju međunarodne registracije isključivo je mjerodavan međunarodni registar. Nacionalni registri se ne odnose na njih. Njihov registarski status uređen je Madridskim sporazumom, Madridskim protokolom i pripadajućim provedbenim aktima. S druge strane, međunarodna registracija zapravo je jedinstvena registracija upisana u jednom međunarodnom registru pod jednim brojem za više država koje su u njoj naznačene i u kojima takva registracija ima učinke propisane nacionalnim propisima a istovjetni su s učincima nacionalnih žigova. Ne bi trebalo biti sporno da međunarodne registracija s učinkom za Hrvatsku, tj. koja u Hrvatskoj proizvodi učinke koji su istovjetni s učincima nacionalnih žigova, može biti predmet ovrhe, sukladno čl. 40. st. 1. ZoŽ-a. No, tu se ne bi primjenjivale odredbe iz st. 2. do 4. toga članka jer se one odnose samo na nacionalni registar. Nakon provedene ovrhe i promjene nositelja međunarodne registracije s učinkom za Hrvatsku, takva promjena provodi se u međunarodnom registru i ima tek deklaratoran značaj.²⁵

24 Vidi čl. 65. ZoŽ-a.

25 Vidi čl. 9. Madridskog protokola. U ovoj odredbi ne navodi se temelj za prijenos žiga, već se samo navodi da će se prijenos žiga registrirati te da pojedina država može odbiti upis takve

Nakon pristupanja Hrvatske u Europsku uniju, na području Hrvatske vrijedit će i žig Zajednice. Riječ je o unitarnom, jedinstvenom i autonomnom pravu koje se stječe u postupku pred Uredom za harmonizaciju na unutarnjem tržištu, na temelju Uredbe o žigu Zajednice²⁶ i proizvodi učinke na području cijele Europske unije. Žig Zajednice upisuje se u registar žiga Zajednice kojeg vodi Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu, sukladno Uredbi o žigu Zajednice. I ovdje, slično kao i u Madridskom sustavu, nadnacionalna pravila iz Uredbe o žigu Zajednice primjenjuju se izravno u državama članicama Europske unije, s time da se u nacionalnim žigovnim propisima propisuju samo one odredbe koje omogućuju direktnu primjenu Uredbe o žigu Zajednice i integraciju žiga Zajednice u nacionalni sustav.²⁷ Također, nacionalni registar nema veze s registrom žiga Zajednice.

Žig Zajednice, prema odredbi iz čl. 20. st. 1. Uredbe o žigu Zajednice može biti i predmetom ovrhe. U tome slučaju, u pitanju mjerodavnog prava za provedbu ovrhe na žigu Zajednice vrijede kolizijska pravila iz čl. 16. Uredbe o žigu Zajednice prema kojima se primjenjuje pravo države u kojoj nositelj žiga Zajednice ima sjedište, odnosno prebivalište, podredno podružnicu te svemu podredno španjolsko pravo ako ništa od prijašnjeg nije u Europskoj uniji.²⁸ Jednako se određuje i nadležnost suda u ovršnom postupku.²⁹ Učinak ovrhe odnosi se na cijeli žig Zajednice, za sve države članice Europske unije. Žig Zajednice nije moguće teritorijalno dijeliti. Na zahtjev zainteresirane strane ovrha se upisuje u registar žiga Zajednice i objavljuje.³⁰ Dakle, ako pravila iz čl. 16. Uredbe o žigu Zajednice upućuju na primjenu hrvatskoga ovršnog prava i nadležnost hrvatskoga suda, odluka o ovrši koju donese hrvatski sud primjenjujući hrvatski OZ provest će se u registru žiga Zajednice kojeg vodi Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu i imat će učinak na području cijele Europske unije.

Žig može biti predmetom ovrhe i na temelju strane sudske odluke priznate u Hrvatskoj prema općim pravilima o priznanju stranih sudskih odluka. Pri tomu valja voditi računa da će se nakon pristupanja Hrvatske u Europsku uniju na ta pitanja u Hrvatskoj neposredno primjenjivati odgovarajuće europske uredbe. S druge strane, danom pristupanja Hrvatske u Europsku uniju stupaju na snagu odredbe iz čl. 356. do 364. OZ u kojima se uređuje europski ovršni nalog, točnije europski ovršni naslov.³¹ To znači da će se ovrha na žigu tada moći provesti i neposredno na temelju

promjene ako je takva promjena u suprotnosti s njezinim nacionalnim pravilima. Prijenos žiga, tj. promjena osobe nositelja žiga može se dogoditi i slijedom ovrhe.

26 Vidi bilj. 12.

27 Vidi čl. 67.a do 67.i ZoŽ-a te čl. 30. i 31. PoŽ-a.

28 O primjeni mjerodavnog prava u imovinskopravnim raspolaganjima žigom Zajednice vidi Matanovac Vučković, Prijenos... *op. cit.*, kao u bilj. 9, str. 601. do 609.

29 Primjena čl. 16. Uredbe o žigu Zajednice kojim se uređuju kolizijska pravila u pitanju postupka za provedbu ovrhe i nadležnog suda uređena je u čl. 20. st. 2. Uredbe.

30 Vidi čl. 20. st. 3. Uredbe o žigu Zajednice.

31 Dika napominje da izraz *ovršni nalog* iz čl. 356. do 364. OZ-a treba shvatiti u smislu *ovršnog naslova (titulus executionis)*, dakle ovršne isprave, budući da je izraz ovršni nalog nekritički preuzet iz engleskog teksta Uredbe (EZ) 805/2004 gdje stoji *legal order*. Dika, Mihajlo, Ovršni zakon (tekst zakona s interpretativnim i komentarskim bilješkama te stvarnim kazalom), Zagreb, 2012., str. 380.

strane sudske presude, strane sudske nagodbe ili druge strane ovršne javne isprave ako one predstavljaju europski ovršni naslov u smislu Uredbe (EZ) 805/2004 Europskog parlamenta i Vijeća od 21. travnja 2004. kojom se uvodi europski ovršni nalog (tj. naslov) za nesporne tražbine.³²

U ovome dijelu rada još valja napomenuti da zajednički i jamstveni žigovi, kao posebne vrste žigova koje ne pripadaju jednom individualnom nositelju i ne predstavljaju njegovo monopolno pravo, već ih rabi više ovlaštenika u skladu s njihovom pravnom naravi i gospodarskom svrhom,³³ ne mogu biti predmetom ovrhe. Iako to nije izrijekom navedeno u ZoŽ-a, to proizlazi iz pravne naravi ovih vrsta žigova.

2.2. Žig kao teritorijalno pravo

Kod ovrhe na žigu valja uzeti u obzir da je riječ o teritorijalnom pravu.³⁴ Žig, kao i ostala registarska prava industrijskog vlasništva, proizvodi učinke samo na onom području na kojem djeluje pojedina registracija. No, svakako je moguće da netko ima istovjetan znak za istovjetne proizvode i usluge, dakle istovjetan žig, registriran u više država. Iako je riječ o istom izgledu znaka za iste proizvode i usluge, te iako prava koja proizlaze iz registracije imaju isti sadržaj u različitim državama, riječ je o različitim pravima. I kod međunarodne registracije, iako je u međunarodnom registru upisana jedna registracije pod jednim brojem, na jednom mjestu u registru, riječ je o razdvojenim učincima takve registracije u naznačenim državama. Naime, međunarodna registracija ima učinak u svakoj od naznačenih država koji je istovjetan nacionalnom žigu. Međunarodna registracija je poput jednog snopa više prava, onoliko prava koliko je država naznačenih u toj međunarodnoj registraciji. Učinci svakog od tih prava ravnaju se prema nacionalnim žigovnim propisima naznačenih država, uz Madridski sporazum, odnosno Madridski protokol.

S druge strane, nacionalna i međunarodna registracija nemaju mogućnost koegzistencije, budući da je riječ o istim učincima. Ne može se u jednoj državi imati istovjetan žig najprije na temelju nacionalne prijave, a potom na temelju međunarodne prijave, i obrnuto. Ako bi istovjetan nacionalni žig ista osoba registrirala i na temelju međunarodne prijave za istu državu, smatra se da je međunarodna registracija zamijenila nacionalnu.³⁵

32 Dalje u tekstu Uredba o europskom ovršnom nalogu.

33 Vidi čl. 53. do 59. ZoŽ-a.

34 Bogat popis tekstova u kojima se obrađuje načelo teritorijalnosti prava intelektualnog vlasništva vidi kod Kunda, Ivana, Međunarodna nadležnost u postupcima povodom povrede prava intelektualnog vlasništva u Europskoj uniji - priprema za izravnu primjenu *acquisa*, u: Matanovac, R. (ur.), Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu, Zagreb, 2007., str. 273., bilj. 8.

35 Vidi čl. 4bis Madridskog protokola.

Svaki od registriranih žigova u pojedinoj državi ponaša se poput stvari.³⁶ On je vezan uz teritorij za koji je priznat. Nije moguće u Hrvatskoj registrirati nacionalni žig prema pravilima neke druge države, već isključivo prema pravilima hrvatskih žigovnih propisa.³⁷ Također, za odlučivanje o registraciji isključivo su nadležna hrvatska tijela.³⁸ Isto se pravilo primjenjuje i u Europskoj uniji.³⁹

Sve ovo još ne odgovara na pitanje koji je sud nadležan za provedbu ovrhe na žigu, kojim učinak proizvodi u Hrvatskoj, kao ni na pitanje može li strani sud provesti ovrhu na žigu koji temeljem nacionalne ili međunarodne prijave ima učinke u Hrvatskoj? Kod rasprave o ovim pitanjima potpuno je nebitno iz kakvog odnosa proizlazi dug koji je utvrđen u ovršnoj ispravi i radi kojeg je potrebno provesti ovrhu. Pretpostavka je da postoji ovršna isprava i da se na temelju takve isprave može provesti ovrha na imovini ovršenika u koju pripada i žig koji temeljem nacionalne ili međunarodne prijave proizvodi učinke u Hrvatskoj.

Prema prevladavajućem shvaćanju obavljanje ovrhe na području Hrvatske u isključivoj je međunarodnoj nadležnosti hrvatskih sudova. To pravilo proizlazi iz okolnosti da je isključivo vršenje državne vlasti na vlastitom teritoriju bitan atribut suverenosti te vlasti, a s druge to pravilo posredno proizlazi i iz pravila međunarodnog procesnog prava po kojima ovrhu na temelju stranih sudskih odluka mogu u Hrvatskoj provoditi samo hrvatski sudovi, i to nakon što te odluke i drugi akti budu priznati u Hrvatskoj.⁴⁰ Dakle, ako bi se ovrha provodila protiv strane osobe

36 Osobito u njemačkoj pravnoj književnosti naći će se ovakve usporedbe. Vidi npr. Eisenfür, Günter / Schennen, Detlef, Gemeinschaftsmarkenverordnung Kommentar, Köln / Berlin / Bonn / München, 2003., str. 268, 275.

37 Uz ZoŽ i PoŽ u postupku registracije kao supsidijarni izvor postupovnog prava primjenjuju se Zakon o općem upravnom postupku NN 47/09 i Zakon o upravnim sporovima NN 20/10 i 143/12.

38 U Hrvatskoj je u prvom stupnju to Zavod, povodom žalbe protiv odluka Zavoda predmet se rješava pred Žalbenim vijećima u području prava industrijskog vlasništva, nakon čega je moguće pokrenuti upravni spor pred upravnim sudovima prvoga stupnja, o čijim odlukama povodom žalbe odlučuje Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

39 Povodom toga, u čl. 22. tč. 4. Uredbe Vijeća (EZ) 44/2001 od 22.12.2000. o nadležnosti te priznanju i ovrsi odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (dalje u tekstu Uredba Brisel I) određeno je da su u postupcima koji se odnose na registraciju ili valjanost žiga i drugih registarskih prava industrijskog vlasništva isključivo nadležni sudovi države članice u kojoj se podnosi prijava za registraciju. To je pravilo posebice važno kod problema kada povodom povrede prava intelektualnog vlasništva suprotna strana istakne protutužbu ili prigovor da predmetno pravo nije valjano, tzv. torpedo. Iako u su sudovi pojedinih država članica Europske unije bili skloni drukčijem tumačenju te iako je u pravnoj književnosti takvo stajalište kritizirano, Europski sud pravde je u odluci *GAT v. LuK*, broj C-4/03 restriktivno tumačio navedenu odredbu Uredbe Brisel I. Detaljno vidi Kunda, *op. cit.* u bilj. 34., str. 271. do 329.

40 Dika, Mihajlo, Građansko ovršno pravo (I. knjiga - Opće građansko ovršno pravo), Zagreb, 2007, str. 85. Ovdje Dika upućuje na odredbe iz čl. 86. do 96. Zakona o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima NN 53/91 i 88/01 (dalje u tekstu ZRSZ) u kojima se uređuje priznanje stranih sudskih odluka te čl. 101. istoga Zakona kojim se uređuje da je za priznanje i izvršenje stranih sudskih odluka i stranih arbitražnih odluka mjesno nadležan sud na čijem području treba provesti postupak priznanja odnosno izvršenja. Upućuje i na čl. 38. do 40. 43. i 47. do 49. Zakona o arbitraži NN 88/01 (dalje u tekstu ZA).

koja ima žig u Hrvatskoj stečen na temelju nacionalne ili međunarodne prijave, za ovrhu na takvom žigu bio bi nadležan hrvatski sud koji bi ovrhu provodio prema hrvatskom pravu koje se primjenjuje kao *lex fori*. To proizlazi iz općeg pravila prihvaćenog u hrvatskom OZ-om koje određuje da je sud nadležan za ovrhu onaj na čijem teritoriju se nalazi predmet ovrhe.⁴¹ To bi bilo u suglasju i s odredbom iz čl. 22. st. 5. Uredbe Brisel I u kojoj je u odnosu na ovrhu propisana isključiva nadležnost suda u kojoj se ovrha provodi odnosno u kojoj se treba provesti.

Vežano uz internu mjesnu nadležnost⁴² valja uočiti čl. 239. st. 1. i 2. OZ iz kojih proizlazi da je za ovrhu na žigu isključivo mjesno nadležan⁴³ sud na čijem se području nalazi prebivalište odnosno sjedište ovršenika. Ako ovršenik nema prebivalište u Hrvatskoj, mjesno je nadležan sud njegova boravišta.⁴⁴ Međutim, nema pravila o tome koji mjesni sud je nadležan ako ovršenik nema ni prebivalište, ni boravište, ni sjedište niti podružnicu u Hrvatskoj, što je u praksi svakako moguće. Tu bi prazninu *de lege ferenda* bilo korisno popuniti.⁴⁵

U nedostatku posebnih pravila, primjenjuju se opća pravila o stvarnoj nadležnosti.⁴⁶

Kad je riječ o žigu Zajednice, i tu vrijedi načelo teritorijalnosti. Međutim, teritorij na kojem žig Zajednice proizvodi učinak je cijela Europska unija, bez iznimke. Žig Zajednice ne može se teritorijalno dijeliti. Budući da je vezan uz nadnacionalno područje, nije moguće primijeniti odredbe o isključivoj mjesnoj nadležnosti hrvatskih sudova. Uostalom, svaka država članica Europske unije se ulaskom u tu zajednicu država odrekla dijela svojeg suvereniteta. Tako je i u području žigovnog prava svaka od država članica dopustila da žig Zajednice proizvodi neposredne učinke na njenom teritoriju, i to neposredno na temelju

41 Vidi i Kunda, Ivana, *Croatia*, u: Kono, T. (ur.), *Intellectual Property and Private International Law - Comparative Perspective*, Oxford and Portland / Oregon, 2012., str. 505. Kunda ukazuje da hrvatsko ovršno pravo općenito prihvaća načelo teritorijalnosti. I ona, kao i Dika (vidi bilj. 40), upućuje i na odredbu iz čl. 101. st. 1. ZRSZ-a kojom se uređuje da je za izvršenje stranih sudskih i arbitražnih odluka mjesno nadležan sud na čijem području treba provesti ovrhu.

42 Vidi Dika, Ovrha... *op. cit.* u bilj. 7., str. 231. i 232.

43 Da je riječ o isključivoj mjesnoj nadležnosti proizlazi iz čl. 38. OZ-a. Isto za ranije propise Dika, Ovrha..., *op. cit.* u bilj. 7., str. 232.

44 Vidi i odluku Visokog trgovačkog suda Pž-3295/12-3 donesenu prema Ovršnom zakonu NN 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08: "Nadalje, stvarna nadležnost regulirana je odredbom čl. 33.a st. 2. t. 1. OZ-a (sud koji je donio ovršnu ispravu), dok se mjesna nadležnost određuje pozivom na odredbu čl. 200. OZ-a pa se supsidijarno primjenjuju odredbe Ovršnog zakona o mjesnoj nadležnosti suda u ovrsi na pokretinama i to odredba čl. 126. st. 1. OZ-a prema kojoj je za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu na pokretinama i za provedbu te ovrhe mjesno nadležan sud na čijem se području, prema naznaci u prijedlogu za ovrhu, one nalaze."

45 Na istu potrebu upućuje i Dika, Ovrha..., *op. cit.* u bilj. 7., str. 232. Moguće rješenje za ovakav slučaj moglo bi biti da se uredi da je ako ovršenik nema ni prebivalište ni sjedište ni boravište, nadležan sud u Zagrebu.

46 Vidi Dika, Gradansko... *op. cit.* u bilj. 40., str. 86. do 94. te Dika, Ovrha..., *op. cit.* u bilj. 7., str. 227. do 231.

Uredbe o žigu Zajednice i registracija koje je na temelju te Uredbe proveo Ured za harmonizaciju na unutarnjem tržištu. Međutim, taj Ured nema kompetencije u svim pitanjima koja se tiču pravnog života žiga Zajednice, kao što ni ta Uredba nema autonomna pravila kojima bi se riješila sva pitanja vezana uz pravni život žiga Zajednice. Stoga je u pitanju ovrhe na žigu Zajednice s učinkom za cijelu Europsku uniju, kao što je u prethodnom poglavlju ovoga rada to prikazano, Uredba uputila na sud one države i pravo one države članice u kojoj nositelj žiga Zajednice ima sjedište, odnosno prebivalište, podredno podružnicu te svemu podredno španjolsko pravo, ako ništa od prijašnjeg nije u Europskoj uniji. Također, je jasno da je ova kaskadna poveznica promjenjiva kako se mijenja sjedište, prebivalište ili boravište nositelja žiga. No, postupak ovrhe započet prema pravu jedne države pred sudom te države trebao bi se i okončati prema istome pravu, odnosno pred istim sudom, bez obzira na to što je moguće da tijekom postupka ovrhe nositelj žiga Zajednice promijeni svoje sjedište, prebivalište ili boravište.

2.3. Žig kao apsolutno i monopolno pravo

Svaki registrirani žig koji proizvodi učinke u Hrvatskoj, bez obzira na to je li stečen na temelju nacionalne ili međunarodne prijave prema svojem sadržaju predstavlja apsolutno pravo, budući da djeluje prema svima, te monopolno pravo budući da svojem nositelju dodjeljuje isključiva prava u pogledu uporabe žiga u trgovačkom prometu,⁴⁷ sve dok traje registracija, što praktički može biti vječno.⁴⁸ Istovjetna prava proizlaze i iz žiga Zajednice.⁴⁹

Za vrijeme dok je žig upisan u registar, njegov nositelj, pozivajući se na svoj žig, može spriječiti uporabu na području Hrvatske istovjetnog znaka u odnosu na proizvode i usluge koji su istovjetni onima za koje je žig registriran. Nadalje, može spriječiti i uporabu istovjetnog ili sličnog znaka za istovjetne ili slične proizvode ili usluge ako bi to dovelo do zablude u javnosti, uključujući i vjerojatnost dovođenja u svezu s tim znakom i žigom. I naposljetku, ako je registrirani žig ugledni žig može zabraniti uporabu istovjetnog ili sličnog znaka za različite proizvode ili usluge, ako bi se time nepošteno iskorištavao razlikovni karakter ili ugled žiga ili bi im naštetilo. Isto na području cijele Europske unije može činiti nositelj žiga Zajednice.

Budući da se registracija sastoji od znaka i popisa proizvoda i usluga, predmet ovrhe su i jedno i drugo, tj. registracija u cijelosti, takva kakva jest. Iako je moguć djelomičan prijenos žiga na temelju pravnoga posla,⁵⁰ djelomična ovrha

47 Vidi čl. 7. ZoŽ-a.

48 Registracija žiga proizvodi učinke 10 godina računajući od datuma podnošenja prijave, a može se obnovljati za po 10 idućih godina, bez ograničenja. Vidi čl. 43. i 44. ZoŽ-a.

49 Vidi čl. 9., 46. i 47. Uredbe o žigu Zajednice.

50 Vidi čl. 38. st. 2. ZoŽ. Djelomičan prijenos podrazumijeva prijenos znaka u odnosu na samo neke od proizvoda ili usluga za koje je registriran. Kod djelomičnog prijenosa zapravo dolazi do razdvajanja registracije. Isto je moguće i u odnosu na žig Zajednice, vidi čl. 17. st.1. Uredbe o žigu Zajednice.

na žigu ne bi bila moguća. O tomu nema izričite odredbe u ZoŽ-u niti u Uredbi o žigu Zajednice, ali se zaključuje iz općih načela. Naime, valja imati na umu da razdvajanje registracije povlači za sobom mogućnost da kao posljedica razdvajanja na jednom teritoriju egzistiraju slični žigovi, tj. žigovi koji se sastoje od istovjetnog znaka u odnosu na slične proizvode ili usluge. Takvim razdvajanjem registracije monopolna i apsolutna prava koja proizlaze iz razdvojenih registracija postaju upitna jer jedan drugog nositelji razdvojenih registracija ne mogu pozivom na svoja prava isključiti od korištenja sličnog žiga. Time se gubi monopolna i apsolutna narav žiga, što su njegova bitna svojstva. Zato na konkurenciju razdvojenih registracija na istome tržištu nositelji takvih registracija moraju izrijeком pristati i to zbog neke gospodarske logike. Time oni pristaju na gubitak monopolnog i apsolutnog karaktera svojih žigova u odnosu jedan prema drugome. Budući da je kod ovrhe riječ o prisilnoj prodaji žiga radi namirenja vjerovnika, ne bi se mogla primijeniti pravila o dobrovoljnom razdvajanju registracije. Nezamislivo je kako bi se na javnoj prodaji žiga dva kupca dogovorila o razdvajanju registracije. Također, valja imati na umu da se gospodarski nelogičnim razdvajanjem registracije može u većoj mjeri izgubiti vrijednost prvobitnog žiga.

2.4. Funkcije žiga i njegova pravna odvojenost od poduzeća

Žig je oznaka razlikovanja. On služi za razlikovanje proizvoda i usluga jednog poduzetnika od proizvoda i usluga drugog poduzetnika na tržištu. Razlikovna funkcija žiga leži u samim temeljima njegove pravne zaštite. Ako znak nije razlikovan u odnosu na proizvode i usluge koji se njime označuju, on ne može biti registriran kao žig jer ne može izvršiti svoju temeljnu funkciju. Jednako tako, žig je i oznaka podrijetla. On označuje podrijetlo proizvoda i usluge, vezuje ih s njihovim izvorom. Izvor je poduzetnik koji je te proizvode proizveo i stavio na tržište odnosno poduzetnik koji pruža uslugu. Funkcijom razlikovanja i funkcijom označivanja podrijetla, koje su međusobno isprepletene, štite se jednako i poduzetnici i potrošači. Poduzetnik se štiti tako što ima monopolno pravo označiti svoj proizvod ili uslugu određenim žigom te time osigurati svoj položaj na tržištu u odnosu prema drugim poduzetnicima i prema potrošaču. Potrošač se štiti tako da može razlikovati istovrsne proizvode i usluge na tržištu prema njihovom izvoru. Time se ukazuje još jedna funkcija žiga, osobito važna s pozicije potrošača - jamstvena funkcija žiga. Ona potrošaču daje pouzdanje da proizvod ili usluga označena nekim određenim žigom ima stalnu kakvoću koju može očekivati na temelju svojeg ranijeg iskustva. Daljnjom analizom uloge žiga na tržištu došli bismo i do drugih njegovih funkcija,⁵¹ no to prelazi potrebe okvira ovoga rada. Opisane funkcije žiga sasvim su dostatne

51 Detaljno o funkcijama žiga, njihovu povijesnom razvoju i ulozi u pravnoj zaštiti i imovinsko-pravnim raspolaganjima vidjeti kod Matanovac Vučković, Prijenos..., *op. cit.* u bilj. 9., str. 52. do 63., 179. do 191., 383. do 403. te 551 do 563.

za stvaranje slike o povijesnoj povezanosti žiga i poduzeća.⁵² Naime, ako se pogleda povijest žigovnoga prava, uočava se da je on u imovinskopравnim raspolaganjima bio dugo vremena pravno vezan uz poduzeće u kojem se rabio i to upravo zbog svojih funkcija. Pravni poredak nije dopuštao razdvajanje žiga od poduzeća jer bi time potrošači bili dovedeni u zabludu o podrijetlu proizvoda ili usluge. Stoga je dugo vremena žig mogao biti registriran samo ako se stvarno i rabio u okviru nekog poduzeća. Jednako tako, žig se nije mogao prenijeti na drugog bez poduzeća, a licencije prvobitno nisu bile dopuštene da bi kasnije bile dopuštene, ali tek uvjetno,

52 U pravu tržišnog natjecanja, tj. pravu konkurencije pojam poduzetnik shvaća se kao pravnotehnički pojam pod kojim se razumije svaki subjekt koji obavlja gospodarsku djelatnost na nekom tržištu, bez obzira na njegov pravni status i način financiranja te neovisno o namjeri ili činjenici ostvarivanja dobiti. Tako Cerovac, Mladen, Pojam poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja, Hrvatska pravna revija, br. 10, 2005., str. 61, što odgovara definiciji iz presude u predmetu *Höfner and Elsned v. Macrotron* (1991) ECR I-1979. Sličnu definiciju poduzetnika ističe i Pošćić, Ana, Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 29, 2008., str. 921, u svezi s definicijom poduzetnika prema europskom pravu tržišnog natjecanja. S druge strane, pojam poduzeće (engl. *undertaking*, njem. *Unternehmen*) u najkraćem se definira kao gospodarska djelatnost koju obavlja neki subjekt kao nositelj te djelatnosti u organizacijskom smislu. Stoga se pojmom poduzeće koristi u pravilu u kontekstu poslovnog pothvata (engl. *business, business enterprise*). U tome smislu poduzeće je zajednica imovine i osoba, odnosno spoj kapitala i rada pod jedinstvenim vodstvom, usmjerena na ostvarivanje gospodarskih ciljeva i jedinstveno istupanje na tržištu. Ta gospodarska cjelina nema pravnu osobnost, već na tržištu istupa te u pravne odnose ulazi nositelj poduzeća ili poduzetnik, bez obzira na njegov organizacijski oblik, način financiranja te namjeravano ili stvarno ostvarivanje dobiti. Tako Barbić, Jakša, Pravo društava, Knjiga prva, Zagreb, 1999., str. 196. U pitanju povezanosti žiga i poduzeća upravo je riječ o povezanosti žiga s gospodarskom cjelinom u kojoj se žig rabi na tržištu, on je dio poduzeća. Pri tomu pojam poduzeće valja shvatiti vrlo široko, te je utoliko definicija poduzeća kakva se daje u pravu tržišnog natjecanja, primjerena i za žigovno pravo. Poduzeće može imati i fizička osoba koja se bavi nekom samostalnom i slobodnom djelatnošću, npr. umjetnik. Ono mora biti osnovano kao trajna, a ne samo povremena djelatnost za koju, s druge strane, nije važno poduzima li se radi ostvarenja dobiti ili nekih drugih, nematerijalnih ciljeva. U engleskome pravu, za razliku od opisanog kontinentalnoeuropskog pristupa, razmatra se povezanost žiga s *goodwillom* poduzeća u kojem se žig rabi. Tu se između žiga i poduzeća javlja pojam *goodwill* koji predstavlja imovinsko pravo i tumači se prema *common law* pravilima, posebice vezano uz tužbe za *passing off*. *Goodwill* i poduzeće nisu sinonimi, iako se kao takvi često rabe. *Goodwill* je imovinsko pravo. Kao jedan od najboljih opisa *goodwill* ističe se onaj lorda Macaghtena u *Inland Revenue Commissioners v. Mueller & Co's Margarine Ltd.* (1901) AC 217, 223, HL: „*Goodwill* je vrlo lako opisati, ali vrlo teško definirati. To je (blagodat i) prednost dobrog imena, ugleda i povezivanja s poduzećem. To je privlačna snaga koja dovodi kupce. To je ono što razlikuje staro afirmirano poduzeće od poduzeća koje se nalazi na svom početku. *Goodwill* poduzeća mora proizlaziti iz nekog centra ili izvora. Koliko god široko rasprostranjen ili raširen njegov utjecaj može biti, *goodwill* nema nikakvu vrijednost ako nema privlačnu snagu za kupce (potrošače) dovoljnu da ih dovede do izvora iz kojeg proizlazi... *Goodwill* ne postoji samostalno. Ne može živjeti sam. Mora biti pridružen poduzeću. Ako se uništi poduzeće, *goodwill* nestaje s njim, iako ostaju elementi koji se možda mogu prikupiti i ponovo oživjeti...” S druge strane, poduzeće (engl. *business*) se ne smatra imovinskim pravom. Pojam *business* podrazumijeva stvarno obavljanje djelatnosti proizvodnje, prerade, ili trgovine proizvodima, ili djelatnost pružanja usluga.

uz osiguravanje pretpostavki za održavanje kakvoće žigom označenih proizvoda i usluga.⁵³ Iako se tijekom dvadesetog stoljeća žig postupno razdvajao od poduzeća, tek je uslijed usklađivanja nacionalnih zakonodavstava s Direktivom o žigu⁵⁴ devedesetih godina prošlog stoljeća u državama članicama u potpunosti napušteno shvaćanje o pravnoj povezanosti žiga i poduzeća. Žig se oslobodio i postao samostalan dio imovine poduzetnika, kojim ovaj može raspolagati bez obzira na poduzeće u kojemu se žig do tada rabio.⁵⁵ Dakle, nije potrebno kod prijenosa žiga istodobno prenijeti i poduzeće u kojemu se žig rabi, a kod licencija nema nikakvih zakonom propisanih ograničenja *a priori*. Takvo shvaćanje podupire i mogućnost ovrhe na žigu kao samostalnom dijelu imovine poduzetnika. Nije nužno da ista osoba zajedno sa žigom stekne i poduzeće u kojemu se žig rabi, i obrnuto.

Ipak, valja imati na umu da uslijed prijenosa žiga bez poduzeća on može izgubiti na svojoj dotadašnjoj vrijednosti, iako se to u pravilu neće dogoditi odmah. Ako stjecatelj žiga u ovrsi ne stekne istodobno i poduzeće, moguće je da on žig počne rabiti u odnosu na proizvode i usluge čija je kakvoća drukčija od one koju je žig prvobitno jamčio ili da ga rabi na drugi način, što će utjecati na svijest potrošača i njihovu odluku o konzumiranju određenog proizvoda, odnosno usluge. Stoga kod ovrhe na žigu stjecatelj koji želi održati dosadašnju vrijednost žiga i njegovu refleksiju u svijesti potrošača mora voditi računa o kakvoći proizvoda i usluga koje će njime označivati, ako istodobno u ovrsi ne stječe i poduzeće ili bitne dijelove poduzeća u kojemu se žig rabi. Žig je u ovrsi promijenio svoj izvor, umjesto ranijeg nositelja - ovršenika, na njegovo mjesto stupa novi nositelj - stjecatelj žiga u postupku ovrhe. Iako je to pravno dopušteno, time su narušene temeljne funkcije žiga i stjecatelj koji ih želi održati, mora ozbiljno raditi da bi ih održao.

Konačno, valja imati na umu da se žig može opozvati ako zbog uporabe od strane njegova nositelja ili s njegovim odobrenjem može dovesti javnost u zabludu, među ostalim, osobito u pogledu vrste, kakvoće ili zemljopisnog podrijetla

53 Npr. u Engleskoj je registrar provjeravao okolnosti pojedinačnih imovinskopravnih raspolaganja žigom prije no što bi dopustio takvo raspolaganje. U vrijeme važenja Zakona o žigu iz 1938. godine (enlg. *Trade Marks Act*) licencije su se mogle ostvariti kroz sustav registriranog korisnika koji je pravno teorijski, ali i praktično, ležao na presumpciji da je registrirani korisnik isti izvor kao i nositelj žiga. Detaljno vidi Matanovac Vučković, *Prijenos...*, *op. cit.* u bilj. 9., str. 108. do 114.

54 Direktiva 2008/95/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22. listopada 2008. o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na žigove (kodificirana verzija) (dalje u tekstu Direktiva o žigu).

55 Neregistrirani žig nije u svim državama članicama oslobođen od poduzeća. Tako je u Engleskoj neregistrirani, tj. *common law* žig i dalje akcesoran, tj. pravno povezan s *goodwillom* poduzeća u kojem se rabi, poglavito kada je riječ o imovinskopravnim raspolaganjima. Slijedom toga je upitna mogućnost ovrhe na *common law* žigu prema engleskom pravu. Nadalje, u žigovnom pravu SAD-a također se još uvijek njeguje povezanost žiga s *goodwillom* poduzeća u kojem se rabi. Stoga je pitanje bi li žig prema američkom pravu, bio on registriran ili ne, mogao biti samostalan predmet ovrhe budući da ga se ne može razdvojiti od *goodwilla* poduzeća u kojem se rabi.

proizvoda i usluga koji su njime označeni.⁵⁶ Slijedom mogućnosti opoziva žiga, stjecatelj koji želi održati žig u vrijednosti mora voditi računa da ga rabi na način koji će osigurati ostvarenje funkcija žiga i koji neće javnost dovesti u zabludu u pogledu vrste, kakvoće ili zemljopisnog podrijetla proizvoda i usluga koji su njime označeni.

2.5. Uporaba žiga

Uporaba žiga vrlo je važan element u održavanju žiga u vrijednosti, a proizlazi iz funkcija žiga, s jedne strane, i njegove monopolne naravi, s druge strane. Najkraće rečeno, budući da je žig oznaka podrijetla proizvoda i usluga i razlikovna oznaka, nema svrhe nekome dati vremenski potencijalno neograničeni monopol na znaku ako on taj znak neće rabiti u skladu s njegovim funkcijama, u odnosu na proizvode i usluge za koje je registriran. Ovaj *ratio* leži u zakonom propisanim razlozima za opoziv žiga. Iako je danas moguće registrirati žig koji se ne rabi,⁵⁷ u svim nacionalnim propisima u državama članicama kao i u Uredbi o žigu Zajednice propisana je mogućnost opoziva žiga zbog neuporabe u neprekinutom razdoblju od 5 godina nakon registracije.⁵⁸ Dakle, žig koji se ne rabi 5 godina prikladan je za opoziv.

2.6. Vrijednost žiga

Predmet ovrhe, dakako, može biti samo ono pravo koje ima imovinsku vrijednost, koje se može unovčiti da bi se ovrhovoditelj namirio iz njegove vrijednosti. Tako i žig može biti predmetom ovrhe zato što ima određenu imovinsku vrijednost. Poseban problem kod žigova leži upravo u utvrđivanju njihove vrijednosti na tržištu. Zapravo, imovinsku vrijednost na tržištu imaju *brandovi* ili marke. *Brand* ili marka je ekonomski pojam i ne podudara se s pravnim pojmom

56 Vidi čl. 46. st. 3. tč. 2. ZoŽ-a. Ovakva odredba je putem čl. 12. st. 2. tč. b) Direktive o žigu unesena i u sva nacionalna žigovna zakonodavstva u državama članicama Europske unije. Također, isto je propisano i u čl. 51. st. 1. tč. c) Uredbe o žigu Zajednice.

57 U nekim je državama uporaba još uvijek latentna pretpostavka za registraciju žiga, npr. u Engleskoj. Iako u Direktivi o žigu uporaba nije pretpostavka za registraciju žiga, slijedom povijesnog shvaćanja o funkcijama žiga još uvijek se prigodom podnošenja prijave za registraciju žiga od podnositelja zahtijeva da izrazi namjeru da će rabiti žig (engl. *bona fide intention that it will be so used*). Vidjeti čl. 32. engleskog Zakona o žigu (engl. *Trade Marks Act*) iz 1994. godine, neslužbeni pročišćeni tekst vidjeti na: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/contents>> (posljednji posjeti 20.02.2013.). O uporabi kao implicitnoj pretpostavci za registraciju vidjeti Kitchin, David / Llewelyn, David / Mellor, James / Meade, Richard / Moody-Stuart, Thomas / Keeling, David, *Kerly's Law of trade Marks and Trade Names*, London, 2005, 14. ed., str. 12. I američko žigovno pravo uporabu smatra bitnim elementom za registraciju žiga, što je velik utjecaj *common lawa*.

58 Takvo uređenje posljedica je usklađivanja s čl. 12. st. 1. Direktive o žigu. Vidi čl. 46. st. 2. ZoŽ i čl. 51. st. 1. tč. a) Uredbe o žigu Zajednice.

žiga, iako u stvarnosti mnogi žigovi jesu *brandovi* ili marke.⁵⁹ Naime, svaki žig teži postati marka, ali neki nositelji žiga ne uspiju ostvariti taj gospodarski cilj. Stoga i kod ovrhe valja voditi računa je li se žig koji je predmet ovrhe do tada rabio na tržištu te time stekao status *branda* ili marke koja ima određenu vrijednost.

Danas su u svijetu razvijene složene metode izračunavanja vrijednosti *brandova*, a time i žigova u pravnom smislu.⁶⁰ Takve metode moraju biti dostupne i sudskom procjenitelju pri ovrshi. Kod ovrhe na žigu ne može se koristiti uobičajenim metodama utvrđivanja tržišne vrijednosti predmeta ovrhe.⁶¹

2.7. Međuzaključak

Kao međuzaključak u ovome dijelu rada možemo sažeti dosadašnju analizu na sljedeće ključne odrednice:

1.) Predmet ovrhe može biti nacionalni žig, kao i pravo koje je po učincima istovjetno nacionalnom žigu (nakon proteka roka za odbijanje prema nacionalnom pravu), a proizlazi iz međunarodne registracije. Za nacionalne žigove relevantan je nacionalni registar i na njih se primjenjuju odredbe iz čl. 40. st. 1. do 3. ZoŽ-a. Za žigove stečene na temelju međunarodne prijave relevantan je međunarodni registar i na njih se primjenjuje odredba iz čl. 40. st. 1. ZoŽ te odredba iz čl. 9. Madridskog protokola.⁶² Nakon pristupanja Hrvatske u Europsku uniju predmet ovrhe moći će biti i žig Zajednice u onim slučajevima kada odredbe iz čl. 16. Uredbe o žigu

59 Vidi Vranešević, Tihomir, *Upravljanje markama*, Zagreb, 2007., str. 12.

60 Jednu od takvih metoda razvila je globalna konzultantska kuća *Brand Finance*. Opisana je ukratko na njihovim internetskim stranicama www.brandfinance.com. *Brand Finance* je u Hrvatskoj provela istraživanje vrijednosti hrvatskih *brandova* objavljeno u hrvatskim medijima 21. svibnja 2008. godine. Prema spomenutim rezultatima vodeći *brand* u Hrvatskoj u to doba bila je INA, vrijednost kojeg je procijenjena na 617 milijuna američkih dolara. Na drugome mjestu bio je *brand* T-Hrvatski telekom, vrijednost kojeg je 591 milijun dolara, treći je bio Konzum s 530 milijuna dolara, četvrti T-Mobile Hrvatska s 432 milijuna dolara, dok je na petom mjestu bila Adris grupa - njezina vrijednost *branda* prema procjenama iznosila je tada 415 milijuna dolara. Sedmo mjesto zauzimala je Zagrebačka banka vrijedna kao *brand* 322 milijuna američkih dolara, a osmo Privredna banka Zagreb vrijedna kao *brand* 299 milijuna američkih dolara.

61 U određivanju tržišne vrijednosti marke, a time i žiga u pravnom smislu djeluju brojni čimbenici, a neki od njih su i elementi očekivanih financijskih koristi koja se u budućnosti može očekivati od uporabe pojedine marke, koja u pravnom smislu predstavlja žig. Vidi detaljno Vranešević, *op. cit.* u bilj. 59., str. 151. do 195. i tamo navedenu literaturu. Vidi i Topić, Željko, *Primjena intelektualnog vlasništva kao razvojnog resursa - ekonomika i menadžment intelektualnog vlasništva*, u: Matanovac, R. (ur.) *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, Zagreb, 2006., str. 249. do 288., posebice str. 270. do 273.

62 U toj odredbi propisano je da će Međunarodni ured izvršiti promjenu nositelja žiga u međunarodnom registru, za sve ili za neke države za koje vrijedi registracija, za sve ili za neke proizvode i usluge na koje se odnosi međunarodna registracija te na zahtjev osobe koja je u međunarodnom registru upisana kao nositelj žiga, zainteresiranog ureda koji takav zahtjev podnosi *ex officio* ili na zahtjev zainteresirane osobe, pod uvjetom da je stjecatelj žiga osoba koja prema čl. 2. st. 1. Madridskog protokola može biti nositelj međunarodne registracije.

Zajednice upućuju na nadležnost hrvatskoga suda i primjenu hrvatskoga prava. Učinak takve ovrhe odnosit će se na cijelu Europsku uniju. Zajednički i jamstveni žigovi ne mogu biti predmeti ovrhe.

2.) Načelo teritorijalnosti kod ovrhe na žigu djeluje u dva smjera. Kao prvo, žig je, kao i druga apsolutna prava intelektualnog vlasništva, teritorijalno pravo, on je vezan uz područje države koja ga je priznala u odnosu na svoj teritorij. Kao drugo, u ovršnom pravu u kojem se prisilno, mimo volje ovršenika, provode sudske odluke i druge ovršne isprave, smatra se da je isključivo vršenje državne vlasti na vlastitom teritoriju bitan atribut suverenosti te vlasti. Također, prema međunarodnom ovršnom pravu ovrhu stranih sudskih odluka na području neke države provode sudovi države na čijem se teritoriju provodi ovrha. U sinergiji smjerova djelovanja načela teritorijalnosti u žigovnom pravu i međunarodnom ovršnom pravu može se jedino zaključiti da ovrhu na žigu koji proizvodi učinke u Hrvatskoj mogu isključivo provoditi hrvatski sudovi prema hrvatskome pravu, bez obzira provodi li se ovrha na temelju domaće ili strane sudske ili druge odluke ili druge ovršne isprave ili europskog ovršnog naloga (naslova). U odnosu na žig Zajednice, prema kolizijskim pravilima iz Uredbe o žigu Zajednice ovrhu, s učinkom za cijelu Europsku uniju provode hrvatski sudovi primjenom hrvatskoga prava ako nositelj žiga Zajednice ima sjedište, odnosno prebivalište, podredno boravište u Hrvatskoj.

3.) Provedbom ovrhe na žigu stjecatelj žiga stječe apsolutna i monopolna prava koja proizlaze iz toga žiga i to i u odnosu na znak i u odnosu na cijeli popis proizvoda ili usluga za koje je registriran.

4.) Žig je samostalan dio imovine koji je kao takav prikladan za ovrhu. No, prijenos žiga bez poduzeća nosi sa sobom rizike od gubitka funkcija žiga. U nekim slučajevima uslijed prijenosa žiga bez poduzeća on može postati prijevaran te time prikladan za opoziv.

5.) U svezi s ovrhom važno je imati na umu obvezu uporabe žiga te voditi računa o tomu je li žig koji je predmet ovrhe možda postao prikladan za opoziv zbog neuporabe na strani ovršenika. Time bi predmet ovrhe bilo pravo koje ima nedostatak jer je prikladno za opoziv s učinkom *ex tunc*, od datuma podnošenja prijedloga za opoziv. S druge strane, stjecatelj žiga u ovrsi koji nema namjeru rabiti žig u odnosu na proizvode i usluge za koje je registriran, stječe pravo koje će se zapravo s vremenom ugasi zbog neuporabe. Neuporabom, žig gubi na vrijednosti. Nema gospodarskog smisla stjecati žig koji se neće rabiti, osim ako je gospodarski cilj takvog stjecanja da pravo prestane postojati.

6.) Postupak utvrđivanja vrijednosti žiga kao predmeta ovrhe vrlo je složen u smislu metoda koje se primjenjuju radi utvrđivanja njegove tržišne vrijednosti, a uključuju i projekcije zarade od uporabe žiga u budućnosti. Stoga se tome postupku ne smije pristupiti bez posebnih stručnih znanja.

3. PRAVILA O OVRSI NA ŽIGU

U čl. 240. OZ-a uređeno je da se ovrha na patentu, tehničkom unaprjeđenju i sličnim ovršenikovim pravima provodi pljenidbom toga prava te njegovim unovčenjem u skladu s odredbama o prodaji pokretnina. Kao što je već naglašeno, među slična ovršenikova prava pripada i žig. Stoga će se u nastavku analizirati pravila o provedbi ovrhe na žigu koja se primjenjuju slijedom čl. 240. OZ-a.⁶³

Odredba o ovrsi na pravima intelektualnog vlasništva sadržana je, kao uostalom i za sva prava koja nisu posebno uređena, pomalo neobično, u čl. 240. OZ-a. To je rezidualna kategorija "drugih" imovinskih, odnosno materijalnih prava, u koja OZ ubraja tek primjerično patent, tehničko unaprjeđenje, plodouživanje ili neko slično ovršenikovo pravo. Zakonodavni pristup je u ovome slučaju tako strukturiran da je, zapravo, prednost dana onim pravima koja su učestalija, i u pogledu kojih postoji određena kritična masa specifičnosti koje opravdavaju posebno uređenje. Zbog toga je ovrha na novčanoj tražbini vrlo detaljno uređena,⁶⁴ s različitim modalitetima provedbe,⁶⁵ te posebnostima na pojedinim tražbinama kao što su plaća⁶⁶ i tražbina po računu.⁶⁷ Posebnosti postoje u odnosu na ovrhu na tražbini da se predaju ili isporuče pokretnine ili da se preda nekretnina,⁶⁸ na dionici za koju nije izdana isprava o dionici te udjelu, odnosno poslovnom udjelu u trgovačkom društvu,⁶⁹ te na vrijednosnim papirima koji su ubilježeni na računima kod središnjeg klirinškog depozitarnog društva.⁷⁰

Ovrha na svim drugim imovinskim pravima uređena je, međutim, jedinstveno za sva ta prava, ma koja ona bila. U literaturi je istaknuto da je ovaj pristup već djelomično prihvaćen u Zakonu o izvršnom postupku iz 1978., premda su raniji propisi pratili austrijsko uređenje koje je detaljnije uređivalo ovo pitanje i dopuštalo heterogeniji pristup.⁷¹ Ovrha se na svim "drugim" imovinskim pravima provodi, naime, pljenidbom toga prava te njegovim unovčenjem u skladu s odredbama

63 Čizmić i Zlatović navode da predmetom ovrhe posebice mogu biti imovinske koristi koje potječu od korištenja žiga i prava koja nositelji žiga vuku iz svoga žiga. Navode da se ta ovlaštenja mogu sastojati, npr. "od dobiti koju izvlače nositelji žiga iz korištenja svoga žiga, naknade kao imovinskopravni zahtjevi koji izlaze iz prava žiga odnosno iz iskorištavanja žiga, potraživanja na ime naknade štete zbog povrede žiga te stvar kao materijalna podloga na koju je žig fiksiran." Vidi Zlatović, *Žigovno... op. cit.* u bilj. 7., str. 522, Čizmić / Zlatović, *op. cit.* u bilj. 4., str. 254. i 255. te Zlatović, *Ovrha... op. cit.*, u bilj. 7. Vezano uz te tvrdnje valja istaknuti da se o tome u ovome radu ne govori. Ovdje se analizira žig kao predmet ovrhe, a ne neka posebna subjektivna prava koja u svezi sa žigom mogu nastati na temelju ugovora ili zbog prouzročenja štete.

64 Vidi čl. 171. *et seq.* OZ.

65 Vidi različite vrste prijenosa (prijenos radi naplate ili umjesto isplate) u čl. 184. OZ-a.

66 Vidi čl. 196. *et seq.* OZ-a.

67 Vidi čl. 204. *et seq.* OZ-a.

68 Vidi čl. 219. *et seq.* OZ-a.

69 Vidi čl. 228. *et seq.* OZ-a.

70 Vidi čl. 233. *et seq.* OZ-a.

71 Dika, *Gradansko... op. cit.* u bilj. 40, str. 614. koji kritički navodi da se radi o podnormiranom i neadekvatnom pristupu.

o prodaji pokretnina. S jedne strane, ova odredba upućuje, ali ne tumači kako bi se odredbe o pokretninama trebale prilagoditi u pojedinom konkretnom slučaju s obzirom na očito različite predmete ovrhe. S druge strane, ova odredba ne dopušta drukčija sredstva ovrhe osim pljenidbe i unovčenja, premda bi i druga sredstva teorijski dolazila u obzir. O tomu vidi *infra*.⁷²

3.1. Pljenidba žiga

3.1.1. Općenito o problemu pljenidbe

Ključna razlika između pokretnine i žiga, naravno, sastoji se u fizičkoj pojavnosti pokretnine, odnosno fizičkoj nepojavnosti žiga u smislu prava industrijskog vlasništva. Zbog toga što su pravila o pljenidbi vrlo jasno oblikovana imajući u vidu neposredni ovršenikov posjed pokretnine, kao i neposredni fizički kontakt između sudskog ovršitelja i predmeta ovrhe, takva su pravila jednostavno neprilagođena pljenidbi žiga. Pljenidba pokretnine je, međutim, ključna radnja koja omogućava vjerovniku namirenje, i to prodajom te stvari. S druge strane, pravila o ovrši na tražbinama, doduše, predviđaju pljenidbu tražbine, ali ne u svezi s unovčenjem prodajom, budući da se ovrha provodi prijenosom tražbine na ovrhovoditelja. To se kod žiga ne može primijeniti. Poseban problem u svezi s pljenidbom predstavlja i činjenica da se žig registrira, premda nije riječ o klasičnom registarskom pravu kakva su stvarna prava, zbog čega je upitan pravni status registracije ovrhe u registru žigova.

3.1.2. Primjena odredaba o pljenidbi pokretnina

Iz pravila o upućivanju na odredbe o pokretninama, koje je propisano u čl. 240. OZ-a, nije u potpunosti jasno je li zakonodavac namjeravao uputiti na primjenu pravila o pljenidbi pokretnina zajedno s pravilima o prodaji ili je pljenidba navedena kao samostalna ovršna radnja.⁷³ Posljednje je stajalište problematično zbog toga što OZ ne govori o tomu na koji način bi se pljenidba tog prava trebala obaviti. S druge strane, primjena pravila o pljenidbi pokretnina je problematična u odnosu na pljenidbu žiga zbog niza ovršnih radnji koje bi trebalo provesti. Naime, kod pljenidbe pokretnina, pljenidba je samo jedna, početna radnja. Pravila o pljenidbi pokretnina sadržana su u općim odredbama OZ-a o ovršnim radnjama,⁷⁴ i

⁷² O tome vidi *infra*.

⁷³ Budući da čl. 240 OZ glasi: "Ovrha na pravima iz članka 139. ovoga Zakona provodi se pljenidbom toga prava te njegovim unovčenjem u skladu s odredbama o prodaji pokretnina" moguća su dva tumačenja te odredbe s obzirom na pitanje primjene odredaba o prodaji pokretnina. Prvo tumačenje polazi od toga da se i u pljenidbi i u unovčenju primjenjuju pravila o pokretninama. Prema drugom tumačenju ovrha se provodi pljenidbom kao samostalnom ovršnom radnjom, bez naznake da bi bila riječ o *mutatis mutandis* primjeni pravila o pljenidbi za pokretnine. Tek potom primijenila bi se pravila o unovčenju pokretnina.

⁷⁴ Vidi čl. 136. OZ *et seq.*

ovrha se, sukladno njima, u prvoj fazi provodi zapljenom (pokretnine), procjenom, oduzimanjem, otpremanjem, povjeravanjem na čuvanje sudu, ovrhovoditelju ili trećoj osobi.⁷⁵

Ako bi se prihvatilo da se pljenidba žiga provodi kao i kod pokretnina, dolazimo do nelogičnosti, budući da je svrha pljenidbe pokretnine, s jedne strane njezina identifikacija (radi prvobitne procjene vrijednosti)⁷⁶ i označavanje (radi davanja publiciteta), a s druge njezina imobilizacija, uslijed čega se pokretnina treba oduzeti ovršeniku iz neposrednog posjeda.⁷⁷ I druge odredbe detaljno uređuju način predaje i čuvanje pokretnina.⁷⁸ Jasno je da ove odredbe nemaju mjesta primjeni kod žiga, jer žig nema materijalnu pojavnost.

U ovom kontekstu treba istaknuti i to da, premda ZoŽ navodi mogućnost izdavanja isprave o žigu,⁷⁹ takva isprava nema nikakvo posebno pravno značenje za stjecanje ili postojanje žiga, osim što potvrđuje činjenicu da je žig registriran. Takva isprava ne može biti predmetom pljenidbe kad je riječ o ovrši na žigu. Nakon što je ovrha na žigu provedena i žig je prenesen na novog stjecatelja, on je ovlašten (ali ne i dužan) zahtijevati novu ispravu o žigu koja glasi na njegovo ime. No, ni u tom slučaju izdavanje isprave o žigu nema nikakvo posebno značenje za stjecanje žiga.

Ako bi se prihvatila primjena ostalih odredbi o pljenidbi pokretnina na pljenidbu žiga, tada bi sudski ovršitelj trebao upisati žig u pljenidbeni popis, čime bi pljenidba bila obavljena. Učinak takve pljenidbe bio bi dvostruk i sastojao bi se: 1) u zabrani raspolaganja žigom te 2) u stjecanju založnog prava na žigu.

Zabrana raspolaganja žigom nastupila bi temeljem čl. 142. st. 1. OZ-a. Kršenje ove zabrane povlačilo bi kaznenopravne posljedice za ovršenika.⁸⁰ Problem s primjenom ove odredbe u odnosu na žig jest da je svrha pljenidbenog popisa kod pokretnina prvenstveno u tome da se identificiraju pokretnine koje se kasnije imaju prodati na relativno trajnom mediju (popisu), s obzirom da njihova kasnija sudbina ovisi o nizu divergentnih čimbenika, a pogotovo kraj činjenice da one mogu ostati u neposrednom posjedu ovršenika. Kod pljenidbe žiga, međutim, nema potrebe pristupiti istraživanju koji su to žigovi "u posjedu" ovršenika, jer je žig registrirano pravo, niti je potrebno fizički pristupati ovršeniku. Slijedom toga se pljenidbeni popis, pogotovo kraj činjenice da se redovito plijeni jedan, a ne više žigova, ukazuje kao suvišna radnja.

Ona se ukazuje s druge strane i kao nedovoljna radnja, ako se ovršeniku ne zabrani raspolaganje (što je učinak pljenidbe). Za to je potrebno izreći zabranu

75 Literatura je ukazala na problem primjene pljenidbe ili odgovarajuće radnje na imovinsko pravo. Vidi Dika, *Ovrha...* op. cit. u bilj. 7., str. 226.

76 Vidi čl. 139. st. 1. OZ-a koji navodi da će se popisati samo onoliko pokretnina koliko je potrebno za namirenje ovrhovoditeljeve tražbine i troškova ovrhe.

77 Čl. 140. st. 1. OZ navodi obligatorno oduzimanje (transferaciju). Čl. 140. st. 3. OZ-a, međutim, nejasno otvara prostor tumačenju da takvo oduzimanje nije uvijek nužno, navodeći da će na popisanim stvarima koje su ostavljene ovršeniku na čuvanje vidljivo naznačiti da su zaplijenjene (naglasili autori).

78 Vidi čl. 141. OZ.

79 Čl. 35. st. 1. ZoŽ.

80 Vidi čl. 142. st. 2. OZ.

raspolaganja ovršeniku, koja kod pljenidbe pokretnina proizlazi iz označivanja (a ako se pokretnine oduzimaju, tada, naravno i iz oduzimanja). S druge strane, zabrana raspolaganja žigom može izreći jednostavnom dostavom rješenja o ovrsci koje sadržava takvu zabranu, bez posebnog sastavljanja pljenidbenog popisa.

Dika, sukladno ovom razmišljanju, zauzima stajalište da bi se, po prirodi stvari, pljenidbu u odnosu na sva prava intelektualnog vlasništva trebalo provoditi izricanjem i dostavom zabrane ovršeniku da raspolaze tim pravima.⁸¹ S tim se mišljenjem možemo složiti, premda OZ ne daje uporišta za takav neposredni zaključak, barem kad je riječ o ovrsci na pokretninama.

Drugi problem koji se tiče učinaka pljenidbe jest posljedica da bi odgovarajućom primjenom pravila o pokretninama pljenidbenim popisom ovrhovoditelj stjecao založno pravo na popisanoj žigu. Pritom bi se prvenstveni red računao prema danu upisa u popis.⁸² Je li to dovoljan razlog za sastavljanje pljenidbenog popisa? Po našem mišljenju odgovor je negativan, zbog toga što založno pravo može nastati i pljenidbom na temelju zabrane. Svrha prisilnog založnog prava jest osigurati pravo na namirenje vjerovniku te prvenstveni red u odnosu na eventualne kasnije vjerovnike. Za to je potrebno da se prema trećima založno pravo, kao stvarno pravo, publicira, a sastavljanje pljenidbenog popisa u sudu ne ostvaruje tu funkciju, ili barem ne bolje nego što to čini dostava zabrane. Naravno, tu i dalje ostaje problematično pitanje publiciteta, ali je ono zaobilaznim putem riješeno u samome ZoŽ-u, o čemu vidi *infra*.

3.1.3. Primjena odredaba o pljenidbi tražbina

Ako se pogledaju odredbe OZ-a o pljenidbi tražbine, uočava se da se ona provodi dostavom ovršenikovu dužniku rješenja o ovrsci kojim se ovršenikovu dužniku zabranjuje da ovršeniku ispuni novčanu tražbinu, a ovršeniku se zabranjuje da tu tražbinu naplati ili da inače raspolaze njome i zalogom koji je dan za njezino osiguranje.⁸³ Ovo je rješenje bliže ranije izloženoj koncepciji pljenidbe koje bi se trebalo primijeniti na žig. Međutim, budući da je žig apsolutno pravo, tj. da su adresati obveze suzdržavanja od povrede sve osobe u granicama njegovog teritorijalnog djelovanja, isključena je primjena pravila o dostavi. Međutim, može se prihvatiti da se ovršeniku zabrani raspolaganje žigom. Zbog toga Dika ističe da se radi o tzv. jednostrukoj zabrani, kad govori o analogiji s ovrhom na novčanoj tražbini.⁸⁴

U tome dijelu, koji se tiče zabrane, zapravo i nema razlike prema pravilima o pljenidbi pokretnina, budući da se i kod pokretnina pljenidbom zabranjuje ovršeniku raspolaganje tim pokretninama, sukladno izričitoj odredbi iz čl. 142. st. 1. OZ-a.

81 Vidi Dika, Ovrha... *op. cit.* u bilj. 7., str. 240.

82 Vidi čl. 143. st. 2. OZ-a. Jedino ako postoji više ovrhovoditelja, prvenstveni red se određuje prema danu primitka ovršnog prijedloga, a ako su prijedlozi za ovrhu primljeni istoga dana, tada bi založna prava imala isti prvenstveni red. Čl. 143. st. 3. OZ-a.

83 Vidi čl. 176. st. 1. OZ-a i Dika, Ovrha... *op. cit.* u bilj. 7., str. 226.

84 *Ibid.*

Razlika bi, međutim, mogla postojati kad je riječ o založnopravnim učinicima pljenidbe. Kod pokretnina se založno pravo stječe pljenidbenim popisom.⁸⁵ Kod tražbina se to, događa u kasnijem trenutku, tj. trenutku dostave rješenja.⁸⁶ Međutim, pažljiva analiza pokazat će da trenutak stjecanja založnog prava nije odlučan za zaštitu ovrhovoditeljeva prvenstvenog reda. Naime, kod pokretnina se prvenstveni red više ovrhovoditelja određuje prema danu kada je popis obavljen.⁸⁷ Ako ima više ovrhovoditelja u čiju se korist istodobno popisuju stvari, tada se prvenstveni red određuje prema danu kada je prijedlog za ovrhu zaprimljen u sudu.⁸⁸ Popis bi se, po prirodi stvari, trebao uvijek obaviti u korist onog ovrhovoditelja koji je ranije podnio prijedlog za ovrhu. U suprotnom bi ovršni sud mogao arbitrarno određivati prvenstveni red. Slijedom toga, zapravo je upravo trenutak podnošenja prijedloga za ovrhu ključan za određivanje prvenstvenog reda (a ne trenutak sastavljanja pljenidbenog popisa).

Kod tražbina se prvenstveni red založnih prava više ovrhovoditelja uvijek određuje prema danu primitka prijedloga za ovrhu,⁸⁹ premda založno pravo nastaje tek dostavom rješenja o ovrsi. Ako se, dakle, kod pljenidbe žiga eliminira pljenidbeni popis kao ovršna radnja, preostaje isto pravilo o određivanju prvenstvenog reda prema trenutku primitka ovršnog prijedloga, kao što je to slučaj kod ovrhe na pokretninama i tražbinama.

Pored toga, rješenje kojim založno pravo nastaje tek dostavom rješenja o ovrsi, kao što je to slučaj kod tražbina, jednostavnije je u pogledu pravnog položaja kasnijih stjecatelja. Naime, kod pokretnina založno pravo nastaje pljenidbenim popisom, ali taj trenutak koincidira s trenutkom dostave rješenja o ovrsi.⁹⁰ Kod ovrhe na žigu, ako bi založno pravo nastalo prije dostave rješenja o ovrsi, tada bi ovršenik u međuvremenu mogao raspolagati žigom (jer mu to ne bi bilo zabranjeno), pri čemu bi se postavilo pitanje sudbine založnog prava. Naime, ono bi opterećivalo žig prije dostave rješenja o ovrsi, a treća osoba koja je žig stekla, ne znajući za založno pravo, morala bi trpjeti namirenje iz žiga, premda nije znala za tu opterećenost. To je neprihvatljivo sa stajališta pravne sigurnosti. Stoga treba tumačiti da založno pravo nastaje danom dostave rješenja o ovrsi.

3.1.4. Značenje registracije žiga za pljenidbu žiga

U svezi s iznesenim pitanjima, treba posebno istaknuti pitanje upisa pljenidbe u određeni upisnik.

85 Vidi čl. 143. st. 1. OZ-a.

86 Vidi čl. 176. st. 3. OZ-a.

87 Vidi čl. 143. st. 2. OZ-a.

88 Vidi čl. 143. st. 3. OZ-a.

89 Vidi čl. 180. st. 1. OZ-a. Ako je ovršni prijedlog upućen kao preporučena pošiljka, tada se dan predaje pošti smatra danom primitka u sudu (čl. 180. st. 2. OZ).

90 Sukladno čl. 137. st. 1. OZ sudski ovršitelj, prije nego što pristupi pljenidbi, predat će ovršeniku rješenje o ovrsi i pozvati ga da plati iznos za koji je određena ovrha s kamatama i troškovima.

Kad je riječ o pokretninama, nesporno je da se pljenidba upisuje (zapravo provodi) upisom u pljenidbeni popis.⁹¹ Pored toga, prisilno založno pravo nastalo pljenidbom upisuje se u Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima kod FINE.⁹² Takav upis nema konstitutivno značenje,⁹³ što se izričito navodi u tome Upisniku.⁹⁴ Štoviše, taj upis nije obligatoran, već se provodi samo na prijedlog ovrhovoditelja ili suda.⁹⁵ Kad je riječ o tražbinama i drugim pravima, vrijedi isto.

Zanimljivo je, međutim, da čl. 183. OZ-a posebno regulira pljenidbu tražbine osigurane založnim pravom upisanim u zemljišnoj ili drugoj javnoj knjizi.⁹⁶ Prihvaćeno rješenje vezuje trenutak pljenidbe takve tražbine s upisom te pljenidbe u toj knjizi. Takvom je rješenju cilj zaštita trećih. Ako bi pljenidba tražbine djelovala prije upisa te pljenidbe u javnu knjigu, nastao bi problem ako bi ovršenik raspolagao takvom tražbinom suprotno zabrani, u korist trećeg koji bi se pouzdao u knjižno stanje - barem u pogledu založnog prava, kao knjižnog prava. Posljedično bi nastao sukob između pravila o zaštiti povjerenja u javnu knjigu i pravila o akcesornosti tražbine i založnog prava kojim se ona osigurava. Da bi se takav sukob izbjegao, propisuje se obvezna registracija pljenidbe tražbine osigurane založnim pravom upisanim u javnoj knjizi.

Iz vrlo sličnih pobuda i ZoŽ također sadržava odredbu o upisu ovrhe u registar žigova. Sukladno toj odredbi, sud koji provodi ovrhu po službenoj dužnosti bez odgode obavješćuje Zavod o pokrenutoj ovrshi na žigu radi upisa u registar.⁹⁷ Ova odredba nije potpuno jasna, jer ne određuje potpuno precizno u kojem se trenutku ima obavijestiti registar. No, iz njezinog sadržaja može zaključiti da sud odmah, čim zaprimi prijedlog za ovrhu o tome obavješćuje registarsko tijelo, budući da se ovršni postupak pokreće već podnošenjem prijedloga.⁹⁸ To je adekvatno rješenje. Osobito u kontekstu slabog publiciteta pljenidbe i posljedičnog založnog prava. Upisivanjem činjenice pokretanja ovršnog postupka otklonjen je problem koji nastaje zbog toga što treće osobe ne znaju da je određena pljenidba, tj. da je ovršeniku zabranjeno raspolaganje žigom i da je ovrhovoditelj stekao prisilno založno pravo na tom žigu.⁹⁹ Premda se iz upisa u registru automatski ne vidi je li uistinu stečeno založno

91 Vidi čl. 138. st. 1. OZ-a.

92 Vidi čl. 6. st. 1. t. 1. Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima NN 121/05 (dalje u tekstu ZU).

93 Vidi čl. 16. st. 1. ZU-a.

94 Vidi čl. 16. st. 3. ZU-a.

95 Vidi čl. 16. st. 4. ZU-a.

96 Prema čl. 183. OZ pljenidba tražbine osigurane založnim pravom upisanim u zemljišnoj ili drugoj javnoj knjizi u koju se upisuju prava na nekretninama provodi se upisom pljenidbe u tu knjigu. Upis se obavlja po službenoj dužnosti, uz naznaku da je pljenidba na temelju koje je na tražbini stečeno založno pravo određena radi namirenja tražbine ovrhovoditelja.

97 Čl. 40. st. 2. ZoŽ-a.

98 Čl. 3. st. 1. OZ-a.

99 Slično rješenje postoji kod ovrhe na nekretninama, kod koje je moguće već prije donošenja rješenja o ovrshi u zemljišnoj knjizi upisati plombu jer je pokrenut postupak u kojem bi se mogao odrediti upis (tj. zabilježba ovrhe). Vidi čl. 57. st. 7. Zemljišnoknjižnog poslovnika

pravo, zbog toga jer iz tog upisa nije jasno u kojoj fazi se nalazi ovršni postupak, on predstavlja dovoljno upozorenje trećima da ispitaju o čemu se radi i adekvatno se zaštite.

Sukladno čl. 40. st. 3. ZoŽ-a ovrha "ima učinak prema trećima" nakon upisa u registar. Značenje ove odredbe svodi se na to da treće osobe nisu dužne poštovati zabranu raspolaganja koja je nastupila pljenidbom, ako ovrha nije upisana u registar. Budući da se ovrha upisuje već čim je ovršni postupak pokrenut, i to po službenoj dužnosti, ne bi trebalo biti opasnosti od toga da ovrhovoditelji budu oštećeni uslijed nedostatka registracije. Ukoliko bi sud ipak propustio obavijestiti registarsko tijelo, a provodi se ovrha na žigu, treća osoba mogla bi steći žig od ovršenika usprkos zabrani, jer pravni posao zabranjen jednoj strani nije zbog toga nevaljan po općim pravilima građanskoga prava.¹⁰⁰

Pored toga, ZoŽ dopušta, kao i ZU, da ovrhovoditelj koji je stekao založno pravo zahtijeva upis tog (prisilnog) založnog prava u registar žigova, sukladno istoj odredbi iz čl. 40. st. 2. ZoŽ-a. Takav je upis očito deklaratorne naravi, kao što je to slučaj i kod Upisnika sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, jer založno pravo nastaje već pljenidbom, tj. dostavom rješenja o ovrši ovršeniku.

U literaturi je izraženo i stajalište po kojem je upis pljenidbe konstitutivna radnja za stjecanje prisilnog založnog prava (pa tako i same pljenidbe), zbog toga jer je upis u registar žigova općenito konstitutivnog značaja.¹⁰¹ Međutim, iako je upis u registar konstitutivan za nastanak žiga, budući da se žig prema ZoŽ-a stječe registracijom, ni za kakvu kasniju promjenu na žigu upis u registar nema konstitutivno značenje.¹⁰² Iz toga razloga nema osnove ni da se odredba iz čl. 40.

(Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova NN 81/1997).

100 Sukladno čl. 322. st. 2. Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08 i 125/11), ako je sklapanje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor je valjan ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povrijedila zakonsku zabranu snosit će odgovarajuće posljedice.

101 Dika, *Ovrha... op. cit.* u bilj. 7., str. 240. I u sudskoj praksi je izraženo takvo stajalište: vidi presudu Visokog trgovačkog suda PŽ-3295/12-3 donesenu prema Ovršnom zakonu NN 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08: "Prema odredbi čl. 40. st. 1. Zakona o žigu („Narodne novine“ broj 173/03, 54/05, 76/07, 30/09, 49/11; dalje: ZŽ) žig može biti predmetom ovrhe. Ovrha na žigu provodi se pljenidbom žiga (zabilježbom ovrhe u registru žigova pri Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo čime ovrhovoditelj stječe založno pravo na žigu), njegovom procjenom, prodajom i namirenjem ovrhovoditelja iz cijene dobivene prodajom, pri čemu se radnje prodaje i namirenja provode u skladu s odredbama OZ-a o prodaji pokretnina (čl. 200. OZ-a)."

102 Prema čl. 37. ZoŽ-a na zahtjev podnositelja prijave za registraciju žiga ili nositelja žiga Zavod u registar upisuje sve promjene do kojih je došlo nakon podnošenja prijave ili nakon registracije žiga, pod uvjetom da odgovaraju pravom stanju i nemaju utjecaja na izgled žiga. Iz čl. 38. st. 3. i 4. ZoŽ-a također proizlazi da do promjene nositelja žiga na temelju ugovora dolazi izvan registra. Stjecatelj žiga može se registrirati, a ta će promjena učinak prema trećima imati od registracije. Međutim, ovdje su treći koji nisu znali za promjenu žiga zaštićeni u smislu da neće odgovarati za povredu žiga. Tom se odredbom ne štiti stjecanje na

st. 2. ZoŽ-a tumači na način da se pljenidba žiga u ovrsi provodi dostavom Zavodu kao registarskom tijelu rješenja o ovrsi kojim bi se nalagalo da se ovrha upiše u registar. Ovdje se ranije zaključilo da je temeljem citiranog članka sud koji provodi ovrhu dužan bez odgode obavijestiti Zavod o pokrenutoj ovrsi radi upisa ovrhe u registar. Dakle, odmah po primitku prijedloga za ovrhu sud treba obavijestiti Zavod da se na žigu provodi ovrha. Jednako tako, ZoŽ ne poznaje pojam zabilježbe, kao što to čini Zakon o zemljišnim knjigama kad je riječ o nekretninama. U registar se upisuju žigovi i sve činjenice i okolnosti vezane uz žigove sukladno ZoŽ-a i PoŽ-a jednakom, istom vrstom upisa. Riječ je uvijek o upisu - registraciji žiga i određenih činjenica vezanih uz taj žig. Primjena pravila o zabilježbi ovrhe na nekretnini (čl. 84. OZ) na žigove nije prikladna i zbog toga što su učinci zabilježbe ovrhe stjecanje prava na namirenje te zabrana promjene upisa vlasništva ili kojeg drugog stvarnog prava utemeljenog na raspoložbi ovršenika nakon upisa zabilježbe u zemljišnoj knjizi.¹⁰³

U ovom kontekstu posebno je problematična odredba čl. 40. st. 3. ZoŽ-a koja propisuje da založno pravo, jednako kao i ovrha djeluje prema trećima nakon upisa u registar. Naime, odredba može baciti sumnju na to je li založno pravo nastalo već prije upisa u registar, s obzirom na to da je založno pravo stvarno pravo koje po svojoj pravnoj naravi djeluje prema svima. Budući da založno pravo daje pravo na namirenje, i to u određenom prvenstvenom redu, ranije razmatranje dokazuje da založno pravo u ovome slučaju svakako nastaje prije njegove registracije. To je logično rješenje, jer bi inače nedostatak registracije dovodio u pitanje ovrhovoditeljevo pravo na namirenje, za što nema opravdanja. Međutim, u pogledu prava trećih, pri čemu se misli u prvom redu na stjecatelje žiga na temelju pravnog posla ovršenika (budući da su ostali ovrhovoditelji izričito stavljeni u režim prvenstvenog reda po trenutku podnošenja prijedloga, neovisno o registraciji),¹⁰⁴ te bi osobe u nedostatku registracije bile dovedene u nesiguran položaj u kojem bi se moglo dogoditi da steknu žig opterećen prisilnim založnim pravom za koje nisu znale. ZoŽ je, međutim, ovaj problem zaobilazno riješio na način da se publicira pokretanje ovršnog postupka koje automatski baca sumnju na to da na žigu možda postoji i založno pravo stečeno prisilnim putem. Slijedom toga, prema našem mišljenju, za djelovanje prisilnog založnog prava prema trećima upis u registar nije relevantna pravna činjenica zbog toga što već postoji publikacija ovršnog postupka kao cjeline. Budući da je prisilno založno pravo ionako samo pratitelj tog postupka s ograničenom funkcijom u njemu, to bi se odredbu čl. 40. st. 3. ZoŽ-a, po našem mišljenju, trebalo tumačiti na način da se odnosi samo na dobrovoljno (a ne i prisilno) založno pravo na žigu.

temelju povjerenja u registar budući da registracija stjecatelja nije konstitutivna za prijenos žiga. Isto se sukladno čl. 39. st. 4. i 5. ZoŽ zaključuje u odnosu na licenciju, te sukladno čl. 40. st. 2. i 3. ZoŽ-u u odnosu na založno pravo. O ulozi registra u imovinsko-pravnim raspolaganjima žiga detaljno vidi Matanovac Vučković, Uloga... op. cit. u bilj.13.

103 Vidi čl. 84. st. 2. i 3. OZ-a.

104 Vidi čl. 180. st. 1. OZ-a.

U literaturi koja se tiče patenata, za koji nije sporno da je upis založnog prava u registar deklaratornog značenja, istaknuto je također shvaćanje da se pljenidba provodi dostavom Zavodu rješenja o ovrsi kojim bi mu se zabranjivalo da u odnosu na zaplijenjeni patent dopusti bilo kakvu promjenu na temelju raspoložbi ovršenika te kojim bi mu se nalagalo da u registar patenata zabilježi da je patent zaplijenjen.¹⁰⁵ Prema našem mišljenju, s obzirom na to da je čl. 40. st. 3. ZoŽ predviđen upis pokretanja ovršnog postupka, nema razloga da se posebno upisuje zabilježba ovrhe, posebno zbog toga jer takav upis nije predviđen i da ga ZoŽ ne poznaje. Okolnost da je pokrenuta ovrha, koja je vidljiva iz registra, dovoljna je da se do pravomoćnog okončanja ovršnog postupka prekinu eventualno pokrenuti postupci promjena u smislu čl. 37. do 41. ZoŽ-a.

Konačno, treba spomenuti i to da se ni ovrha, niti založno pravo ne upisuju u Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, jer taj Upisnik ima supsidijarno značenje u odnosu na ostale registre, tj. u njega se upisuju samo ona prava i mjere koji se ne upisuju u koji drugi upisnik.¹⁰⁶

3.2. Unovčenje žiga

3.2.1. Primjena odredaba o procjeni pokretnina

OZ ne daje odgovor na pitanje odnosi li se odredba o primjeni pravila o unovčenju pokretnina (čl. 240. OZ) i na odgovarajuću primjenu pravila o procjeni pokretnina na procjenu žiga (i drugih prava iz čl. 239. OZ). Sukladno pravilima o procjeni pokretnina istodobno s pljenidbenim popisom, morala bi se obaviti i procjena vrijednosti pokretnina, osim ako se prodaja povjerava javnom komisijaru,¹⁰⁷ u kojem slučaju procjenu vrši komisijar.¹⁰⁸ S obzirom na složenost određivanja vrijednosti žiga, o čemu je ranije bilo riječi, procjena od strane sudskog ovršitelja ili komisijara ne dolaze u obzir jer te osobe nemaju odgovarajuće stručno znanje nužno za ovu radnju. Slijedom toga bi ovršni sud trebao odrediti u rješenju o ovrsi, a sukladno prijedlogu za ovrhu, da nakon što ovršeniku bude dostavljeno rješenje koje sadrži zabranu raspolaganja, procjenu obavi sudski vještak.¹⁰⁹ Istodobno s donošenjem rješenja o ovrsi, moglo bi se odrediti i osobu vještaka.

¹⁰⁵ Dika, *Ovrha...* op. cit. u bilj. 7., str. 236.

¹⁰⁶ Vidi čl. 6. st. 1. ZU-a.

¹⁰⁷ Vidi čl. 145. st. 1. OZ. Procjenu obavlja sudski ovršitelj, ako sud nije odredio ili ako stranka nije predložila da ju obavi sudski procjenitelj ili posebni vještak (čl. 145. st. 2. i 3. OZ).

¹⁰⁸ Vidi čl. 145. st. 4. OZ-a.

¹⁰⁹ Prema izričitoj odredbi čl. 145. st. 6. OZ-a, troškove vještačenja snosi predlagatelj, ako je on to tražio, a sud nije odredio, neovisno o ishodu ovršnog postupka. Slijedom toga je posebno važno da sud odredi vještačenje po službenoj dužnosti, jer u suprotnom troškovi padaju na predlagatelja.

3.2.2. *Primjena odredaba o unovčenju pokretnina*

Analognom primjenom pravila o unovčenju pokretnina, prodaja žiga obavljala bi se u pravilu usmenom javnom dražbom. To stoga što OZ propisuje da će se upravo dražba odrediti onda ako su u pitanju pokretnine veće vrijednosti,¹¹⁰ a žig je redovito pravo s velikom vrijednošću.¹¹¹

Prodaja se mora oglasiti na oglasnoj ploči suda te na drugi odgovarajući način, kao što je to slučaj kod nekretnina.¹¹² Ako uzmemo da je žig vrijednosti veće od 50.000,00 kuna, sud bi morao u ovim ovršnim postupcima po službenoj dužnosti o ovrši obavijestiti Hrvatsku gospodarsku komoru koja vodi očevidnik nekretnina i pokretnina koje se prodaju u ovršnom postupku.¹¹³ Očevidnik bi u tom kontekstu sadržavao podatke o strankama, podatke kojima se žig može identificirati, tj. podatke iz registra žiga te podatke o drugim uvjetima prodaje i ročištu za dražbu.

Na dražbi se žig ne može prodati ispod jedne polovine procijenjene vrijednosti.¹¹⁴ Ako se žig ne bi uspio prodati po toj cijeni, sud će obustaviti ovrhu.¹¹⁵ U tom slučaju je dužan po službenoj dužnosti obavijestiti Zavod kao registarsko tijelo o obustavi, da bi se izbrisao upis ovrhe iz registra. Kupac je dužan položiti kupovninu odmah nakon zaključenja dražbe,¹¹⁶ a ako to ne učini smatrat će se da dražba nije uspjela.¹¹⁷

Kupac stječe žig samim sklapanjem ugovora o prodaji u okviru ovršnoga postupka. Upis u registar žigova promjene nositelja žiga nema konstitutivno značenje, već se provodi samo na zahtjev kupca.¹¹⁸ Zbog toga bi osobito trebalo voditi računa o tomu da se uplata kupovnine obavi unaprijed, u obliku polaganja odgovarajućeg predujma.¹¹⁹

Premda čl. 38. st. 4. ZoŽ-a navodi da prijenos žiga ima učinak prema trećima nakon upisa u registar, ta odredba u situaciji ovrhe nema osobiti značaj zbog činjenice da je pokretanje ovršnog postupka publicirano u registru već ranije.

110 Vidi čl. 149. st. 4. OZ-a.

111 Iznimno, ako se prodaja obavlja neposrednom pogodbom, tada se ona obavlja između kupca i sudskog ovršitelja ili osobe koja obavlja komisione poslove (čl. 149. st. 3. OZ-a).

112 Vidi čl. 149. st. 5. OZ-a.

113 Vidi čl. 169. st. 1. OZ-a.

114 Vidi čl. 150. st. 1. OZ-a.

115 Vidi čl. 150. st. 2. OZ-a.

116 Vidi čl. 151. st. 1. OZ-a.

117 Vidi čl. 151. st. 2. OZ-a. Kupac je dužan strankama naknaditi štetu koju su one pretrpjele njegovim odustankom, o čemu sud, na zahtjev stranaka, odlučuje u ovršnom postupku.

118 Čl. 38. st. 3. OZ-a.

119 Čl. 151. st. 4. OZ-a doduše navodi kod pokretnina da će sudski ovršitelj predati pokretnine kupcu i ako nije položio kupovninu, ako na to na svoj rizik pristane ovrhovoditelj u granicama iznosa koji bi mu pripao iz postignute cijene. Ako kupac ne položi kupovninu u roku koji mu je određen, ovrhovoditelj može zatražiti od suda da u istom postupku naloži kupcu da mu plati cijenu te na temelju tog rješenja protiv njega predložiti ovrhu. Ta se odredba može primijeniti i na žig utoliko što bi ovrhovoditelj mogao pristati da se prije polaganja kupovnine rješenje dostavi registru radi upisa promjene. S obzirom na to da upis nije konstitutivan, to ne sprječava prijenos do kojeg je već ranije došlo sklapanjem odgovarajućeg ugovora u ovršnom postupku.

Slijedom toga, treće osobe se ne mogu pozivati na to da nisu znale niti morale znati da je došlo do prijenosa žiga u ovršnom postupku te da su u tom smislu poštene (npr. ako su rabile žig, smatrajući da to smiju na temelju licencije koju su dobile od ovršenika).

Prodaja putem javnog komisionara je teoretski moguća, premda posve neprikladna za prodaju žiga. Ideja prodaje putem komisionih prodavaonica jest činjenje robe atraktivnom široj populaciji građana, koji ne sudjeluju na javnim dražbama u sudu. Kad je riječ o žigu koji se prodaje u ovrsi, krajnje je nevjerojatno, pa čak i nepoželjno da se takav objekt prodaje u komisionoj prodavaonici, čak i onda kada se takva prodaja obavlja uz sudjelovanje javnog bilježnika.¹²⁰ Osobe koje bi imale interes kupiti žig redovito su poduzetnici na tržištu koji se bave istom ili sličnom djelatnošću kao i ovršenik, često i njegovi konkurenti. Upravo zbog toga, takve osobe je dovoljno pozvati oglasom da sudjeluju na javnom nadmetanju te je nepotrebno prodaju seliti izvan suda.

3.2.3. *Učinci prodaje na licenciju i druga prava na žigu*

Kao što je dobro poznato, žig može biti predmetom licencije koja može biti isključiva, neisključiva (i jedina), teritorijalno neograničena ili ograničena, te dana u odnosu na sve ili samo neke proizvode i usluge.¹²¹ Osim toga, licencija se može dati za sva ili samo za neka prava koja proizlaze iz registracije žiga. Ako licencija postoji, postavlja se pitanje njezine sudbine u ovršnom postupku.

S obzirom na to da odredbe OZ-a o ovrsi na pokretinama ne reguliraju pitanje sudbine prava na predmetu ovrhe, na odgovarajući se način primjenjuju pravila o ovrsi na nekretninama. U obzir dolaze odredbe o plodouživanju, najmu, odnosno zakupu koji su odnosi slični licenciji žiga. Ako je riječ o plodouživanju, budući da je to osobna služnost, ona ne bi prestala pod uvjetom da je bila upisana u zemljišnoj knjizi prije prava radi čijeg se namirenja ovrha provodi.¹²² Licencija se također upisuje u registar žigova, ali – za razliku od plodouživanja – samo zbog njezinog publiciteta. Zato je licenciju bolje usporediti s najmom ili zakupom koji su obvezna prava koja se, kao i licencija, upisuju u zemljišnu knjigu radi publiciteta, tj. samo s deklaratornim učincima. Budući da i ugovori o najmu i zakupu koji su sklopljeni i upisani u zemljišnu knjigu prije stjecanja založnog prava ili prava na namirenje radi čijeg se ostvarenja ovrha traži ne prestaju prodajom, za zaključiti je da ni licencija ne bi prestala ako je taj ugovor sklopljen i upisan u registar žigova prije nego li je doneseno rješenje o ovrsi.¹²³ S obzirom na to da se u registar upisuje već pokretanje ovršnog postupka, nije za očekivati da bi treća osoba sklopila ugovor o licenciji već nakon što je u registar upisano samo pokretanje postupka ovrhe.

One licencije koje nisu upisane u registar žigova prestale bi prodajom u ovršnom postupku, kao što prestaju sva prava s obveznopравnim učincima. U tom bi slučaju stjecatelj licencije imao pravo na namirenje svoje tražbine uslijed prestanka

120 Vidi čl. 159. st. 2. OZ-a.

121 Vidi čl. 39. st. 1. i 2. ZoŽ-a.

122 Vidi čl. 87. st. 2. OZ-a.

123 *Arg. ex* čl. 88. st. 1. OZ-a.

licencije¹²⁴ iz preostalog dijela kupovnine nakon namirenja ovrhovoditeljeve tražbine, sukladno čl. 114. st. 1. OZ. Visinu naknade određuje redovito sud (osim ako ne postoji sporazum između stjecatelja licencije i ostalih vjerovnika) uzimajući u obzir vrijeme trajanje licencije i njezinu vrijednost.¹²⁵ Kupac bi se, međutim, mogao sporazumijeti sa stjecateljem licencije da preuzme licenciju te da se iznos naknade odbije od kupovnine.¹²⁶

3.2.4. *Namirenje ovrhovoditelja*

Nakon unovčenja, ovrhovoditelj se namiruje iz uplaćene kupovnine bez posebnog ročišta, ako se iz prodajne cijene namiruje samo ovrhovoditelj.¹²⁷ Sud će, bez održavanja ročišta, rješenjem odrediti da se iz iznosa dobivenoga prodajom žiga namire redom: troškovi postupka, troškovi određeni u ovršnoj ispravi, kamate do dana unovčenja i glavna tražbina.¹²⁸ Višak prodajne cijene koji preostane nakon namirenja predat će se ovršeniku, ako za to nema smetnji.¹²⁹

Ako se u ovršnom postupku namiruje više ovrhovoditelja, odnosno ako se pored ovrhovoditelja namiruju i osobe čija prava prestaju prodajom, oni se iz prodajne cijene namiruju onim redom kojim su stekli založno ili drugo pravo koje prodajom prestaje, ako zakonom za određene tražbine nije propisano prvenstveno pravo namirenja.¹³⁰ Ovrhovoditelji istoga reda koji se iz prodajne cijene ne mogu potpuno namiriti, namiruju se razmjerno iznosima svojih tražbina.¹³¹

3.3. *Međuzaključak*

Slijedom svega navedenog u svezi s pravnim položajem žiga u ovrsi može se zaključiti sljedeće:

1.) Ovrha na žigu tretira se kao ovrha na “drugom imovinskom pravu”, s uputnicom na ovrhu na pokretninama, ali bez dodatnih pojašnjenja. Zbog specifičnosti žiga, pljenidbu bi trebalo provesti dostavom zabrane ovršeniku da raspolaže žigom, bez sastavljanja pljenidbenog popisa. Istovremeno bi nastalo i založno pravo prisilnog karaktera koje bi osiguravalo vjerovnikov prvenstveni red.

2.) Upis ovrhe u registar kojeg je slijedom čl. 40. st. 2. ZoŽ-a Zavod dužan provesti nakon što ga je sud koji provodi ovrhu po službenoj dužnosti obavijestio o pokrenutoj ovrsi nije konstitutivan za stjecanje prisilnog založnog prava. Taj trenutak pada redovito prije negoli je rješenje o ovrsi doneseno, pa i prije negoli je

124 Riječ je zapravo o gubitku kojeg nositelj licencije trpi uslije prestanka licencije, zbog čega mu se vrijednost te licencije isplaćuje u novcu prije vraćanja viška ovršeniku kao bivšem nositelju žiga koji je upravo raspolagao za korist nositelja licencije.

125 Vidi čl. 115. st. 1. OZ-a.

126 Vidi čl. 115. st. 2. OZ-a.

127 Vidi čl. 166. st. 1. OZ.

128 *Ibid.*

129 Vidi čl. 166. st. 2. OZ.

130 Vidi čl. 167. st. 1. OZ.

131 Vidi čl. 167. st. 2. OZ. Troškovi ovršnoga postupka, troškovi određeni ovršnom ispravom i kamate imaju isti red namirenja kao i glavna tražbina (čl. 167. st. 3. OZ).

stečeno prisilno založno pravo, ali upozorava sve treće da je postupak ovrhe u tijeku, a svi treći se mogu obavijestiti o tomu u kojoj je fazi taj postupak od ovršenika. Od trenutka registracije činjenice da se provodi ovrha, dakle, treći su ujedno posredno obaviješteni o tomu da je moguće da u odnosu na žig koji je predmet ovrhe postoji i prisilno založno pravo. Stoga nema niti opravdanja štiti treće osobe bilo kakvim pravilima o postupanju s povjerenjem u pravni promet.

3.) U pogledu unovčenja valja istaknuti da se pravila o unovčenju pokretnina mogu primijeniti na odgovarajući način i na unovčenje žiga. Ovdje je posebnost jedino u tomu što se kod procjene vrijednosti žiga moraju angažirati stručne osobe s posebnim znanjima kojima u pravilu ne raspolaže sud ni komisionar. Stoga je u svakom slučaju potrebno odrediti stručnog vještaka koji će obaviti procjenu vrijednosti žiga. Kupac stječe žig sklapanjem ugovora o prodaji koji se naknadno može dostaviti Zavodu radi registracije, pri čemu takav upis nije konstitutivan. Prilikom tog upisa Zavod će brisati i upis ovrhe kao dovršene.

4.) Učinci prodaje na licenciju su analogni onima na najam nekretnina, pa samo one licencije koje nisu upisane u registar žigova prestaju prodajom. U takvim slučajevima valjalo bi priznati stjecatelju licencije pravo na namirenje u svojem prvenstvenom redu, nakon namirenja ovrhovoditelja, uzimajući u obzir njezino očekivano trajanje i vrijednost.

4. ZAKLJUČAK

Provedena analiza obilježja žiga kao prava intelektualnog vlasništva kojim se označuje podrijetlo proizvoda ili usluge, kao i analiza pravila o ovrši na žigu koja se provodi pljenidbom i unovčenjem potvrđuje tezu izloženu u uvodu ovoga rada. Zaključuje se da su pravila kojima se uređuje ovrha na žigu nedostatna, i sa stajališta ZoŽ-a i sa stajališta OZ-a. To zbog toga što ZoŽ ne sadrži pravila prema kojima bi se takva ovrha trebala provoditi, dok su pravila o registraciji ovrhe i djelovanju prema trećima nejasna. OZ upućuje na odgovarajuću primjenu pravila o pokretninama i kod ovrhe na žigu, što je u direktnoj koliziji s naravi žiga kao nematerijalnim pravom intelektualnog vlasništva. U radu su izložena tumačenja pojedinih odredaba ZoŽ-a i OZ-a koja, prema provedenoj analizi, najbolje uzimaju u obzir sva obilježja žiga kao prava intelektualnog vlasništva kojim se označuje podrijetlo proizvoda i usluga. Pri tomu je u nedostatku jasnih i izričitih zakonskih pravila ponekad potrebno izići iz okvira zakonskih odredbi i rješenje potražiti logičkim tumačenjem koje se prvenstveno temelji na pravnoj naravi žiga.

Podnormiranost pravila o ovrši na žigu ne bi trebalo gledati kao nepremostivu prepreku. Naime, činjenica da pravila o ovrši na žigu nisu nedvojbeno jasno propisana u ZoŽ i OZ ne treba obeshrabriti ovrhovoditelje ni sudove da provode ovrhu na žigu, budući da se nedostatak nedvojbenih pravila može uspješno premostiti tumačenjima koja su ponuđena u ovome radu. Ipak, podnormiranost se ne može gledati ni kao prednost jer svakako ne doprinosi jednostavnosti i brzini postupanja. Nažalost, budući da tumačenja dana u znanosti svakako nisu neposredan izvor prava, *de lege ferenda* bilo bi dobro razmotriti da se pravila o ovrši na žigu daleko detaljnije propišu, uzevši u obzir smjernice dane u ovome radu.

Summary

TRADEMARKS SUBJECT TO EXECUTION – BRIDGING THE UNDERREGULATION

Both national trademarks and trademarks acquired by international registration which is of legal effect on the Croatian territory, can be subject to execution. Execution on trademarks which produce legal effects in Croatia can be conducted exclusively by Croatian courts applying Croatian law. However, after the Croatian accession to the European Union, the Union trademark will also be available as an enforcement object according to the Croatian law in cases where there is competence of a Croatian court rendering the Croatian law applicable.

Execution on trademarks is effectuated by serving the writ of execution to the debtor, prohibiting him or her from disposing of the trademark. By the same act, the creditor also acquires a lien. The registration of the enforcement in the register does not create a lien. Furthermore, from the registration of the fact that enforcement proceedings have been initiated, third parties are indirectly notified that it is possible that there is a lien encumbering the trademark subject to pending execution.

Rules on the liquidation of movable property may be applied accordingly to the sale of a trademark. A special feature concerning movables is the fact that the procedure for determining the value of the trademark as an object of enforcement is very complex with respect to the applicable methods for determining its commercial value.

Key words: *trademark, enforcement, trademarks subject to execution.*

Zusammenfassung

ZWANGSVOLLSTRECKUNG AUF MARKE – WIE KANN MAN UNTERVERORDNUNG ÜBERWINDEN?

Bei der Zwangsvollstreckung auf Marke muss man die Merkmale der Marke als eines Rechtes des geistigen Eigentums, mit welchem die Herkunft des Produktes und Dienstes gekennzeichnet wird, in Betracht ziehen. In diesem Sinne kann der Gegenstand der Zwangsvollstreckung sowohl die Nationalmarke als auch die aufgrund internationaler Registrierung in das Madrider System erworbene Marke sein. Während der Internationalregister für die aufgrund internationaler Registrierung entstandenen Marken relevant, ist der Nationalregister für nationale Marken relevant. Nach dem EU-Beitritt Kroatiens wird der Gegenstand der Zwangsvollstreckung auch die Marke der Gemeinschaft sein, und zwar, in den

Fällen der Zuständigkeit des kroatischen Gerichtes für die Zwangsvollstreckung und der Anwendung des kroatischen Rechts.

Der Territorialitätsgrundsatz bei der Zwangsvollstreckung auf einer Marke wirkt in zwei Richtungen. Einerseits ist die Marke an das Gebiet des Staates, welcher sie bezüglich seines Territoriums anerkannt hat, gebunden. Andererseits wird die Zwangsvollstreckung fremder Gerichtsentscheidungen auf dem Gebiet eines Staates gemäß dem Zwangsvollstreckungsrecht von den Gerichten des Staates, auf wessen Territorium die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird, vollzogen. Deshalb kann die Zwangsvollstreckung mit ausübenden Wirkungen in Kroatien ausschließlich von kroatischen Gerichten gemäß kroatischem Recht vollzogen werden.

Durch den Vollzug der Zwangsvollstreckung auf einer Marke erwirbt der Markenerwerber die aus dieser Marke hervorgehenden absoluten Rechte und Monopolrechte, und zwar, sowohl bezüglich der Marke als auch bezüglich der ganzen Liste von Produkten und Diensten für welche die Marke registriert wurde. Obwohl die Marke ein selbständiger Eigentumsteil ist, trägt die Übertragung der Marke ohne Unternehmen Risiken des Verlustes von Markenfunktionen. Ebenfalls verwirklicht der Markenerwerber in der Zwangsvollstreckung, welcher keine Absicht hat, die Marke bezüglich Produkte und Dienste für welche sie registriert wurde, zu benutzen, keinen wirtschaftlichen Zweck des Markenrechtsschutzes. Falls die Marke nicht benutzt wird, verliert sie an Wert, und kann auch für den Widerruf geeignet werden.

Die Pfändung der Marke wird durch die Zustellung des Zwangsvollstreckungsbeschlusses an den Vollstreckungsgegner vollzogen, mit welchem ihm die Verfügung über die Marke verboten wird. Durch dieses Dokument erwirbt der Vollstreckungsführer das Zwangspfandrecht auf der Marke, welche der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist. Die Eintragung der Zwangsvollstreckung in den Register ist nicht konstitutiv für die Erwerbung des Zwangspfandrechtes. Ab Moment der Registrierung von Tatsache, dass die Zwangsvollstreckung vollzogen wird, werden Dritte mittelbar darüber benachrichtigt, dass man bezüglich der Marke, welche der Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist, das Zwangspfandrecht erwerben kann.

Die Regeln über die Mobilienverwertung können entsprechend auch an die Markenverwertung angewendet werden. Die Besonderheit bezüglich der Mobilien besteht darin, dass das Verfahren der Feststellung des Markenwertes als Gegenstand der Zwangsvollstreckung im Sinne von zu Zwecken der Feststellung vom Markenmarktwert angewendeten Methoden, welche auch die Projektion des Lohns von der Nutzung der Marke in der Zukunft einschließen, sehr komplex ist. Deshalb sollte man an dieses Verfahren ohne spezielle Expertkenntnisse herangehen.

Schlüsselwörter: *Marke, Zwangsvollstreckung, Zwangsvollstreckung auf einer Marke.*

RIASSUNTO

L'ESECUZIONE FORZATA SUL MARCHIO – COME AFFRONTARE LA LACUNOSITÀ NORMATIVA?

Con riferimento all'esecuzione forzata sul marchio occorre prendere in considerazione le peculiarità del marchio quale diritto di proprietà intellettuale mediante il quale si segnala l'origine del prodotto o del servizio. In tale senso oggetto d'esecuzione forzata può essere il marchio nazionale, come pure il marchio ottenuto in base ad una registrazione internazionale secondo il sistema Madrid. Per i marchi nazionali rileva il registro nazionale; mentre per i marchi ottenuti in base a dichiarazione internazionale rileva il registro internazionale. Con l'ingresso della Croazia nell'Unione europea potrà essere oggetto dell'esecuzione forzata anche il marchio comunitario nei casi in cui per il procedimento esecutivo sia competente un tribunale croato e si applichi il diritto croato.

Il principio di territorialità nel caso di esecuzione forzata sul marchio opera in due direzioni. Da un lato, il marchio è legato al territorio dello Stato che l'ha riconosciuto nei confronti del proprio territorio. D'altra parte, secondo il diritto dell'esecuzione, l'esecuzione forzata di una decisione straniera viene attivata presso il tribunale sul cui territorio l'esecuzione ha luogo. Pertanto, l'esecuzione forzata sul marchio, che produce effetti in Croazia può essere attivata soltanto presso i tribunali croati, applicando il diritto croato.

Mediante l'esecuzione forzata sul marchio, il titolare del diritto sul marchio acquisisce i diritti assoluti e monopolistici che derivano dal marchio medesimo e ciò nei confronti del segno distintivo e dell'intera lista di prodotti o servizi per i quali viene registrato. Sebbene il marchio rappresenti una parte indipendente del patrimonio, il trasferimento del marchio senza impresa comporta il rischio della vanificazione del marchio. Inoltre, il titolare del diritto al marchio oggetto di esecuzione che non intende utilizzare il marchio nei confronti dei prodotti e dei servizi per i quali è registrato non realizza il fine economico della tutela legale del marchio. A causa del suo mancato utilizzo il marchio può perdere il suo valore e si può giungere alla sua revoca.

La requisizione del marchio avviene mediante notifica all'esecutato del provvedimento esecutivo con il quale gli viene vietato di disporre del marchio. Mediante tale atto chi procede in via esecutiva al contempo acquista anche il diritto coattivo di garanzia sul marchio oggetto di esecuzione forzata. L'iscrizione dell'esecuzione forzata nel registro non ha natura costitutiva ai fini dell'acquisto del privilegio. Dal momento della registrazione della circostanza che è stata attivata la procedura esecutiva i soggetti terzi si reputano informati del fatto che esiste la possibilità che sia sorto un diritto di garanzia sul marchio oggetto di esecuzione.

Le regole circa la liquidazione dei beni mobili si possono applicare anche alla liquidazione del marchio. La particolarità rispetto ai beni mobili consiste nel fatto che il procedimento di valutazione del valore del marchio quale oggetto

dell'esecuzione forzata è molto complessa considerati i metodi utilizzati ai fini della quantificazione del suo valore di mercato e le proiezioni circa il suo utilizzo nel futuro. Per queste ragioni non si può porre in essere tale procedura senza delle adeguate conoscenze professionali.

Parole chiave: marchio, esecuzione forzata, esecuzione forzata sul marchio.

ZAŠTITA OSIGURANIKA POJEDINCA KOD UGOVORA O OSIGURANJU - Otvorena pitanja i dvojbe -

Dr. sc. Ana Keglević, LL.M., viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 368.022
368.023.2
Ur.: 15. veljače 2013.
Pr.: 25. ožujka 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Ugovori o osiguranju koji se sklapaju s osiguranicima pojedincima spadaju u jednu od onih vrsta ugovora kod kojih je neravnoteža pravnih pozicija između ugovorih strana očita. Radi uklanjanja navedene neravnoteže i osiguranja učinkovitog funkcioniranja tržišta osiguranja potrebno je osiguranicima pojedincima pružiti odgovarajuću zaštitu. U radu se stoga pruža pregled pravnog okvira njihove zaštite u domaćem pravu te se analiziraju neki od osnovnih instrumenata njihove zaštite kao što su obveza informiranja, zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi, značenje općih i/ili posebnih uvjeta osiguranja, pravila o plaćanju premije i osigurnine, te pitanja oglašavanja i kontrole sadržaja popratnih materijala.

Ključne riječi: *ugovor o osiguranju, zaštita osiguranika pojedinca/potrošača, obveza informiranja, nepoštene ugovorne odredbe, oglašavanje i promidžbeni materijal.*

1. UVOD

Statistike pokazuju da svake godine na unutarnjem tržištu EU-a novih 150 milijuna potrošača stupa u sektor financijskih usluga.¹ U Republici Hrvatskoj ta brojka iznosi sveukupno 7.932.620 sklopljenih ugovora o osiguranju u 2012. godini, od kojih je velik broj ugovora sklopljen upravo s fizičkim osobama.² Zato

1 Za pregled statistika pružanja usluga osiguranja na razini EU-a, v. Izvješće Europskog udruženja osiguratelja (*Insurance Europe*) na <http://www.insuranceeurope.eu/facts-figures/statistical-publications> ili istraživanje Eurostata za financijske usluge <http://www1.unece.org/stat/platform/pages/viewpage.action?pageId=63931000>. Stranica posjećena 18.2.2013.

2 Podaci o sklopljenim policama osiguranja za razdoblje od 1. siječnja do 31. prosinca 2012. pokazuju: ukupno neživotna osiguranja 6.529.045, ukupno životna osiguranja 1.403.575,

zaštita osiguranika pojedinaca zauzima sve značajnije mjesto u praksi osiguranja. Potreba da se pruži zaštita osiguranicima pojedincima proizlazi iz temeljne neravnoteže između pregovaračke pozicije, stupnja znanja i financijskih sredstava između osiguranika i osiguratelja, koja u konačnici dovodi osiguranike u slabiji ugovorni položaj. Neravnoteža se posebice opaža u situacijama kada ugovor koji se sklapa nije za osiguranike pojedince uobičajen i svakodnevnan te kada se gubitci i eventualni sporovi pokazuju tek nakon proteka određenog vremena, a što je učestalo kod ugovora o osiguranju koji se sklapaju na dulje vremensko razdoblje. Radi njegova učinkovitog funkcioniranja sektor osiguranja trebao bi osigurati adekvatnu zaštitu osiguranicima temeljeći se na načelima transparentnosti i odgovarajućeg informiranja osiguranika posebice o karakteristikama usluge osiguranja, cijenama, troškovima i uvjetima osiguranja, zatim na omogućavanju pravog izbora između više usluga koje se nude na tržištu, na učinkovitoj i ne pretežito skupoj pravnoj zaštiti u rješavanju pritužbi i sporova, te konačno na načelu čuvanju i zaštite njihove privatnosti.³

Samo neki od primjera prakse osiguratelja kojima se štete osiguranici pojedinci bili bi prodaja usluge osiguranja koja ne identificira i ne odgovara potrebama osiguranika, prodaja vezanih usluga osiguranja uz osnovnu, propust potpunog i pravilnog obavještanja o svim troškovima i elementima ugovora, propust dostave uvjeta osiguranja, nepoštene ugovorne odredbe, zavaravajuće oglašavanje i marketing itd.⁴ Kako bi se navedeno spriječilo sustav zaštite osiguranika pojedinaca trebao biti utemeljen na jasnim pravnim pravilima (i ugovornog prava i pravilima

sveukupno: 7.932.620. (Tablica 26). U okviru tog broja životna osiguranja (1.403.575), dodatna osiguranja za životno osiguranje (569.365), zdravstveno osiguranje (85.880), osiguranje za slučaj vjenčanja i rođenja (4.097), te velik dio osiguranja motornih vozila (1.977.751), osiguranja od nezgode (2.453.359) ili osiguranja imovine (592.319) sklapaju fizičke osobe koje mogu imati jednu ili više polica. Samo radi usporedbe zaračunata bruto premija osiguranja za razdoblje od 1. siječnja do 31. prosinca 2012. pokazuje (u tisućama kuna): ukupno neživotna osiguranja 6.576.454 ukupno životna osiguranja 2.461.642, sveukupno: 9.937.642 (Tablica 25). Izvor: HANFA - Mjesečno izvješće za prosinac 2012., <http://www.ripe.hanfa.hr/hr/publiciranje/izvjescia> ili isto Godišnje izvješće Hrvatskog ureda za osiguranje, <http://www.huo.hr/hrv/statisticka-izvjescia/18>. Stranica posjećena 18.2.2013.

- 3 Na međunarodnoj razini se sve više pozornosti posvećuje čuvanju osobnih podataka osiguranika posebice generičkih podataka o spolu, dobi, rasi, nesposobnosti osiguranika itd. V. poziciju Europskog udruženja osiguratelja na prijedlog Uredbe EU o zaštiti osobnih podataka iz 2012. g. *Insurance Europe Position Paper on European Data Protection Regulation*, www.insuranceurope.eu/Publications ili za sam prijedlog: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm Stranica posjećena 18.2.2013.
- 4 Vrlo zanimljivo istraživanje provedeno na 26.856,00 ispitanika (građana EU-a iz svih 27 država članica) o prodaji financijskih usluga na unutarnjem tržištu za potrošače pokazalo je da gotovo njih 90% koristi neku financijsku uslugu. Od toga najveći broj ispitanika ima bankovni račun (84%), nakon čega slijede usluge osiguranja (51%). Zanimljivo je da od tog broja građani koji se educirani lakše kupuju uslugu osiguranja: čak 64% su oni koji su obrazovani i imaju preko 20 godina starosti. V. *European Commission, DG Internal Market and Services, Special Eurobarometer 737 - Retail Financial services*, 12.3.2012. ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/ebs_374_en.pdf ili na http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/policy_en.htm#eurobarometer. Stranica posjećena 18.2.2013.

nadzora nad osigurateljima) i na odgovarajućim mehanizmima zaštite njihovih prava. U tom smislu ovaj rad analizira pravni okvir i pojedine institute njihove zaštite u domaćem pravu. Gdje je potrebno domaća pravna rješenja uspoređuju se s pravnom stečevinom Europske unije, Načelima europskog ugovornog prava osiguranja (*Principles of European Insurance Contract Law*, dalje: PEICL)⁵ i pravnim rješenjima pojedinih država članica.

2. TROSTRUKI SUSTAV ZAŠTITE OSIGURANIKA POJEDINCA

Ugovor o osiguranju i zaštita osiguranika pojedinca u Republici Hrvatskoj nalazi se u složenom pravnom okruženju. Uređeni su odredbama čak triju propisa koji zahtijevaju njihovo istodobno isčitavanje i primjenu. Na općoj razini, odredbe Zakona o obveznim odnosima (ZOO)⁶ iz 2005. g. pružaju opća načela i obilježja ugovora o osiguranju imovine i života. Regulacija ugovora o osiguranju i zaštite ugovornih stranaka kroz opći propisima obveznog prava posljedica je tradicionalnog koncepta karakterističnog za građanske i trgovačke zakonike devetnaestog i dvadesetog stoljeća, koji je s vremenom preuzet i kod nas. Iako je novim ZOO iz 2005. g. (čime je prestao vrijediti ZOO iz 1978. g., dalje: ZOO/78) koncept uređenja ugovora o osiguranju moderniziran i usklađen s nekim suvremenim tendencijama razvoja, on je i dalje ostao pravno-tehnički pozicioniran u opći propis.

Istodobno, usvojeni su posebni propisi koji sadrže odredbe o zaštiti slabije ugovorne strane, kao što su Zakon o osiguranju (ZOS)⁷ iz 2005. g. i Zakon o zaštiti potrošača (ZZP)⁸ iz 2007. g. koji posebice uređuje ugovor o osiguranju na daljinu.⁹ Oba propisa su novijeg datuma i većim dijelom su posljedica prilagodbe hrvatskog pravnog sustava europskom. U tom smislu oba propisa usvajaju moderna europska rješenja.¹⁰ Sva tri spomenuta propisa pružaju određeni, za njih specifičan, stupanj

5 Basedow, J., et al. (Ed.), *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL), Sellier, 2009. (dalje: PEICL), za dobar pregled v. npr. *European Contract Law*, ERA-Forum, Special issue, 2008., str. 95-182.

6 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05., 41/08. Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza NN br. 125/11 kojim je bio izmijenjen čl. 174. ZOO-a, prestao je vrijediti stupanjem na snagu Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi NN br. 108/12, 144/12.

7 Zakon o osiguranju, NN br. 151/05., 87/08., 82/09. kojim je stavljen izvan snage Zakon o osiguranju iz 1997. g., NN br. 46/97., 11/99, 11/02.

8 Zakon o zaštiti potrošača, NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09., 78/12., kojim je stavljen izvan snage Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. g., NN br. 96/03.

9 Kao jednu od financijskih usluga v. čl. 56. 2. ZZP-a.

10 Zakon o osiguranju usklađen s gotovo dvadeset i pet direktiva EU s područja osiguranja, objedinjujući time sve informacije za sve klase rizika i sve vrste ugovora o privatnom osiguranju u jedan jedinstveni propis, te time ostvarujući sve preduvjete za sudjelovanje RH na unutarnjem tržištu osiguranja. V. *Prijedlog Zakona o osiguranju s Konačnim prijedlogom Zakona*, 18. studenog 2005. Dodatno, odredbama Zakona o zaštiti potrošača u cijelosti su implementirane odredbe o obvezi obavještanja iz Smjernice 2002/65/EZ o oglašavanju i prodaji financijskih usluga na daljinu za potrošače, u koje spada i pružanje usluga osiguranja. Zakon o zaštiti potrošača sadrži opće odredbe za zaštitu potrošača u RH, te je usklađen s

zaštite osiguraniku pojedincu. Stoga je potrebno prvo razmotriti materijalni odnos između njih, vodeći računa o vremenskom okviru njihova usvajanja, ciljevima i polju primjene.

Već je na prvi pogled očito da se pojam potrošača kao osiguranika pojedinca iz ZOS-a i pojam potrošača iz ZZZP-a (i ZOO-a) samo djelomično preklapaju. Zakon o osiguranju člankom 3. definira potrošača kao “svaku fizičku osobu koja ima prava i obveze po ugovoru o osiguranju te koja je korisnik usluga posredovanja ili zastupanja u osiguranju”.¹¹ Navedeni pojam potrošača preuzet je iz pojma potrošača oblikovanog kroz tri generacije EU direktive s područja životnog i neživotnog osiguranja i koji je kao takav preuzet iz *acquisa* u većini privatnopravnih poredaka država članica. Pojam potrošača (kao osiguranika pojedinca) puno je širi od pojma potrošača prema Zakonu o zaštiti potrošača i Zakonu o obveznim odnosima, koji potrošačem smatraju samo “fizičke osobe koje sklapaju ugovore i djeluje na tržištu izvan svoje trgovačke, poslovne, obrtničke ili profesionalne djelatnosti”.¹² Zato bi se prema ZOS-u potrošačem mogao smatrati i obrtnik ili predstavnik slobodnih zanimanja koji za potrebe vlastitog osobnog rada sklapaju ugovore o osiguranju.¹³

Koncepcijski gledano, navedeni širi pojam potrošača iz ZOS-a sigurno je u skladu s koncepcijom potrošača iz *acquisa* s područja osiguranja, ali ne i skladu s konceptom potrošača iz potrošačkog *acquisa*. To je i razumljivo jer je pojam potrošača u *acquisu* općenito nekonzistentan,¹⁴ a sam *acquis* s područja prava

pravnom stečevinom EU-a iz područja zaštite potrošača. V. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti potrošača*, NN br. 79/09, stupio na snagu 16. srpnja 2009.

- 11 Za pojam potrošača u kontekstu osiguranja više Nemeth, K., *European Insurance Law - A Single Insurance Market?*, European University Institute, Florence, 2001., str. 49. i str. 67-68., Reich N., u: Grundmann, S., *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, str. 501. *et seq.* Tri generacije direktiva s područja osiguranja obuhvaćaju: Direktiva Vijeća 73/239/EEZ (Prva neživotna direktiva), Direktiva Vijeća 79/267/EEZ (Prva životna direktiva), Direktiva Vijeća 88/357/EEZ (Druga neživotna direktiva), Direktiva Vijeća 90/619/EEZ (Druga životna direktiva), Direktiva Vijeća 92/94/EEZ (Treća neživotna direktiva), Direktiva Vijeća 92/96/EEZ (Treća životna direktiva) u svezi s Direktivom Vijeća 83/2002/EZ (Treća životna direktiva - Konsolidirana verzija). Sve verzije direktiva dostupne su na web stranici Europske komisije: http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/legislation/index_en.htm. Stranica posjećena 18.2.2013.
- 12 Sukladno čl. 3. t. 9. ZZZP-a, isto tako temeljem čl. 402. st. 3. ZOO potrošački ugovor o kupoprodaji je onaj koji sklapa “fizička osoba kao kupac izvan svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti s fizičkom ili pravnom osobom koja kao prodavatelj djeluje u okviru svoje gospodarske ili profesionalne djelatnosti.”
- 13 Takav širi pojam potrošača svojstven je i nekim drugim zakonima, kao npr. Zakonu o *leasingu* koji definira potrošača kao svaku fizičku osobu, primatelja *leasinga*, koja ima prava i obveze po ugovoru o *leasingu* (čl. 88.) ili Zakon o bankama koji definira potrošača kao svaku fizičku osobu - građanina, koja je korisnik bankovnih usluga, kao i ostalih financijskih usluga pod uvjetom da takve usluge pruža banka (čl. 181.). Sigurno je da svi ti zakoni definiraju potrošača u kontekstu tog pojedinog zakona kao fizičku osobu, ali ne postavljaju zahtjev da to ne bude u poslovne svrhe.
- 14 Razlog odsustva jedinstvene definicije potrošača na razini EU-a proizlazi iz okolnosti da različiti EU propisi (i Direktive) koriste različite definicije potrošača. Pojam potrošača iz *acquisa* s područja prava osiguranja nije jednak pojmu potrošača iz potrošačkog *acquisa*. To je i

osiguranja imao je za cilj pružiti veći stupanj zaštite svim onim fizičkim osobama koje sklapaju ugovore o osiguranju od masovnih rizika,¹⁵ smatrajući da je riječ o kategoriji ugovora kod kojih je već zbog same prirode osiguranika pojedinca kao slabije ugovorne strane zbog njihova nedostatka stručnog znanja i slabije pregovaračke pozicije potrebno pružiti viši stupanj zaštite.¹⁶ Zato su za tu kategoriju rizika Direktivom 88/357/EEZ o neživotnim osiguranjima od samih početaka bila propisana stroža zaštitna pravila, a personalno polje primjene bilo je prošireno na sve fizičke osobe koje sklapaju ugovore o osiguranju od masovnih rizika, neovisno o pojmu potrošača definiranog potrošačkim *acquisom*.

Za fizičke osobe koje potpadaju u takav "prošireni" pojam potrošača na europskoj razini postavilo se pitanje mogu li se i oni smatrati potrošačima u smislu propisa kojima se štite potrošači (ZZP), radi ostvarenja zaštite prema tom propisu. Na primjer može li se pekar ili mali obrtnik koji se bavi maloprodajom cvijeća, a sklapa ugovor o osiguranju, smatrati potrošačem kako bi ostvario odgovarajuću zaštitu prema propisima o zaštiti potrošača? Strana pravna teorija načelno je, uz ispunjenje određenih pretpostavki, pružila pozitivan odgovor na to pitanje.¹⁷ Naime,

logično jer je općenito u pravu EU pojam potrošača neujednačen. Razlike u definiranju pojma potrošača postoje ne samo između država članica međusobno, već i unutar istog pravnog sustava pojedine države članice kao i unutar same pravne stečevine EU-a (*acquis*), dok neke smjernice samo spominju potrošače bez njihova definiranja. Npr. Smjernica 2005/29/EC o nepoštenim poslovnim praksama u potrošačkim ugovorima definira "potrošača" kao bilo koju fizičku osobu koja stupa u trgovačke odnose izvan svoje djelatnosti, posla ili zanimanja. Većina EU smjernica sadržava gotovo jednaku definiciju. Ipak u nekim pravnim sustavima europskih zemalja pod pojam potrošača ubrajaju se i neke druge osobe, ako je sklapanje tog specifičnog ugovora izvan njihove djelatnosti, neke neprofitne pravne osobe, privatni investitori, pravne osobe kojima je sklapanje ugovora o osiguranju izvan njihove djelatnosti, itd. Više Micklitz, H-W. *et al.* (Ed.), *Cases, Materials and Texts on Consumer Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010., str. 29-34.; Nemeth, *op. cit.* u bilj. 12, str. 49. i str. 67-68.

15 Masovni rizici (*mass risks*) su oni koji se presumiraju da proizlaze iz ugovora sklopljenih s fizičkim osobama (s potrošačima) ili ugovori o rizicima koji nemaju pretjerano veliku vrijednost. Veliki rizici (*large risks*) su oni kod kojih osiguranici, zbog svojeg pravnog položaja, veličine ili prirode rizika koji osiguravaju, ne zahtijevaju posebnu zaštitu države na čijem teritoriju se nalazi rizik koji osiguravaju. V. čl. 5 Direktive 88/357/EEZ (Druge neživotne direktive). O elementima razlikovanja masovnih od velikih rizika v. tablični prikaz u knjizi: Paul, N., Croly, R., *EC Insurance Law*, Chancery Law Publishing, London, 1991., str. 45.

16 V. Točku 5. Preambule Direktive 88/357/EEZ.

17 Neke zemlje (npr. Belgija i Španjolska) i pravna teorija načelno je, uz ispunjenje određenih pretpostavki, pružila pozitivan odgovor na to pitanje. Za raspravu v. Micklitz *et al.*, *op. cit.* u bilj. 15, str. 29-34., Hesselink, M., *European Contract Law: A Matter of Consumer protection, Citizenship or Justice?*, ERPL, 17(2007), str. 232-348. Za raspravu općenito o pojmu potrošača i potrebi njegove zaštite kao slabije ugovorne strane, v. Hesselink, M. W., *CFR & Social Justice*, Sellier, München, 2008., str. 29-41., Schulze, R., *New Features in Contract Law*, Sellier, München, 2007., str. 25-139., Micklitz, H-W., Reich, N., *The Basics of European Consumer Law*, Centro de Formação Jur. e Judiciária, Macao, 2007., str. 7-25., Heiderhoff, B. S., *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, Sellier, München, 2004., str. 238-293.

pravno pravilo pruža zaštitu potrošačima (pojedincima osiguranicima), ne zato što su one fizičke osobe, već zato što nemaju potrebno znanje kada ulaze u pravni posao s profesionalcem ili nemaju jednaku pregovaračku poziciju kao trgovac profesionalac.¹⁸ Zato se u stranoj pravnoj literaturi smatra da se ista zaštita kao i potrošačima mogla pružiti i njima, npr. malim trgovcima ili pripadnicima slobodnih zanimanja koji se pri sklapanju kompleksnijih ugovora (npr. financijskih ugovora) nalaze jednako tako u nepovoljnom ili inferiornijem položaju u odnosu prema trgovcima profesionalcima.¹⁹

Radi usporedbe navodimo kako PEICL odredbom čl. 2:304 proširuje personalno polje primjene Direktive 93/13/EEZ pružajući zaštitu od nepoštenih ugovornih odredaba svim osiguranicima, bez obzira jesu li oni potrošači. Tvorci PEICL-a smatrali su da ograničenje od zaštite od nepoštenih ugovorih odredaba samo za potrošače nije odgovarajuće zato što bilo koji osiguranik, bez obzira je li on potrošač ili ne, treba imati pravo na zaštitu od osiguratelja. Osiguratelji vrlo često unaprijed sastavljaju odredbe ugovora ili uvjeta osiguranja tako da osiguranik nema mogućnosti o njime individualno pregovarati i na njih utjecati. Stoga se smatra da je zaštitu potrebno pružiti svim osiguranicima pojedincima koji sklapaju ugovor o masovnim rizicima.²⁰

Ovo je pitanje bitno i u hrvatskom kontekstu. Pitanje je mogu li se odredbe o zaštiti potrošača iz ZZP (i ZOO) primijeniti na zaštitu osiguranika pojedinca koji su predmet ovoga rada. Odgovor možemo potražiti u samom izričaju Zakona o osiguranju. Pravno-tehnički ZOS u čl. 269. navodi da se u svim ostalim pitanjima ostvarenja zaštite osiguranika pojedinca (fizičkih osoba, potrošača) koja nisu regulirana ZOS-om, osim odredaba o čuvanju tajni, njihova zaštita provodi na temelju posebnog propisa kojim se uređuje zaštita potrošača, što je u domaćem pravu ZZP. Istodobno i sam ZZP na odnose između potrošača i trgovaca koja nisu njime uređene izričito upućuje na primjenu ZOO kao općeg propisa obveznog prava (čl. 2.2. ZZP). Zbog takva izričita upućivanja na odgovarajuću primjenu pravnih pravila drugih propisa pravno-tehničko, gramatičko i logičko tumačanje navodi nas na pozitivan odnos primjene sva tri propisa.

18 Na primjer pekar doduše sklapa ugovor o osiguranju za potrebe vlastitog obrta ali samo sklapanje ugovora o osiguranju ne spada u okvir njegove poslovne djelatnosti. U stom smislu, u skladu s odredbama triju generacija direktiva s područja životnog i neživotnog osiguranja, pekar ili obrtnik bi spadao u kategoriju ugovora o masovnom osiguranju te bi mu trebala biti pružena odgovarajuća zaštita. Nemeth, *op. cit.* u bilj. 12, str. 67.

19 Na isto pitanje neki domaći autori pružili su negativan odgovor. Odredbe ZZP-a primijenile bi se samo na potrošače kako su oni definirani ZZP-om, a prošireni pojam potrošača vrijedio bi samo za potrebe specifičnih zakona, primjerice Zakona o osiguranju, Zakona o *leasingu* ili Zakona o bankama itd., koji su tako "prošireno" definirali potrošača. Za primjenu pravila iz ZZP npr. o distancijskom sklapanju ugovora, potrošačem bi se trebale smatrati samo osobe koje zadovoljavaju pretpostavke predviđene ZZP-om. V. Baretić, M., *Položaj vjerovnika u odnosima s potrošačima prema novom Zakonu o zaštiti potrošača*, u: Josipović, T. (ur.), *Zaštita vjerovnika - Financijski, pravni i porezni aspekt*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 269.

20 Čl. 2:304 PEICL C2, str. 116.

3. PREDUGOVORNA OBVEZA INFORMIRANJA OSIGURANIKA

Veliku novost u našem pravnom sustavu predstavlja uvođenje osigurateljeve predugovorne obveze informiranja kao jednog od glavnih instrumenata zaštite osiguranika pojedinca.²¹ Ovaj institut temelji se na ideji da je osiguratelj dužan prije sklapanja ugovora osiguraniku pojedincu (potrošaču) pružiti sve informacije potrebne za usporedbu istih ili sličnih ponuda na tržištu kako bi osiguranik donio informiranu i razumnu odluku o ugovoru koji sklapa. Kako bi se zaista osiguralo da osiguranik pojedinac može usporediti podatke i odabrati onaj ugovor (uslugu osiguranja) koja odgovara njegovim potrebama zakon je precizno propisao informacije koje trebaju biti sadržane u obavijesti, dajući im oblik liste (čl. 89. ZOS, čl. 58.-61. ZZP).

Osiguratelj je dužan prije ili najkasnije u trenutku sklapanja ugovora pisanim putem obavijestiti osiguranika: 1. o tvrtki, pravno-organizacijskom obliku, sjedištu i nazivu društva za osiguranje i podružnice koja sklapa ugovor, 2. O općim uvjetima osiguranja te pravu koje vrijedi za ugovor o osiguranju, 3. O vremenu trajanja ugovora o osiguranju, 4. pravilima i uvjetima za odstupanje od ugovora, 5. o visini premije osiguranja, načinu plaćanja premije osiguranja, visini doprinosa, poreza i drugih troškova koji se zaračunavaju pored premije osiguranja i ukupnom iznosu plaćanja, 6. o roku na koji ugovor obvezuje ponuditelja, 7. o pravu na opoziv, odnosno odstupanje od ugovora, 8. o načinu rješavanja sporova ugovornih strana, 9. o tijelu koje je nadležno provoditi nadzor nad društvom za osiguranje (čl. 89.1. ZOS). Ako se radi o ugovoru o životnom osiguranju osiguratelj je dužan dostaviti još neke dodatne podatke specifične za životna osiguranja kao što su mjerila o sudjelovanju osiguranika u dobiti, tablice otkupne vrijednosti, prava iz osnove kapitalizacije, podatke o poreznom opterećenju i dr. (čl. 89.2. ZOS).²²

Za ugovor o osiguranju koji se sklapa na daljinu, sredstvima daljinske komunikacije, vrijede posebna pravila propisana ZZP-om²³ (a ne ZOS-om), a samo

21 Komparativno se o tome puno pisalo, v. npr. Fleischer, H., *Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht*, ZEuP, 2000., str. 772-798., Twigg-Flesner, C., *Pre-contractual duties - from the acquis to the CFR*, u: Schulze, R. (Ed), *CFR and the existing EC contract law*, Sellier, München, 2008., str. 97-127., Heiderhoff, *op. cit.* u bilj 18, str. 366-371., Wilhelmsson, T., *European Rules on Pre-Contractual Information Duties*, ERA-Forum, Special issue, 2006., str. 17-20, Micklitz, Reich, *op. cit.* u bilj. 18, str. 26-31., Rott, P., *Information obligations and withdrawal rights*, u: Twigg-Flesner, C., *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001., str. 186-200.

22 Sadržaj ovih informacija posljedica je implementacije odredbe čl. 36. u svezi s Aneksom III(a)1-3. Direktive 2002/83/EZ o životnim osiguranjima (Treća životna direktiva - Konsolidirana verzija) i odredbe čl. 31. Direktive 92/94/EEZ o neživotnim osiguranjima (Treća neživotna direktiva) u hrvatsko pravo.

23 Odredbe čl. 57-62. ZZP-a posljedica su same tehnike implementacije Direktive 2002/65/EZ od 23.09.2002. o oglašavanju i prodaji financijskih usluga na daljinu za potrošače u domaći pravni sustav Zakonom o zaštiti potrošača kao općeg propisa za zaštitu prava potrošača, a ne kroz posebnim propisom kao što je ZOS. O konceptualizaciji implementacije pravne stečevine EU Baretić, M., *Implementacija prava Europske zajednice o zaštiti potrošača u hrvatsko pravo*, Pravo u gospodarstvu; 42(2003), str. 247-249.

ispunjenje predugovorne obveze obavještanja sastoji se od davanja detaljne, tzv. prethodne obavijesti potrošaču (čl. 57.-62. ZZP) koja je koncepcijski jednaka, ali sadržajno puno detaljnija od one iz ZOS.²⁴ Obveza informiranja i sadržaj obavijesti nije karakterističan način zaštite slabije ugovorne strane samo za pravnu stečevinu s područja osiguranja, već je i jedno od osnovnih obilježja cjelokupne pravne stečevine s područja zaštite potrošača. Naime, razvojem prava EU-a u posljednjih 40-ak godina, informacija je postala paradigma zaštite potrošača i ona je danas temeljem čl. 169. UFEU-a jedno od pet temeljnih prava svakog potrošača.²⁵

Ovakvo uređenje obveze informiranja ispunjava nekoliko ciljeva. Prvo, informacije o pravnoj osobnosti i pravnom statusu osiguratelja potrebne su kako se osiguranika ne bi dovelo u zabludu o osobi s kojom sklapa ugovor, posebice ako ugovor sklapa putem predstavništva ili podružnice osiguratelja (pri čemu osiguratelj može imati glavni ured u zemlji ili inozemstvu) ili ako se isti sklapa posredovanjem posrednika u osiguranju. Drugo, podaci o pojedinim elementima ugovora o osiguranju (npr. broj, iznos, način i rokovi plaćanja svake pojedine rate premije osiguranja, visina dodatnih doprinosa i troškova koji se obračunavaju, iznos osigurarine, opis osiguranog slučaja, trajanje ugovora, pravo na jednostrani raskid ugovora, opći i posebni uvjeti osiguranja, kao i ostali elementi ugovora) potrebni su kako bi osiguranik mogao donijeti odluku želi li kupiti upravo tu uslugu osiguranja i želi li biti vezan upravo tim uvjetima ugovora. Oni služe kako bi se osigurala obaviještenost osiguranika pojedinca o svim bitnim elementima ugovora (tzv. potpuna obaviještenost). Konačno, informacije o načinu rješavanja sporova, primjenjivom pravu i nadzornom tijelu omogućuju upoznavanje potrošača s institutima i postupcima zaštite svojih prava, tijelima kojima se može u budućnosti

24 Više o prethodnoj obavijesti i njezinom sadržaju, obliku i trenutku davanja kod ugovora o prodaji financijskih usluga sklopljenih na daljinu Baretić, *op. cit.* bilj. 20, str. 274-279.

25 Više o razvoju politike zaštite potrošača kroz informiranje, Weatherill, S., *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar Publishing Inc., UK, 2005., str. 1-33., Micklitz *et al.*, *op. cit.* u bilj. 15, str. 11-19; Nebbia, P., Askham, T., *EU Consumer Law*, Richmond Law & Tax Ltd, Richmond, 2004., str. 5-66., Micklitz, Reich, *op. cit.* u bilj. 18, str. 7-25., Keglević, A., *Obveza obavještanja kao instrument zaštite potrošača s posebnim osvrtom na potrošački ugovor o osiguranju*, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Split/Mostar, 2012., str. 412-428.

obratiti i o primjenjivom pravu kojem je njegov ugovor podvrgnut.^{26, 27}

Ipak, sama činjenica da su osiguraniku pojedincu dostavljene sve navedene obavijesti još uvijek ne znači da će on moći shvatiti značenje tih informacija i donijeti racionalnu odluku o ugovoru koji sklapa. Odluka pojedinca ne ovisi samo o njegovoj sposobnosti i volji da primi i obradi primljenu informaciju, već u velikoj mjeri ovisi i o karakteristikama samih informacija koje su pružaju, trenutku i obliku njihova pružanja. Informacije o usluzi osiguranja u pravilu su već same po sebi složene, pa ako su još pružene na nejasan način, uz uporabu stručne terminologije društava za osiguranje ili u prevelikom broju i nepregledno, potpuno je evidentno da osiguranici pojedinci neće moći takve informacije razumjeti. Zato zakonodavac nalaže da obavijest o svim navedenim informacijama treba biti dostavljena pisanim putem na hrvatskom jeziku te mora biti sastavljena na pregledan i razumljiv način osiguraniku pojedincu (čl. 91. ZOS). Ako se radi o sklapanju ugovora sredstvima daljinske komunikacija osiguratelj (pružatelj financijske usluge) dužan je potrošaču dostaviti prethodnu obavijest u pisanom obliku ili na nekom drugom, potrošaču dostupnom, trajnom mediju (čl. 62.1. ZZP).

26 U tom smislu pravna teorija i posebice pobornici funkcionalističkog pristupa, uspjeli su utvrditi nekoliko osnovnih funkcija koje ispunjava osigurateljeva predugovorna obveza obavještavanja. Ona ispunjava funkcije: 1. osiguranja prave volje stranaka i ravnoteže njihovih interesa, 2. osiguranja transparentnosti ponude za sklapanje ugovora, a samim time i osigurava 3. zaštitu stranaka. Posljednja, zaštitna, funkcija posebno je značajna za praksu i djeluje u smjeru zaštite obiju ugovornih stranaka. Potpuno, jasno i transparentno informiranje služi kao zaštita osiguratelju od eventualnih budućih prigovora osiguranika pojedinca (potrošača) da mu pojedina informacija nije bila dostavljena. Ako je informacija sadržana u prethodnoj obavijesti koju je osiguranik pojedinac primio pisanim putem, svaki kasniji prigovor u tom smjeru je neosnovan. Istodobno je i osiguranik pojedinac zaštićen od eventualnih budućih nesporazuma oko sadržaja ugovora i neosnovanog odbijanja isplate osigurnine po nastupu osiguranog slučaja temeljem ugovora o osiguranju. Više o funkcijama obveze obavještavanja Wilhelmsson, T., Twigg-Flesner, C., *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, ERCL, (4)2006, str. 449-452., Wilhelmsson, *op. cit.* u bilj. 22, str. 17-20., Sefton-Green, R., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005., str. 11-17.

27 Sa stajališta pravno-ekonomskih teorija (*Law and Economics Theories*) razvijenih početkom 60-ih godina prošlog stoljeća u SAD-a predugovorno informiranje osiguranika pomaže i u otklanjanju informacijske asimetričnosti i nepovoljnog izbora na strani osiguratelja (*adverse selection*), smanjenju rizika zlorporabe ili nemoralnog ponašanja osiguranika pojedinca (*moral hazard*), te smanjenju rizika profesionalne informacije (*professional information risk*). Za razvoj pravno-ekonomske analize prava, v. Parisi, F. (Ed.), *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard A. Posner*, Vol I, Vol II, Edward Elgar Publ., Cheltenham UK, 2000., str. 1-129., Rothschild, M., Stiglitz, J. *Equilibrium in Competitive Insurance Market: An Essay on the Economics of Imperfect Information*, QJE, 90(1976), str. 629-650., za pojam informacijske asimetričnosti v. Pindyck, R. S., Rubinfeld, D. L., *Microeconomics*, Prentice-Hall International, New Jersey, 1995., str. 593. Za pojam nepovoljnog izbora i nemoralnog ponašanja osiguranika v. Akerlof, G., *The market for "lemons": Quality, Uncertainty and the Market Mechanism*, JE, 84(1970), str. 2-15., Cooter, R., Ullen, T., *Law and Economics*, Addison Wesley Longman, USA, 1999., str. 50-52. O ekonomskom položaju potrošača na tržištu općenito Mackaay, E. *Economics of Information and Law*, Kluwer, USA, 1987.

Zakonodavac dalje nije obrazlagao što znači “pregledna”, “lako razumljiva”, “jasna” i “jednoznačna” obavijest o informacijama pri čemu se ona mora utvrđivati od slučaja do slučaja. Ipak njezino negativno određenje značilo bi, da radi zaštite osiguranika ona ne smije biti pružena na nepregledan i zbunjujući način, uz upotrebu pretjerano malih i/ili sitnih slova, bez jasne strukture izlaganja, poglavlja i numerizacije, uz upotrebu bilješki i skrivenih klauzula, uz uporabu pretjerano stručne i tehničke terminologije i uz složene i dvoznačne informacije.

Informacije ne bi trebale biti pružene niti u pretjerano velikom broju jer bi to moglo dovesti do suprotnog učinka i tzv. informacijske preopterećenosti potrošača, gdje bi potrošači zbog prevelikog broja informacija bili onemogućeni u donošenju odluke.²⁸ Rješenje tome moglo bi se pronaći u dostavi kratkog obrasca ili tzv. informacijskog dokumenta koji bi na jednoj stranici sadržavao sažete sve relevantne podatke, tj. bitne sastojke ugovora, a koji osiguratelji ionako u praksi uobičajeno koriste u komunikaciji s potrošačima. Dostava informacijskog dokumenta jedan je od glavnih prijedloga PEICL-a s ciljem rješavanja informacijske preopterećenosti.²⁹ Tvorci PEICL-a smatrali su da dostava informacijskog dokumenta osiguraniku pojedincu sa svom dokumentacijom dovoljno vremena prije sklapanje ugovora može pomoći osiguranju transparentnosti u njihovu odnosu i činjenici da će se time osiguranika staviti u takav položaj da on može sadržajno provjeriti ugovor i donijeti informiranu odluku o ugovoru koji sklapa.³⁰

Možemo zaključiti da je ovakvim uređenjem³¹ domaći zakonodavac u cijelosti prihvatio načelo obveze informiranja kao institut zaštite osiguranika pojedinca. Ipak, poštivajući načelo minimalne harmonizacije implementirao je samo minimalan dio odredaba o obvezi informiranja iz treće generacije direktiva o životnom i neživotnom osiguranju,³² ali ne i preko toga.³³ Iako bi se navedeno moglo činiti propustom, ističemo da čak niti uređenje obveze informiranja preko minimuma još uvijek ne bi jamčila da će osiguranik pojedinac te informacije zaista pročitati i u potpunosti shvatiti. U tom smislu, možda je najveća šteta što je naš

28 O pojmu “preopterećenosti informacijama”, v. Sefton-Green, R., *op. cit.* u bilj. 27, str. 396., Schimikowski, P., *Die Neuregelungen zum Vertrieb Versicherungsprodukten im Fernabsatz*, ZfV, 2005., str. 279-280.

29 Čl. 2:201(1) PEICL.

30 *Ibid.* C1, str. 93.

31 Iz čl. 89.-91. ZOS i čl. 57.-62. ZZP

32 V. točku 52. Preambule i odredbu čl. 36. u svezi s Aneksom III(a)1-3. Direktive 2002/83/EZ o životnim osiguranjima (Treća životna direktiva - Konsolidirana verzija) i točku 21. Preambule i odredbu čl. 31. Direktive 92/94/EEZ o neživotnim osiguranjima (Treća neživotna direktiva).

33 Naš zakonodavac propustio je preuzeti dio odredaba koje se odnose na sadržaj predugovorne obavijesti, npr. o zemlji domaćinu ili zemlji podrijetla osiguratelja ako se ugovor sklapa s osigurateljem koji ima sjedište izvan RH, o mogućnosti pružanja obavijesti i na nekom drugom jeziku, zatim u odredbama o izboru sredstava sklapanja ugovora nejasno je definirano pravo na jednostrani raskid ugovora od strane osiguranika pojedinca, nejasno je definirani način izračuna premije, te još neke informacije vezane uz ugovor o životnom osiguranju oko izračuna vrijednosti dobiti i sudjelovanju u istoj.

zakonodavac propustio priliku implementirati u domaći pravni sustav pravna pravila o osigurateljevoj obvezi savjetovanja osiguranika prije sklapanja ugovora kao što su to učinile Njemačka i Engleska,³⁴ te kao što to predlaže PEICL,³⁵ a koja bi možda mogla riješiti i problem (ne)odgovarajućeg predugovornog informiranja. Obveza savjetovanja bi s jedne strane pomogla osiguratelju da prije sklapanja ugovora točno odredi potrebe i želje osiguranika pojedinca, a s druge strane istodobno bi osiguraniku pojedincu omogućila da postavi pitanja o svim nejasnoćama pojedinih stavki ugovora i prethodne obavijesti. Zbog same tehnike implementacije, obveza savjetovanja u domaćem pravnom poretku jest propisana za posrednike u osiguranju, ali ne i za same osiguratelje (kada se ugovor sklapa izravno s njima).³⁶

4. JEDNOSTRANI RASKID UGOVORA O OSIGURANJU

Uz obvezu informiranja usko je povezan institut prava osiguranika (potrošača) na jednostrani raskid ugovora o osiguranju. Riječ je o institutu koji odobrava potrošačima jedno dodatno vremensko razdoblje nakon sklapanja ugovora unutar kojeg oni mogu još jedan put razmisliti žele li biti vezani ugovorom, te unutar kojeg oni mogu jednostrano raskinuti ugovor bez navođenja razloga.³⁷ Ovaj institut načelno je protivan osnovnom načelu obveznog prava *pacta sunt servanda*, ali je uveden radi zaštite potrošača i pružanja još jedne dodatne mogućnosti za razmišljanje i odustajanje od upravo sklopljenog ugovora. Pravo na odustanak od ugovora kojem u hrvatskom općem obveznom pravu odgovara pojam jednostranog raskida karakterističan je za cjelokupnu pravnu stečevinu EU-a u bilo kojem ugovornom odnosu s potrošačima, pa tako i za sklapanje ugovora o osiguranju s osiguranicima pojedincima (potrošačima).³⁸

Iako domaće pravo načelno usvaja ovaj institut, on nije jasno i dosljedno uređen barem kada se radi o ugovoru o osiguranju. Kada se radi o sklapanju ugovora o osiguranju sredstvima daljinske komunikacije odredbom čl. 63.-69. Zakon o

34 Npr. Njemačka § 6 VVG, Engleska Rule 6.1. FSA Handbook - ICOBS.

35 Čl. 2:202 i čl. 2:203 PEICL.

36 Obveza savjetovanja u domaćem pravu propisana je čl. 256.3. i čl. 241. ZOS-a za posrednike u osiguranju, ali ne i za osiguratelje. To je zato što je obveza savjetovanja za posrednika posljedica implementacije Direktive 2002/92/EC o posredovanju u osiguranju, dok direktivom isto nije propisano i za osiguratelje. Više u hrvatskom pravu, Čurković, M., *Posredovanje i zastupanje u osiguranju*, Inženjerski biro, HGK, Zagreb, 2011.

37 Općenito o ovom institutu poredbenopravno puno se pisalo v. npr. Heiderhoff, B. S., *Ge-meinschaftsprivatrecht*, Sellier, München, 2007., str. 143-161., Terryn E., *The right of withdrawal...*, u: Schulze, R. (Ed), *CFR and the existing EC contract law*, Sellier, München, 2008., str. 145-177., Heiderhoff, op. cit. u bilj. 18, str. 394. et seq., Rott, op. cit. u bilj. 23, str. 186-200.

38 V. čl. 35. Direktive 2002/83/EZ o životnim osiguranjima (Treća životna - Konsolidirana verzija), čl. 2:303 PEICL. Za pregled razvoja ovog instituta na unutarnjem tržištu osiguranja McGee, A., *The Single Market in Insurance - Braking down the barriers*, Ashgate, 1998., str. 57.

zaštiti potrošača ispravno daje potrošačima pravo na “jednostrani raskid ugovora” o osiguranju sklopljenog na daljinu, detaljno propisujući postupak i rokove takva raskida.³⁹ Ove odredbe iz ZZP-a posljedica su usklađenja hrvatskoga pravnog sustava s Direktivom 2002/65/EZ o oglašavanju i prodaji financijskih usluga na daljinu za potrošače. Direktiva detaljno razrađuje pretpostavke i zakonske okvire njegova funkcioniranja koje usvaja hrvatski zakonodavac. Direktiva koristi termin “*right of withdrawal*”, što bi u doslovnom prijevodu značilo pravo na “povlačenje osiguranika” iz ugovora ili pravo na “odustanak” od ugovora. Kako pravni pojam “povlačenja” ili “odustanka” od ugovora ne postoji u našem općem ugovorom pravu, naš ga je zakonodavac (u skladu s uputom iz Direktive) prilagodio domaćem sustavu obveznogpravnog uređenja usvajajući termin “jednostrani raskid ugovora” detaljno propisujući rokove i postupak po jednostranom raskidu. On po svojoj pravnoj prirodi i karakteristikama, te cilju koji ostvaruje, u potpunosti ispunjava cilj europske norme.⁴⁰

Istodobno, za istu takvu situaciju kada se ugovor sklapa redovitim putem, Zakon o osiguranju čl. 89.1. t. 7. daje potrošaču pravo na “opoziv, odnosno odstupanje od ugovora” propuštajući objasniti o kakvom je institutu riječ, te propuštajući propisati postupak i rokove po opozivu, odnosno odstupanju od ugovora.⁴¹ Ova odredba posljedica je usklađivanja hrvatskog pravnog sustava s područja osiguranja s odredbom čl. 36. u odnosu na Aneks III a. t. 13. Direktive 2002/83/EZ (Treća životna direktiva – konsolidirana verzija), koja također ima za cilj dati osiguraniku potrošaču mogućnost da se povuče od već sklopljenog ugovora bez navođenja razloga. Direktiva koristi izričaj “*means of terminating the contract*” i “*cooling-of period*” što bi u prijevodu bio vrlo opći “način prestanka ugovora” i “period hlađenja”. Direktiva stoga sadrži dodatnu uputu državama članicama da tu odredbu implementiraju na odgovarajući način, propisujući time pravni institut, rokove i postupak za odustanak od ugovora i pretpostavke za primjenu perioda razmišljanja (*arrangements for application of cooling-of period*), koji najbolje odgovara njihovom domaćem pravu i poštujući temeljna načela svojeg općeg obveznog prava. To je RH propustila učiniti, postupajući protivno načelu lojalnosti.⁴² Iako od dana stupanja RH u punopravno članstvo EU-a posredan ili

39 Odredba čl. 63-69. ZZP posljedica su usklađenja hrvatskoga pravnog sustava sa čl. 3. st. 3(a) i čl. 6. Direktive 2002/65/EZ o oglašavanju i prodaji financijskih usluga na daljinu za potrošače.

40 Više Howells, G., Schulze, R., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier, Munich, 2009., str. 240-242.

41 Naglašavamo kako pojam “opoziv, odnosno odstupanje od ugovora” ne postoji kao pravni pojam u hrvatskom općem ugovornom pravu. Zato pri tumačenju navedene odredbe trebamo istu interpretirati s obzirom na cilj koji europska norma (kao njezin primarni pravni izvor) tom odredbom nastoji postići. Odgovarajući institut u hrvatskom općem obveznom pravu bio bi “pravo na jednostrani raskid ugovora” u određenom roku nakon njegova sklapanja. Tim terminom koristi se i ZZP pri implementaciji istih pravnih instituta iz potrošačkog *acquisa* u domaći pravni poredak, pa bi isti trebalo usvojiti i u ZOS-u.

42 Načelo lojalnosti podrazumijeva obvezu država članica da na legislativnoj razini osiguraju implementaciju prava Unije u svoje nacionalno zakonodavstvo, usklađujući ga time s

interpretativni učinak direktiva može ponuditi rješenja,⁴³ ovaj bi nedostatak ipak u budućnosti trebalo otkloniti. Kako su oba pojma preuzeta u domaće pravo iz europskog i zapravo imaju jednak cilj (pružanje potrošaču jednog dodatnog perioda unutar kojeg on može raskinuti ugovor), može se smatrati da je ovaj terminološki nesklad više posljedica tehničko-prevoditeljske nedoljednosti,⁴⁴ a ne pažljivog (ne) promišljanja o sadržaju i cilju europske norme.

5. NEPOŠTENE ODREDBE U POTROŠAČKOM UGOVORU O OSIGURANJU

Svatko od nas svjestan je da se ugovor o osiguranju sklapa na temelju prethodnog dogovora stranaka oko bitnih elemenata ugovora, dok je većina ostalih elemenata ugovora fiksirana u općim ili posebnim uvjetima osiguranja tog konkretnog osiguratelja.⁴⁵ Stoga nas ne iznenađuje činjenica velike praktične važnosti koju su uvjeti osiguranja imali i još uvijek imaju u zaštiti osiguranika.⁴⁶ U tom smislu naš zakonodavac osigurava zaštitu osiguranicima pojedincima (potrošačima) pravilima o nepoštenim ugovornim odredbama uređenim čl. 96.-106. Zakona o zaštiti potrošača. Te zakonske odredbe većim su dijelom posljedica implementacije Direktive 93/13/EEZ o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima u hrvatsko pravo, danas izmijenjene i dopunjene Direktivom 2011/83/EU o pravima potrošača.⁴⁷

europskim pravom. Više Josipović, T., *Načela europskog prava u presudama Suda europske zajednice*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 29. i 35. *et seq.*

- 43 Posreda ili interpretativan učinak stvara obvezu za nacionalni sud da nacionalno pravo interpretira u skladu s europskom normom. Postoji li više mogućih značenja iste norme, nacionalni sud je dužan dati normi ono značenje kojim se ostvaruje cilj koji želi se postići. V. Josipović, *op. cit.* u bilj. 43, str. 99-101., Čapeta, T., Rodin, S., *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 67; za sudsku praksu Čapeta, T., Rodin, S., *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Pravosudna akademija, Ministarstvo pravosuđa EU, Zagreb, 2008., str. 11-76.
- 44 Više o terminološkim problemima Šarčević, S., Čikara, E., *European vs. National Terminology in Croatian Legislation transposing EU Directives u Legal language in action: Translation, terminology, drafting and procedural issues*, Nakladni zavod Globus, Zagreb, 2009., str. 209-211.
- 45 Opći uvjeti osiguranja posebice sadrže opće odredbe o ugovoru o osiguranju, odredbe o obvezama stranaka, o trajanju osiguranja, načinu ostvarenja odštetnog zahtjeva, nadosiguranju, prijenosu ugovora, zastari zahtjeva itd. V. na primjer opće uvjete osiguranja imovine, Croatia osiguranje d.d. https://webshop.crosig.hr/b2c/Conditions/eDom_Opci_uvjeti.pdf; ili opće uvjete dobrovoljnog putnog osiguranja, Allianz Zagreb d.d., <https://moj.allianz.hr/ShowInsuranceConditions.aspx?CondRef=243-0706>. Stranica posjećena 18.2.2013.
- 46 O ovom institutu se komparativno puno pisalo, v. npr. Micklitz, Reich, *op. cit.* u bilj. 18, str. 157-199., Heiderhoff, *op. cit.* u bilj. 38, str. 167-173., Pfeiffer, T. *Non-Negotiated Terms*, u: Schulze, R. (Ed), *CFR and the existing EC contract law*, Sellier, München, 2008., str. 177-189.
- 47 Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača izmijenila je i dopunila Direktivu 93/13/EEZ u dijelu koji se odnosi na obvezu država članica da obavještavaju Europsku komisiju o usvojenim, tzv. sivim i crnim listama nepoštenih ugovornih odredaba. V. čl. 32. Direktive 2011/83/EU.

5.1. Pojam nepoštenih ugovornih odredbi

Zakon o zaštiti potrošača načelno zabranjuje nepoštenih ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima. Nepoštena ugovorna odredba je ništetna, a sam ugovor će biti valjan ako može opstati bez te ništetne odredbe.⁴⁸ Stoga su se mnogi autori s razlogom pitali koji elementi moraju biti ispunjeni da bi se neka ugovorna odredba smatrala nepoštenom. Prema općim kriterijima iz čl. 96. ZZZP-a nepoštena je ona ugovorna odredba o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo, ako ona, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, uzrokuje znatnu neravnotežu u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača.⁴⁹ Pri tomu se smatra da se o nekoj odredbi nije pojedinačno pregovaralo ako potrošač nije imao utjecaja na njezin sadržaj te ju je formulirao isključivo trgovac. Pri ocjeni nije bitno jesu li stranke doista pregovarale, već je bitno da je postojala faktična mogućnost da stranke o pojedinim odredbama ugovora pregovaraju. Samim time su ugovorne odredbe o kojima se individualno pregovaralo isključene su iz testa ocjene njihove nepoštenosti, prvenstveno zbog poštivanja autonomije stranaka i slobode ugovaranja.⁵⁰ Ako je riječ o unaprijed formuliranom standardnom ugovoru od strane trgovca po samoj prirodi stvari riječ je o odredbama o kojima se nije pojedinačno pregovaralo. U suprotnom, ako jest, teret dokaza da se o pojedinačnom unaprijed formuliranom standardnom ugovoru pregovaralo je na trgovcu (čl. 96.4. ZZZP).⁵¹ Riječ je o oborivoj predmnjevi.⁵² Iste opće kriterije za ocjenu nepoštenosti usvaja PEICL, koji jasno proširuje personalno polje primjene Direktive 93/13/EEZ na sve osiguranike, bez obzira jesu li oni potrošači u smislu te Direktive ili ne.⁵³

48 Čl. 102. ZZZP. Za domaću pravnu književnost v. Baretić, M., *Nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovor banaka i osiguravajućih društava - Dio I.*, *Suvremeno poduzetništvo*, 12/2003., str. 141. *et seq.*, Marečić, D., *Nepoštenih ugovornih odredbi u potrošačkim ugovorima*, *Pravo i porezi*, 21(2012), 48-54.

49 Neravnoteža mora biti značajna, pri čemu se formalno i materijalno utvrđuje imaju li obje ugovorne strane (osiguratelj i osiguranik pojedinac) ista prava i obveze po ugovoru o osiguranju vodeći računa o svim okolnostima slučaja. Dodatno, ona mora biti posljedica povrede načela savjesnosti i poštenja. Ocjena se provodi ovisno o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Više o značajnoj neravnoteži u pravima i obvezama ugovornih strana Baretić, M., *Nepoštenih odredbi u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovor banaka i osiguravajućih društava - Dio II.*, *Suvremeno poduzetništvo*, 1/2004., str. 239-241. O istoj ocjeni na razini prava EU, v. Hesselink, *op. cit.* u bilj. 18, str. 49-59.

50 Suprotno od toga neke zemlje Europske unije dopuštaju ocjenu nepoštenosti pojedine ugovorne odredbe čak i ako se o njima individualno pregovaralo. To su na primjer Finska, Švedska, Danska, Belgija, Nizozemska, pa čak i Francuska pod uvjetom da se radi o potrošačkom ugovoru. Više čl. 2:204 PEICL N10-11, str. 124.

51 Jednostavan izbor osiguranika pojedinca (potrošača) između nekoliko ponuđenih odredaba ili skupa odredaba ne smatra se pregovaranjem. Clarke, A. M., *The Law of Insurance Contracts*, Informa, London, 2006., str. 592.

52 Više o okolnostima odlučnima za ocjenu je li potrošač imao utjecaj na sadržaj ugovorne odredbe u hrvatskom pravu v. Baretić, *op. cit.* u bilj. 49, str. 142.

53 Tvorci PEICL-a smatrali su da ograničenje od zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba samo za potrošače nije odgovarajuće zato što bilo koji osiguranik, bez obzira je li on potrošač ili ne treba imati pravo na zaštitu od osiguratelja. Čl. 2:304. PEICL.

Osim ovih općih kriterija, Zakon o zaštiti potrošača sadrži i posebnu listu, tzv. sivu listu⁵⁴ od devetnaest ugovornih odredaba koje se mogu smatrati nepoštenima (čl. 97. al. 1-19. ZZP), a koja je oblikovana sukladno svojoj listi nepoštenih ugovornih odredaba iz točke 1. Aneksa Direktive 93/13/EEZ.⁵⁵ Ta lista ne znači da su te odredbe već same po sebi nepoštene niti da neke druge odredbe izvan liste ne bi mogle biti nepoštene. Upravo suprotno, dopušteno je utvrđivanje nepoštenosti ne samo odredaba sa sive liste, već i bilo kojih drugih odredaba sukladno općim kriterijima za ocjenu nepoštenosti iz čl. 96. ZZP-a.⁵⁶

5.2. Ugovorne odredbe koje isključuju odgovornost trgovca

Zakon o zaštiti potrošača ne dopušta ispitivanje nepoštenosti apsolutno svih ugovorih odredaba. Prema općem pravilu nije dopušteno ocjenjivati jesu li odredbe o predmetu ugovora i cijeni poštene, ali samo ako su te odredbe jasne, lako razumljive i uočljive (čl. 99. ZZP). Suprotno tomu ako su one kompleksno sročene uz korištenje stručnih izraza i/ili izračuna i statistika, pisane sitnim slovima i neuočljive, odnosno ako su sastavljene na način da ih osiguranik ne može razumjeti, onda je čak i njihovo preispitivanje dopušteno. I one bi tada mogle biti utvrđene ništetnim, a što bi zbog njihova značenja kao bitnog sastojka ugovora o osiguranju u konačnici rezultiralo ništetenosti čitavog ugovora.⁵⁷ PEICL pruža drugačije rješenje. Ako ugovor ne može opstati bez odredbe koja je utvrđena ništetnom, ona će biti nadomještena odredbom koju bi ugovorne strane razumno ugovorile da su znale za njezinu nepoštenost. Time se nameće sudu veliki zadatak da nakon što utvrdi nepoštenost, a time i ništetnost neke odredbe, koja je bitan sastojak ugovora, istodobno tu odredbu nadomjesti valjanom.⁵⁸

U kontekstu osiguranja, pitanje određivanja predmeta ugovora i cijene ugovora nije uvijek jasno. Iznos osigurnine i opis osiguranog slučaja (osiguranog rizika)

54 Siva lista (*grey list*) sadrži odredbe za koje se presumira da su nepoštene, indikativna lista (*indicative list*) sadrži odredbe koje bi se mogle smatrati nepoštenim, a crna lista (*black list*) sadrži odredbe koje se uvijek smatraju nepoštenim. V. Micklitz *et al.*, *op. cit.* u bilj. 15, str. 291.

55 Ta lista ne iscrpljuje sve mogućnosti, te je državama ugovornicama dopušteno da propišu strože uvjete od onih propisanih direktivom.

56 U kontekstu ugovora o osiguranju posebno su relevantne odredbe o ograničenju ili isključenju prava koje potrošač ima prema trgovcu u slučaju neispunjenja ugovora od strane trgovca (čl. 97. al. 2. ZZP); odredba kojom se trgovca ovlašćuje na raskid ugovora na temelju njegove diskrecijske ocjene, dok isto pravo nije predviđeno za potrošača, pri čemu ima pravo zadržati plaćeno za usluge koje nije pružio ili kojom se trgovca ovlašćuje na otkaz ugovora bez ostavljanja otkaznog roka (osim u slučaju postojanja opravdanih razloga) (čl. 97. al. 6-8. ZZP); zatim odredba kojom se trgovcu dopušta jednostrano mijenjanje ugovorne odredbe ili obilježja proizvoda ili usluge koji su predmet ugovora bez valjanog, ugovorom predviđenog razloga (čl. 97. al. 11-12. ZZP) ili odredbe kojom se obvezuje potrošača na ispunjenje njegovih obveza čak i u slučajevima kada trgovac nije ispunio svoje obveze itd. (čl. 97. al. 16. ZZP).

57 V. o ispunjenju općih pretpostavki *supra* t. 5.1.

58 V. čl. 2:304 PEICL N14, str. 125.

nedvojbeno su bitni sastojci ugovora o osiguranju.⁵⁹ Bez njihova opisa u pravilu ne bismo mogli definirati na što se taj određeni ugovor o osiguranju odnosi.⁶⁰ Ali što je s odredbama kojima se ograničava ili isključuje odgovornost osiguratelja za određene rizike? Riječ je o važnom pitanju jer ono izravno utječe na ograničenja zaštite osiguranika. Kako bi osigurala svoju jedinstvenu primjenu u ovom pitanju Smjernica 93/13/EEZ u točki 19. Preambule navodi da ako se radi o ugovornoj odredbi koja jasno definira osigurani rizik ili isključuje neki rizik i odgovornost osiguratelja, takva će se odredba smatrati bitnim sastojkom ugovora o osiguranju jer su isključenja za određeni rizik već uzeta u obzir pri izračunavanju premije koju osiguranik treba platiti. U tom smislu takva odredba neće biti predmet ocjene nepoštenosti.⁶¹

Ipak to istodobno ne znači da će bilo koja ugovorna odredba koja sadrži opis rizika ili isključenje odgovornosti osiguratelja biti izuzeta iz testa nepoštenosti. Jezični izričaj engleskog teksta Direktive upućuje na zaključak da je bilo koja ugovorna odredba koja opisuje rizik ili isključuje odgovornost osiguratelja za određeni rizik ujedno već prethodno uzela u razmatranje isključeni rizik pri izračunu premije i zato takva odredba mora biti izuzeta iz ocjene nepoštenosti. Njemački tekst Direktive puno je precizniji.⁶² On navodi da će od ocjene nepoštenosti biti izuzeta samo ona odredba koja je u tom konkretnom slučaju pri opisu rizika i isključenja osigurateljeve odgovornosti za određeni rizik zaista uzela u obzir isključeni rizik pri izračunu premije. U tom kontekstu je u njemačkoj sudskoj praksi postavljeno je pitanje treba li razgraničiti ugovorne odredbe kojima je rizik i pokriće za rizik pozitivno formulirano i odredbe u kojima se samo isključuje odgovornost za određene situacije. Njemački Savezni vrhovni sud (BGH) razmatrao je nepoštenost ugovorih odredaba o isključenju rizika te je zauzeo stajalište prema kojem samo one ugovorne odredbe bez kojih ugovor ne bi mogao opstati, tj. bez kojih se ugovor više ne bi mogao odrediti ne pripadaju pod kontrolu zakonskih odredbi o nepoštenim ugovornim klauzulama.⁶³

59 *Essentialia negotii*, čl. 921. ZOO.

60 Rizik koji je obuhvaćen osiguranjem mora biti biti budući, neizvjestan i nezavisan od isključive volje ugovaratelja osiguranja i osiguranika. (čl. 922. ZOO, Iznos osigurnine kod ugovora o osiguranju imovine ne može biti veći od stvarno pretrpljene štete (čl. 949.2. ZOO). Iznos osigurnine kod ugovora o osiguranju osoba utvrđuje se u polici prema sporazumu stranaka (čl. 966. ZOO).

61 V. točku 19. Preambule Direktive 93/13/EEZ, isto Micklitz *et al.*, *op. cit.* u bilj. 15, str. 297., Clarke, *op. cit.* u bilj. 52, str. 591.

62 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:DE:HTML> Stranica posjećena 18.2.2013.

63 V. BGH, 21 April 1993 (1993) NJW-RR 1094, BHG, 23 Juni 1993 (1993) NJW 2396; BGH, 23 November 1994 (1994), BGHZ 128, 54, 59. Više Kieninger, BGB Münchener Kommentar, 2010., § 307 BGB, Rdn. 157. *et seq.* Suprotno do toga engleska sudska praksa pokazala je da odredbe o isključenju od odgovornosti osiguratelja ne mogu biti predmetom ocjene nepoštenosti, jer se radi o specifikaciji rizika. Zato je odluka arbitrarna. V. *Bankers Insurance Co Ltd v South and Gardner*, High Court, 7 March 2003, [2003] EWHC 38 (QB), Eggers, P. M. *et al.*, *Good faith in insurance contracts*, Informa Professional, London, 2004., str. 123., Clarke, *op. cit.* u bilj. 52, str. 594., isto čl. 2:304 PEICL C3, str. 117.

Jednako je stajališta i PEICL-a. Ugovorna odredba koja samo isključuje ili ograničava odgovornost osiguratelja (sama za sebe, bez da je uzeta u razmatranje pri izračunu premije), koja razrađuje, mijenja ili ograničava osigurateljevu obvezu ispunjenja ugovorne obveze, ne bi činila bitan sastojak ugovora i stoga bi mogla biti predmetom ocjene njene nepoštenosti. PEICL primjerice navodi da, ako bi osiguranik sklopio ugovor o osiguranju od profesionalne odgovornosti za štetu, to bi impliciralo isključenje opće odgovornosti za štetu i spadalo bi u bitnu definiciju ili opis tipa i predmeta osiguranja. Takvo implicitno isključenje potpadalo bi, stoga u ograničenja u ocjeni nepoštenosti. Ali ako ugovorna odredba u istom slučaju sadrži isključenje odgovornosti osiguratelja za određenu vrstu štete, npr. za izmaklu korist onda bi takva odredba bila predmetom nadzora i ocjene njezine nepoštenosti.⁶⁴

5.3. Opći i/ili posebni uvjeti osiguranja

Ugovori o osiguranju u pravilu se sklapaju uz dostavu općih i/ili posebnih uvjeta osiguranja. Oni zajedno s ugovorom o osiguranju i policom osiguranja čine, tzv. paket osiguranja te u praksi vrlo često sadržavaju čitav niz odredaba o pravima i obvezama ugovornih strana.⁶⁵ Da bi neka odredba uvjeta osiguranja bila nepoštena, a samim time i ništetna, ona mora ispunjavati opće kriterije za ocjenu nepoštenosti iz odredbe čl. 96. Zakona o zaštiti potrošača. Ipak, zbog specifičnosti financijskih usluga, u koje spada i pružanje usluga osiguranja, Direktiva 93/13/EEZ točkom 2 Aneksa, predvidjela je neka ograničenja u tumačenju i ocjeni nekih ugovornih odredaba sa sive liste kada su one dio općih uvjeta banaka i osiguravajućih društava. Iako hrvatski zakonodavac nije implementirao ove odredbe o restriktivnoj ocjeni općih uvjeta pružatelja financijskih usluga iz Direktive, svakako je u svjetlu pristupa Republike Hrvatske Europskoj uniji pri ocjeni nepoštenosti uvjeta osiguranja⁶⁶ potrebno voditi računa i o ovim ograničenjima.⁶⁷ Načelno je riječ o tri ugovorne odredbe koje su sastavni dio sive liste ZZP-a koje bi se mogle smatrati dopuštenim.

Prvo, temeljem odredbe točke 2.a. Aneksa Direktive 93/13/EEZ ograničenje bi postajalo u ispitivanju nepoštenosti odredbe iz čl. 97. al. 8. ZZP-a kojom se pružatelja financijske usluge (osiguratelja, banku) ovlašćuje na jednostrani otkaz

64 Čl. 2:204 PEICL C4, str. 117.

65 Iz tog razloga osiguratelj je dužan upozoriti osiguranika ili drugog ugovaratelja osiguranja da su opći i/ili posebni uvjeti osiguranja sastavni dio ugovora i predati mu njihov tekst, osim ako ti uvjeti nisu već otisnuti na polici. V. Čl. 926.3. ZOO.

66 Za posredan ili interpretativan učinak *op. cit.* u bilj. 45.

67 Isto vrijedi i za usvojenu *Block Exemption Regulation* iz 2010. koja nije implementirana u domaće pravo, ali nakon pristupa RH u punopravno članstvo EU sudovi bi trebali voditi računa i o ovoj Uredbi. Njezin je cilj isključivanje iz nadzora određenih vrsta sporazuma u sektoru osiguranja radi osiguranja njezinog nesmetanog funkcioniranja na nutarnjem tržištu EU-a. V. *Commission Regulation (EU) No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector*; OJ L 83, 30.3.2010, 1–7.

ugovora sklopljenog na neodređeno vrijeme bez ostavljanja primjerenog otkaznog roka kada za to postoji valjani razlog, pod uvjetom da pružatelj usluge odmah o otkazu obavijesti potrošača.⁶⁸ U ovom slučaju osigurateljima bi bilo dopušteno ugovaranje odredbe na temelju koje imaju pravo otkazati ugovor o osiguranju sklopljen na neodređeno vrijeme, ako za to postoji opravdani razlog. Što se smatra opravdanim razlogom Direktiva dalje nije obrazlagala, čime se opravdanost razloga mora ocjenjivati od slučaja do slučaja.

Drugo, temeljem odredbe točke 2.b. Aneksa Direktive 93/13/EEZ ograničenje bi postojalo i u odnosu na ispitivanje nepoštenosti odredbe iz čl. 97. al. 11. ZZP-a. Prema tomu ne bi se mogla smatrati nepoštenom odredba prema kojoj prodavatelj ili pružatelj usluge zadržava pravo da, za vrijeme trajanja ugovora o osiguranju, jednostrano promjeni uvjete ugovora o osiguranju sklopljenog na neodređeno vrijeme pod uvjetom da je o tomu obavijestio potrošača u razumno vrijeme, i pod uvjetom da potrošač ima pravo na raskid ugovora. Ova je odredba značajna za ocjenu valjanosti eventualnih kasnijih izmjena i dopuna uvjeta osiguranja, pod uvjetom da su dostavljeni osiguraniku. Ovdje bi spadala i situacija prema kojoj se ne bi smatrala nepoštenom odredba kojom pružatelj financijske usluge zadržava pravo da bez prethodne obavijesti izmjeni kamatnu stopu ili visinu drugog troška kojeg je potrošač dužan platiti ako za to postoji valjani razlog, pod uvjetom da o tomu obavijesti potrošača u prvoj mogućoj prilici, te pri čemu potrošač time ujedno stječe pravo raskinuti ugovor.⁶⁹ Iako je odredba posebno značajna pri sklapanju standardnih ugovora o kreditu, ona je jednako tako primjenjiva i na sve kasnije izmjene troškova ugovora o osiguranju.

Konačno, temeljem odredbe točke 2.b. Aneksa Direktive 93/13/EEZ ograničeno je ispitivanje nepoštenosti odredbe koja dopušta ugovaranje zakonom propisanih indeksnih klauzula vezanih uz izražavanje cijene, pod uvjetom da je metoda izračunavanja cijene izričito opisana. Ovdje se posebice misli na situaciju propisanu čl. 97. al. 13. ZZP-a kada se cijena robe ili usluge utvrđuje u vrijeme isporuke robe, odnosno pružanja usluge ili odredba kojom se trgovcu dopušta povećanje cijene, pritom ne priznajući u oba slučaja potrošaču pravo na raskid ugovora, ako je stvarna cijena znatno viša od cijene dogovorene u vrijeme sklapanja ugovora.⁷⁰ Dakle, ako je metoda izračunavanja cijene izričito opisana niti takva odredba ne bi se mogla smatrati nepoštenom.

5.4. Ostali propisi

Ostali propisi, Zakon o osiguranju i Zakon o obveznim odnosima, nemaju izričite odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima o osiguranju, već se zaštita od nepoštenih ugovornih odredaba, kao što smo vidjeli, pruža u odredbama Zakona o zaštiti potrošača. To naravno ne znači da se stranke ne

68 Točka 2.a. Aneksa Direktive 93/13/EEZ u svezi s čl. 97. al. 8. ZZP-a.

69 Točka 2.b. Aneksa Direktive 93/13/EEZ u svezi s čl. 97. al. 11. ZZP.

70 Točka 2.b. Aneksa Direktive 93/13/EEZ u svezi s čl. 97. al. 13. ZZP.

moraju rukovoditi općim načelima obveznog prava. Upravo suprotno, one su dužne postupati u skladu s načelom savjesnosti i poštenja, raspravljati o svim elementima ugovora i postupati savjesno i pošteno u pregovorima, vodeći brigu o odgovarajućoj ravnoteži u pravima i pravnom interesu objiju ugovornih strana.

Zaštita bi se osiguranicima pojedincima mogla još eventualno pružiti kroz odredbe čl. 295. i čl. 296. ZOO-a koje definiraju pojam i učinak obvezatnosti općih uvjeta ugovora i pravne posljedice zbog njihove nepoštenosti (ništetnost). I ovdje su ništetne odredbe općih uvjeta ugovora koje, suprotno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroče očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu suugovaratelja ili ugrožavaju postizanje svrhe sklopljenog ugovora, čak i ako je opće uvjete koji ih sadrže odobrilo nadležno tijelo.⁷¹ Ipak ovdje je riječ o vrlo općenitoj odredbi koja ne pruža dovoljnu jasnoću i preciznost kao ona koja je predviđena ZZP-om.⁷² Zaštita od nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkom ugovoru o osiguranju kroz ZZP samo je još jedna uža i specifičnija vrsta zaštite nastala kao posljedica prilagodbe hrvatskog prava Direktivi 93/13/EEZ danas izmijenjene i dopunjene Direktivom 2011/83/EU o pravima potrošača, a koja ne prekludira opća načela obveznog prava. Da je tomu doista tako potvrđuje i sama Direktiva koja navodi kako se njezine odredbe odnose i na ugovore o osiguranju.⁷³ Možemo zaključiti kako interpretacija pravne stečevine EU-a time pokazuje formiranje stajališta kako se “opće” pravo o zaštiti potrošača barem u nekom svojem dijelu primjenjuje na ugovore o osiguranju i na zaštitu osiguranika pojedinaca koji ih sklapaju.

6. PLAĆANJE PREMIJE OSIGURANJA

Osiguranik⁷⁴ je dužan platiti premiju u ugovorenim rokovima ili odjednom, ali onda se premija plaća odmah prilikom sklapanja ugovora.⁷⁵ Osiguratelj je dužan primiti uplatu premije od osiguranika kao i od svake osobe koja ima pravni interes da premija bude plaćena (čl. 936.1-2. ZOO). Zakon označava kao mjesto plaćanja premije, mjesto prebivališta osiguranika pojedinca (ili sjedišta osiguranika kao pravne osobe), iako je zakonom dopušteno da stranke sukladno svojoj stranačkoj autonomiji i načelu dispozitivnosti ugovore drugačije (čl. 936.3.

71 Čl. 296.1. ZOO.

72 Baretić, *op. cit.* u bilj. 49, str. 137.

73 V. točku 19. Preambule Direktive 93/13/EEZ.

74 Zakon o obveznim odnosima koristiti se terminima “ugovaratelj osiguranja, osiguranik ili korisnik osiguranja” (čl. 921. ZOO). Međutim u svakodnevnom govoru uvriježio se izraz “osiguranik” pa će se u nastavku teksta koristiti taj termin kao zajednički za sva tri pojma.

75 Plaćanje premije jedan je od bitnih elemenata ugovora o osiguranju bez kojeg ugovor o osiguranju ne može niti biti sklopljen (čl. 921. ZOO). Iznos premije najčešće se određuje prema cjenicima i tarifnom sustavu osiguratelja, premda osiguratelj te podatke u pravilu ne dostavlja na uvid osiguranicima i ne mora ih se pridržavati. Isto, Ćurković, M., *Obveze stranaka iz ugovora o osiguranju*, u zbirci: *Ugovor o osiguranju prema novom ZOO*, Inženjerski biro d.d., Zagreb, 2005., str. 36.

ZOO). Tada se premija plaća u mjestu i na način koje je ugovoreno (najčešće u uvjetima osiguranja).⁷⁶ Sam način plaćanja premije može biti različit. Plaćanje se može izvršiti putem banke, pošte, virmanom, čekom itd., a može se izvršiti izravno osiguratelju ili zastupniku u osiguranju kada je ovlašten naplaćivati premiju.⁷⁷ Rizik plaćanja premije neovlaštenoj osobi snosi osiguranik.

Premda na prvi pogled nije vidljivo, pitanje mjesta, načina i vremena plaćanja premije osiguranja nije beznačajno i potpuno bezopasno za osiguranika. Propust osiguranika da plati premiju može dovesti do prestanka ugovora po samom zakonu (ili smanjenja osiguranog iznosa ili raskida ugovora kod ugovora o osiguranju osoba) i oslobođenja osiguratelja od obveze da plati osigurinu.⁷⁸ Evidentno je zato da odgovornost osiguratelja da naplati premiju i da snosi eventualno pogreške pri toj naplati (uključujući eventualne pogreške banke) nije u potpunosti jednaka odgovornosti osiguranika, koji uz to još ima i obvezu tereta dokaza da je svoju obvezu uredno ispunio. U tom smislu smatramo da odredbe koje uređuju plaćanje osigurine kao tako bitnog elementa ugovora o osiguranju s tako velikim pravnim posljedicama moraju prepoznati prebivalište osiguranika kao mjesto plaćanja premije, i da bi svaka promjena mogla utjecati na zaštitu osiguranikovih prava. Zahtjev osiguratelja da osiguranik plaća premiju u mjestu različitom od njegova prebivališta nije zakonom nedopušten, ali bi značio da osiguranik preuzima rizik i troškove plaćanja u tom drugom mjestu.

Zakonsko pravilo o mjestu plaćanja premije osiguranja u mjestu prebivališta osiguranika (dužnika) iz čl. 936.3. ZOO-a suprotno je općem pravilu o ispunjenju novčanih obveza iz čl. 179.1. ZOO-a.⁷⁹ Smatramo kako je iznimka od općeg pravila opravdana zbog specifičnih uvjeta poslovanja i načina na koje se sklapaju ugovori o osiguranju. Osiguratelji su pravne osobe koje imaju velike središnjice i često mrežu zastupnika koji sklapaju ugovore o osiguranju u mjestu prebivališta osiguranika. Zato je i logično da je mjesto ispunjenja obveze plaćanja premije upravo i mjesto prebivališta osiguranika.⁸⁰ U tom smislu odredba čl. 936.3. ZOO pruža zaštitu osiguraniku pojedincu jer je njemu svakako jednostavnije, manje rizično i glede troškova povoljnije plaćati premiju u mjestu svog prebivališta, nego vršiti plaćanje u mjestu sjedišta osiguratelja, koje ne mora nužno uvijek odgovarati mjestu sjedišta osiguratelja. Rizik dokaza da je uredno ispunio svoju obvezu je na osiguraniku

76 V. npr. čl. 10. Općih uvjeta osiguranja dragovoljnog osiguranja osoba od nezgode, Allianz Zagreb d.d., www.allianz.hr/media/14849/osig_nezgoda_ucenici_1.pdf. Stranica posjećena 18.2.2013.

77 Ali tada osiguranik treba znati da je zastupnik u osiguranju ovlašten za naplatu premije.

78 Čl. 937/3 ZOO. Više Čurković, *op. cit.* u bilj. 76, str. 35-38., Čurković, M., *Ugovor o osiguranju osoba - život, nezgoda, zdravstvo*, Inženjerski biro, Zagreb, 2009., str. 108-118.

79 Pravilo propisuje da se novčane obveze ispunjavaju u mjestu u kojem vjerovnik ima sjedište, tj. u mjestu prebivališta ili boravišta vjerovnika ako je riječ o fizičkoj osobi. V. čl. 179.1. ZOO.

80 Gorenc, V. *et al.*, *Komentar zakona o obveznim odnosima*, RRIF Plus, Zagreb, 2005., str. 1412.

pojedincu. Isto je prihvaćeno u njemačkom i austrijskom pravu, te isto rješenje sadrži i PEICL.⁸¹

7. OBVEZA ISPLATE OSIGURNINE

Po nastupu osiguranog slučaja jedna od glavnih obveza osiguratelja je platiti osigurninu određenu ugovorom o osiguranju⁸² u roku od 14 dana od dana obavijesti o osiguranom slučaju.⁸³ Ipak nije riječ o iznosu koji je plativ automatski po samoj obavijesti osiguranika ili drugog korisnika osiguranja. Postavljen zahtjev za isplatom osigurnine osiguratelj je ovlašten ispitati i ocjeniti jesu li ispunjeni svi uvjeti potrebni za isplatu osigurnine.⁸⁴ Međutim, ako je za utvrđenje postojanja osigurateljeve obveze ili njezina iznosa potrebno određeno vrijeme, radi provođenja još nekih dodatnih radnji, vještačenja, pribavljanja dodatne dokumentacije, liječničkih ili policijskih izvješća i sl., zakon odobrava osiguratelju dodatno razdoblje od 30 dana kako bi mogao ocijeniti je li dužan platiti osigurninu i ako jest u kojem iznosu (ako ona nije unaprijed utvrđena ugovorom) ili u istom roku mora odbiti osiguranikov zahtjev.⁸⁵ Propisivanje dodatnog vremena ne znači da je osiguratelj oslobođen obveze plaćanja osigurnine, već suprotno od toga, on je dužan uplatiti osigurninu bez odgađanja, a ako je neki dio osigurnine nesporan on je dužan osiguraniku platiti i određeni dio svoje obveze na ime predujma (čl. 943. ZOO).⁸⁶ Zakonska formulacija “dužan bez odgađanja” znači da je osiguratelj dužan

81 V. npr. § 36 Njemačkog zakona o ugovoru o osiguranju (VVG) ili § 36 Austrijskog zakona o ugovoru o osiguranju (VersVG). PEICL sadrži odredbe o mjestu plaćanja premije upućujući na primjenu odredbe čl. 7:101 Načela europskog ugovornog prava (PECL) koji sadrže identičnu odredbu kao naš ZOO.

82 Kod ugovora o osiguranju imovine osigurnina obuhvaća naknadu nastale štete u imovini osiguranika (čl. 949.1. ZOO), a kod osiguranja života u ugovoru utvrđenu svotu osiguranja (čl. 966. ZOO).

83 Ovo rješenje nešto je različito od ranijeg prema ZOO/78 kod kojeg je rok od 14 dana tekao od “dana kada je utvrđeno postojanje tražbine” time pružajući mogućnost osigurateljima za zlouporabu ove odredbe i odugovlačenje s isplatom osigurnine, pozivajući ponavljano na dostavu nove dokumentacije kojom bi se utvrdilo postojanje tražbine. Novo rješenje kod kojeg rok od 14 dana teče od same dostave obavijesti o nastupu osiguranog slučaja nesporno pruža bolju zaštitu osiguranicima pojedincima. V. Ćurković, *op. cit.* u bilj. 76, str. 39., Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str. 1242.

84 Osim u slučaju osiguranja života, osiguranik je dužan obavijestiti osiguratelja o nastupu osiguranog slučaja najkasnije u roku od tri dana. Čl. 941.1. ZOO.

85 Ćurković, *op. cit.* u bilj. 76, str. 39-41., Ćurković, *op. cit.* u bilj. 79, str. 121., Ćurković M., *Aktivna obrada šteta*, Osiguranje, Zagreb, br. 3., 2002., Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str., 1425., za Europsko pravo v. čl. 6:104 PEICL C1-3, str. 215-216.

86 Ova odredba ponešto je drugačija od odredbe iz ZOO/78 koja je zahtijevala da u odnosu na predujam osiguranik ili druga ovlaštena osoba treba postaviti poseban dodatni zahtjev. Kako njegovo dodatno postavljanje više nije potrebno, možemo zaključiti da se novo zakonodavno rješenje još bliže primaknulo boljoj zaštiti osiguranika, zaštićujući ga od neosnovanih odugovlačenja s obradom spisa i eventualnih neosnovanih odgoda plaćanja osigurnine. Više o komparaciji s uređenjem prema ZOO/78 v. Ćurković, *op. cit.* u bilj. 76, str. 41.

sam to učiniti bez ikakvog dodatnog zahtjeva osiguranika ili drugih korisnika police osiguranja postupajući savjesno i pošteno.⁸⁷

Iako je zakonodavac odredbom o rokovima imao namjeru pružiti zaštitu osiguranicima (posebice pojedincima) i spriječiti zlouporabe koje su prije postojale oko utvrđivanja postojanja tražbine i odugovlačenja isplate osigurnine, neki autori smatraju da je rok od 30 dana ipak prekratak. Naime, dvije su glavne posljedice ovakva uređenja. Jedna, rok od 30 dana trebao bi djelovati poticajno na osiguratelje kako bi djelovali proaktivno i sami sakupili svu dokumentaciju potrebnu za obradu zahtjeva, postupajući po načelu, tzv. aktivne likvidacije šteta, što je praksa u većini zemalja EU-a. Drugo, u nekim slučajevima kompleksnijih osiguranja, koji doista zahtijevaju duže vremensko razdoblje od 30 dana (osobito kod ugovora o osiguranju života kod kojih je potrebno ishoditi još neke dodatne službene dokumente kao smrtovnicu, liječničke izvještaje i sl.) osiguratelji će biti prisiljeni odbiti zahtjev za isplatom osigurnine (vjerojatno zbog nedostatka dokumentacije i dokaza) samo zato da bi zadovoljili zakonom propisan rok od 30 dana. Stoga ovaj rok neposredno postavlja zahtjev aktivnog djelovanja za obje ugovorne strane. PEICL također propisuje rok od mjesec dana za odgovor na postavljeni zahtjev osiguranika ili druge zainteresirane osobe. Ali za razliku od ZOO-a, ako osiguratelji ne odgovore u navedenom roku, presumira se da su zahtjev prihvatili, te moraju izvršiti isplatu bez odgode. Međutim treba li zbog složenosti predmeta osiguranja osigurateljima neko dodatno vrijeme kako bi zahtjev obradili, PEICL dopušta osigurateljima da zahtijevaju poseban dodatan period za obradu zahtjeva.⁸⁸

7.1. Obveza plaćanja zateznih kamata

Obveza plaćanja zateznih kamata kao jedna od pravnih posljedica osigurateljeva propusta plaćanja osigurnine u zakonom propisanim rokovima novina je u našem pravnom poretku koja je uveden stupanjem na snagu Zakona o obveznim odnosima 2005. g. Ona nastaje samo ako osiguratelj nije ispunio svoje obveze plaćanja premije ili slanja obavijesti o odbijanju zahtjeva osiguratelja u krajnjem roku od 30 dana i dospijeva od dana primitka obavijesti o osiguranom slučaju (čl. 943.4. ZOO).⁸⁹ Glede visine kamate, zakon je jasno rekao da se radi o zakonskim kamatama koje trebamo obračunati sukladno općim odredbama ZOO-a, s danom dospijeća od trenutka dostave osiguraniku obavijesti o nastupu osiguranog slučaja. Usvajajući koncept utvrđivanja visine zateznih kamata prema općim pravilima

87 Isto Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str. 1425.

88 Čurković, *op. cit.* u bilj. 76, str. 39-41., Čurković, *op. cit.* u bilj. 79, str. 121., Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str., 1425., za europsko pravo čl. 6:104 PEICL C1-3, str. 215-216.

89 Određivanje trenutka dostave osiguraniku obavijesti o nastupu osiguranog slučaja kao trenutka dospijeća plaćanja osigurnine (a ne istek roka od 30 dana u kojem je osiguratelj trebao platiti osigurninu ili istu odbio) primijenjeno je isto pravilo kao i za dospijeće neimovinske štete. Prema nekim autorima ovo rješenje očito je bila zaštita osiguranika i povećanje učinkovitosti cijelog sustava osiguranja. Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str. 1426.

ZOO-a naš je zakonodavac očito zauzeo stajalište o plaćanju kamata kao redovite posljedice zakašnjenja u plaćanju, umjesto plaćanja kamate kao neke vrste kažnjavanja osiguratelja radi kašnjenja u ispunjenju obveze, kao što je to u nekim poredbenopravnim sustavima.⁹⁰ Cilj je ove odredbe očito bila zaštita osiguranika, posebice pojedinaca (potrošača) o čijim se zahtjevima osiguratelji nisu izjasnili u propisanim vremenskim rokovima, a čiji zahtjevi su se u konačnici pokazali kao osnovani.⁹¹

Ipak ovdje možemo uputiti jednu kritiku s obzirom na interpretaciju i pravnu sigurnost odredbe zakona u odnosu na sam trenutak dospjeća zateznih kamata.⁹² Ako osiguratelj ne ispuni svoju obvezu u zakonom propisanim rokovima, zakon kaže da on dužuje i osiguraniku zatezne kamate od primitka "obavijesti o osiguranom slučaju". Međutim, obveza obavještanja o nastupu osiguranog slučaja samo je jedna od posebnih pretpostavki propisana čl. 941. ZOO-a i ona ne znači da je osiguranik ujedno time postavio i odštetni zahtjev u odnosu na koji bi mogle teći kamate. Prema stavu nekih autora dan primitka obavijesti o nastupu osiguranog slučaja nije jednak danu postavljanja odštetnog zahtjeva, već se radi o zahtjevu koji mora biti postavljen odvojeno.⁹³ Štoviše u odredbi čl. 943.2. ZOO-a i sam zakonodavac vezuje trajanje roka od 30 dana uz primitak odštetnog zahtjeva. Možemo samo pretpostaviti da je zakonodavac ovdje u interesu osiguranika zapravo smatrao da je s danom obavješćivanja ujedno postavljen i zahtjev za isplatom osigurnine, budući da u praksi vrlo često ta dva trenutka koincidiraju.⁹⁴ Ako nije, bilo bi potrebno tu nelogičnost u budućnosti ispraviti.

Samo radi usporedbe napominjemo da je na europskoj razini usvojeno drugačije rješenje. PEICL, temeljeći svoj stav na rješenjima pojedinih privatnih prava država članica, propisuje kako kamate počinju teći od kada je obveza isplate osigurnine dospjela. Ako je iznos i visina nesporna one teku protekom roka od tri mjeseca od kada je osiguranik postavio zahtjev i osiguratelj je trebao dati osiguraniku ponudu za isplatu osigurnine, a ako je sporna od trenutka njezina nedvojbena potvrđenja.⁹⁵

90 Neki pravni sustavi usvojili su koncept visine kamata kao oblik kažnjavanja osiguratelja zbog zakašnjenja u plaćanju. Npr. u Španjolskoj kamata iznosi čak 50%. Čl. 6:105 PEICL N3, str. 222.

91 Isto Momčinović, H., *Ugovor o osiguranju: bitne izmjene koji donosi novi Zakon o obveznim odnosima*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, 12(2005), str. 135., Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str. 1426., Crnić, I., *Dospjeće zateznih kamata u osiguranju i naknadi štete*, Hrvatska pravna revija, 1(2006), str. 41-43.

92 O pitanju trenutka dospjeća postoji oprečna sudska praksa. Usporedi, npr. odluke suda u predmetu Gž-3149/88 od 10. svibnja 1988. i Rev-104/95 od 07. travnja 1999. Više Crnić, *op. cit.* u fn. 92, str. 42.

93 Čurković, *op. cit.* u bilj. 76, str. 42.

94 Vrlo često pristupajući osigurateljevom uredu i obavještavajući ga o nastupu osiguranog slučaja istodobno ispunjavamo i zahtjev za naknadom štete i/ili isplatom osigurnine.

95 V. Čl. 6:105 PEICL C1, str. 219.

7.2. Naknada štete

Druga pravna posljedica neispunjenja plaćanja osigurnine u zakonom propisanim rokovima odgovornost je za štetu koja je uslijed toga nastala (čl. 943.4. ZOO). I ovdje je riječ o novini uvedenoj ZOO-om iz 2005. g. s očitim ciljem pružanja bolje zaštite osiguranika (posebice potrošača) i razjašnjavanja nedoumica koje su u praksi postojale do tada oko obveze naknade štete. Naime prema bivšem uređenju (ZOO/78) obveza naknade štete eventualno je proizlazila iz općih odredaba o naknadi štete zbog povrede ugovornog odnosa i nosila je sva ograničenja i pitanja takve odgovornosti.⁹⁶ Sada je zakonodavac jasno dao do znanja da osiguranik ima pravo na naknadu štete koja je proizašla iz okolnosti da osiguratelj kasni s isplatom osigurnine, okončavajući time sve rasprave o pitanju postojanja odgovornosti za naknadu štete. U tom smislu odgovornost za štetu kod ugovora o osiguranju konceptualno se ne razlikuje od odgovornosti za štetu kod povrede bilo kojeg drugog ugovora. Cilj je odredbe očito da se osiguranika (posebice pojedinca/potrošača) stavi u isti onaj položaj u kojem bi bio da je ugovor uredno ispunjen, tj. da je osigurnina na vrijeme plaćena. Ipak sama visina naknade štete u pravilu je ograničena na predvidivu štetu sukladno općim pravilima o ugovornoj odgovornosti,⁹⁷ i ne bi smjela iznositi više od zateznih kamata, pri čemu se očekuje da osiguratelji zbog svoje specijalizacije, iskustva, posebnih znanja, stručnih analiza i statistika u trenutku sklapanja ugovora znaju ili barem trebaju znati predvidivi opseg štete.⁹⁸ Naravno time se ne dira u opća pravila o izvanugovornoj odgovornosti za štetu o naknadi imovinske i neimovinske štete.⁹⁹ Cilj sklapanja ugovora o osiguranju je potpuno osiguranje i zaštita osiguranika, pa se imajući na umu cilj ugovora i specijalizaciju osiguratelja puna zaštita očekuje i ovdje.

Isto rješenje pružio je i PEICL. Osigurnik će imati pravo na naknadu bilo koje dodatne štete, tj. gubitka (*additional loss*) koja mu je nastala uslijed zakašnjenja u plaćanju osigurnine.¹⁰⁰ Tvorci PEICL-a smatrali su da osiguratelj koji nije platio osnovani zahtjev osiguranika zapravo krši svoju temeljnu obvezu iz ugovora o osiguranju (koja se sastoji od plaćanja osigurnine). Uslijed takva ponašanja logična je posljedica da osiguranicima nastaje šteta. Na primjer, u slučaju osiguranja od automobilske odgovornosti ili od požara, osiguraniku hitno treba novac (iznos osigurnine) kako bi mogao popraviti oštećenja na automobilu ili imovinu stradalu požarom. Svako neosnovano kašnjenje uzrokuje mu dodatnu štetu. Kao i prema

96 Za opsežnu sudsku praksu o tom pitanju, v. Crnić, *op. cit.* u bilj. 92, str. 43-48.

97 Za ugovornu odgovornost za štetu, v. čl. 342-349. ZOO.

98 U domaćoj pravnoj literaturi se smatra da samo ako je šteta koju je osiguranik pretrpio zbog osigurateljeva zakašnjenja veća od iznosa koji je dobio na ime zateznih kamata, osiguranik ima pravo na naknadu do punog iznosa nastale štete. Crnić, *op. cit.* u bilj. 92, str. 43., Matijević, B.; *Kumuliranje naknade za štetu i osigurnine*, Hrvatska pravna revija, (2) 2008., str. 27-35.

99 Gorenc, *op. cit.* u bilj. 81, str. 1426. Za opsežnu sudsku praksu v. Crnić, *op. cit.* u bilj. 92, str. 43-48.

100 Čl. 6:105.2. PEICL.

ZOO-a, cilj odredbe PEICL-a je staviti osiguranika u isti onaj položaj kao da je ugovor ispunjen, tj. da je osigurina na vrijeme plaćena.¹⁰¹

8. KONTROLA OGLAŠAVANJA I PROMIDŽBENIH MATERIJALA

Promidžbeni materijal ne čini sastavni dio ugovora o osiguranju, ali privlači osiguranike, povećava njihovo zanimanje za proizvod osiguranja, te pomaže u preliminarnoj odluci hoće li uopće pristupiti sklapanju ugovora. Zato je odgovarajući nadzor nad promidžbenim aktivnostima ključni element za zaštitu osiguranika, za održavanje pravilnog funkcioniranja tržišta osiguranja, te za sprječavanje zlouporaba i zavaravajućeg oglašavanja. Slijedeći tendenciju prava EU-a koje smatra kako je promidžba ugovora o osiguranju ključna za učinkovito pružanje usluga osiguranja na unutarnjem tržištu EU-a,¹⁰² domaće pravo odredbama ZOS-a načelno dopušta osigurateljima promidžbene aktivnosti.¹⁰³ Svi materijali moraju sadržavati jasne, istinite i potpune informacije koje se temelje na vjerodostojnim podacima (čl. 65.a. ZOS).¹⁰⁴ U suprotnom osiguratelj za njih odgovara (čl. 56.b. ZOS). U promidžbene informacije spadaju informacije priopćene trećim osobama i potencijalnim osiguranicima putem oglasa u tisku, radija, televizije, putem osobnih posjeta, telefonskih poziva, internet mreže i elektronskih medija, putem interaktivne televizije te na bilo koji drugi način iz kojeg proizlazi namjera promidžbe (čl. 65.c. ZOS). Za potpunu informaciju o proizvodu i uvjetima ugovora, prema mišljenju nadzornog tijela, dopušteno je i upućivanje linkom na web stranicu osiguratelja.¹⁰⁵ Ovdje spadaju ne samo informacije koje se odnose na podatke o društvima za osiguranje i proizvodima koje nude na tržištu, već i puno šire, kao propisane obveze

101 Čl. 6:105.2. PEICL C2-7, str. 220-221.

102 Naime, Komisija je još trećom generacijom direktiva s područja osiguranja zauzela stajalište kako je promidžba ugovora o osiguranju ključna za učinkovito pružanje usluga osiguranja na teritoriju EU-a. Zbog odgovarajućeg oglašavanja potrošač će na unutarnjem tržištu osiguranja imati širi i veći izbor ugovora o osiguranju. To je logično jer ako potrošač želi potpuno iskoristiti sve prednosti navedene raznolikosti ugovora o osiguranju i povećane konkurencije, mora biti obaviješten upravo o onim elementima koji su mu nužno potrebni da izabere onaj ugovor koji odgovara njegovim potrebama. Zato je nužno svim osigurateljima pružiti mogućnost koristiti se svim uobičajenim oblicima oglašavanja u svim zemljama ugovornicama, i to kako oglašavanja usluga tako i oglašavanja predstavništava. Naravno, sve to dok je u skladu s nacionalnim pravom države članice o dopuštenom obliku i sadržaju oglašavanja, koje je ili predviđeno pravom Unije o oglašavanju ili je sukladno nacionalnom pravu države članice donesenom radi zaštite općeg dobra (t. 53. Preambule Direktive 2002/83/EZ - Treća životna Konsolidirana verzija). Takvo shvaćanje preuzeto je iz potrošačkog *acquisa*. Više o odnosu sredstava marketinga i zaštiti potrošača Lienhard, U., *Der asymmetrisch standardisierte Vertragsschluss im EG-Privatrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2004., str. 50-61.

103 V. *Pravilnik o promidžbenim aktivnostima društava za osiguranje*, NN br. 151/08, 9/09.

104 O pojmovima "jasne, istinite i potpune informacije" vrijedi isto što smo rekli za obvezu informiranja. V. *supra* t. 3. i bilj. 29.

105 V. Mišljenje HANFE o promidžbenim aktivnostima društava za osiguranje, <http://www.ripe.hanfa.hr/hr/regulativa/osiguranje/> Stranica posjećena 18.2.2013.

stranaka, projekcija prinosa i mogućih gubitaka, opis rizika koji proizlazi iz takvog proizvoda i sl. Stoga, radi zaštite javnosti i potencijalnih osiguranika, zakon načelno propisuje da informacije ne bi smjele biti zavaravajuće, nepotpune (u opisu usluge i rizika), nejasne, lažne, neproverjene, te po svom opsegu nejednako zastupljene. U tom smislu, pri pružanju promidžbenih informacija, društva za osiguranje posebice ne smiju prikrivati ili na zabludljiv način prikazivati promidžbenu svrhu i cilj informacije, moraju navesti cjelovit, točan, jasan i istinit opis osiguravateljnog proizvoda, propisane obveze, projekciju prinosa i mogućnost gubitka te opis rizika koji iz takvog proizvoda proizlazi, činjenice koje se iznose u informacijama moraju biti potkrijepljene vjerodostojnim dokazima, ne smiju se navoditi lažni ili neproverjeni pokazatelji o društvu za osiguranje, njegovom položaju na tržištu i proizvodima koje nudi, sve informacije moraju po svom izgledu, sadržaju i obliku biti jednako i istoznačno zastupljene.¹⁰⁶

Nadzor nad promidžbenim aktivnostima u Republici Hrvatskoj obavlja HANFA kao ovlašteno nadzorno tijelo. HANFA u pravilu izdaje posebno odobrenje za promidžbene aktivnosti, a ovlaštena je još propisati dodatni sadržaj i uvjete promidžbenih informacija, rokove i postupak davanja odobrenja. U izvršavanju nadzora HANFA može, kao mjere nadzora, izreći mjere ispravka i zabrane pružanja određenih promidžbenih informacija (čl. 65.c. ZOS).¹⁰⁷

9. ZAKLJUČAK

Ugovori o osiguranju sklopljeni s osiguranicima pojedincima spadaju u onu vrstu ugovora koji se nalaze na razmeđu između trgovačkog prava i prava zaštite potrošača. Oni se temelje na osnovnom shvaćanju pravnog položaja osiguranika kao slabije ugovorne strane bilo zbog svog znanja o usluzi osiguranja i okolnostima koje ga okružuju bilo zbog svoje pregovaračke pozicije i financijskih sredstava koja mu stoje na raspolaganju. Osiguratelj je trgovac i profesionalac, on dobro poznaje karakteristike same usluge osiguranja kao što su ocjena rizika i tehnika izračuna premije i osigurnine, predviđanja nastupa rizika, ocjene i analize statistika itd. Isto ne možemo reći i za osiguranika pojedinca, pa mu je potrebno osigurati zaštitu u mogućim zakonskim okvirima.

Ugovorno pravo osiguranja danas u europskim okvirima većinom je uređeno posebnim propisima, koje nije više dio obveznog ili u nekim zemljama trgovačkog prava.¹⁰⁸ U domaćem pravnom uređenju to nije slučaj. Pojedine instrumente zaštite osiguranika pojedinca u RH sadržajno konceptijski nalazimo smještene u tri međusobno isprepletana propisa. Zakon o obveznim odnosima kao opći propis

¹⁰⁶ Čl. 65.c. ZOS.

¹⁰⁷ Za poseban obrazac za promidžbene aktivnosti koje su osiguratelji dužni dostaviti HANFI radi obavljanja nadzora v. Mišljenje HANFE o promidžbenim aktivnostima društava za osiguranje, <http://www.ripe.hanfa.hr/hr/regulativa/osiguranje/> Stranica posjećena 18.2.2013.

¹⁰⁸ Za pregled uređenja ugovornog prava osiguranja u zemljama EU v. Basedow, J., Fock, T., *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, Band I -II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002-2003.

ugovornog (obveznog) prava uređuje pojam i temeljne karakteristike ugovora o osiguranju, ali načelno ne praveći razliku između trgovačkog i potrošačkog osiguranja. Nove odredbe o osigurateljevoj obvezi plaćanja zateznih kamata i obvezi naknade štete u slučaju zakašnjenja s plaćanjem osigurnine, uvedene ZOO iz 2005. g., idu *in favorem* osiguranika i drugih korisnika police osiguranja, jer zahtijevaju od osiguratelja aktivno djelovanje i veći angažman kao profesionalca u prikupljanju dokumentacije te u brzom i učinkovitog rješavanja odštetnog zahtjeva i isplate osigurnine. Riječ je strogom (kogentnom) propisu od kojeg strane ne mogu odstupati. Ipak, neka su pitanja ostala otvorena.

Istodobno, Zakon o osiguranju sadrži posebne, ali doduše malobrojne odredbe koje se odnose na zaštitu osiguranika pojedinca kao potrošača. U tom smislu ZOS definira pojam potrošača u kontekstu osiguranja, uređuje osigurateljevu obvezu obavještavanja, prava i obveze posrednika i zastupnika u osiguranju, zaštitu od zavaravajućeg oglašavanja, sadrži odredbe o primjenjivom pravu, propisuje pravni okvir za rješavanje sporova i zaštitu prava potrošača. Većina tih instituta karakteristična je za *acquis* s područja zaštite potrošača i zapravo je preuzeta iz njega u *acquis* iz područja ugovorog prava osiguranja te u konačnici i u Zakon o osiguranju. Hrvatski zakonodavac nije propisao dužnost osiguratelja da savjetuje osiguranike prilikom sklapanja ugovora, što smatramo velikim nedostatkom. U svim ostalim pitanjima zaštite osiguranika (potrošača) člankom 269. (glavom XVII) Zakon o osiguranju upućuje na primjenu Zakona o zaštiti potrošača kao posebnog propisa kojim se uređuje zaštita potrošača. Stoga je zaštita osiguranika pojedinca (potrošača) dodatno ostvarena odredbama o sklapanju ugovora o osiguranju na daljinu i pravilima o nepoštenim ugovornim odredbama. Odredbe ZOS-a i ZZP-a većim su dijelom posljedica prilagodbe hrvatskog prava europskom i sustavima zaštite potrošača koji su tamo navedeni. Stoga, osim dvojbi oko njihova odnosa i nekih sadržajnih propusta u implementaciji načelno nema većih zamjerki domaćem sustavu.

Konačno analiza pojedinih instituta u ovom radu pokazala nam je da postoji trend postupnog kreiranja posebnih pravila za zaštitu osiguranika pojedinca (potrošača). Kada se radi o pravilima o osigurateljevoj predugovornoj obvezi obavještavanja postoje posebna pravila za osiguranike pojedince, posebni mehanizmi zaštite oblikovani samo za osiguranike pojedince, zatim postoje posebna pravila za zaštitu od zavaravajućeg oglašavanja i marketinga društava za osiguranje, kao i posebna pravila za zaštitu od nepoštenih ugovornih odredaba u uvjetima osiguranja, a neki put se na europskoj razini zaštita pruža sitnim i malim trgovcima. Možemo zaključiti kako opća pravila o zaštiti potrošača, u onom dijelu u kojem se odnose na osiguranike pojedince, utječu i doprinose stvaranju nekog novog potrošačkog prava osiguranja. Drugim riječima uočavamo da je, najprije europsko pravo osiguranja (*insurance acquis*), a potom i nacionalno ugovorno pravo osiguranja preuzelo ili apsorbiralo instrumente zaštite potrošača iz potrošačkog *acquisa*, radi zaštite slabije ugovorne strane u ugovornom odnosu osiguranja.

Summary

CONSUMER PROTECTION IN INSURANCE CONTRACTS
- Open questions and dilemmas -

Insurance contracts concluded with consumers belong to one of those types of contracts where the asymmetry between rights and obligations between parties is evident. In order to eliminate that asymmetry and to ensure the proper functioning of the internal market it is of utmost importance to provide consumers with the adequate level of protection. In this paper the author deals with the legal framework of such protection in Croatian law and analyses the main mechanism of consumer protection such as the pre-contractual information duties, protection against unfair contract terms, the meaning of general and/or specific insurance terms and conditions, the legal rules on the payment of insurance sum, and finally control over marketing, distribution and the content of additional materials which support insurance contract.

Key words: *insurance contracts, consumer protection, information duties, unfair contract terms, marketing and distribution of insurance.*

Zusammenfassung

SCHUTZ DES VERSICHERTEN ALS EINZELNEN BEIM
VERSICHERUNGSVERTRAG
-Offene Fragen und Zweifel-

Die mit einzelnen Versicherten abgeschlossenen Versicherungsverträge gehören zu jener Vertragsart, bei welcher das Ungleichgewicht rechtlicher Positionen zwischen den Vertragsparteien offensichtlich ist. Wegen Beseitigung des genannten Ungleichgewichtes und wegen Sicherung eines effizienten Funktionierens vom Versicherungsmarkt muss man dem einzelnen Versicherten den entsprechenden Schutz bieten. In der Arbeit wird deshalb die Übersicht des Rechtsrahmens ihres Schutzes im nationalen Recht dargestellt und einige grundlegende Instrumente ihres Schutzes wie die Informationspflicht, der Schutz vor unfairen Vertragsbestimmungen, die Bedeutung von allgemeinen Voraussetzungen und/oder Sondervoraussetzungen, die Regeln über die Zahlung der Versicherungsprämie und des Versicherungsbetrags und die Fragen der Werbung und Kontrolle des Inhalts von Begleitmaterialien analysiert.

Schlüsselwörter: *Versicherungsvertrag, Schutz des einzelnen Versicherten/Verbrauchers, Informationspflicht, unfaire Vertragsbestimmungen, Werbung und Werbungsmaterial.*

Riassunto

TUTELA DEL SINGOLO ASSICURATO NEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE **- questioni aperte ed incertezze -**

I contratti di assicurazione che vengono stipulati con singoli assicurati sono annoverati tra i tipi di contratti dove lo squilibrio delle posizioni giuridiche tra le parti contrattuali è evidente. Al fine di eliminare detto squilibrio e di assicurare un efficace funzionamento del mercato assicurativo si rende necessario offrire ai singoli assicurati adeguata protezione. Nel contributo, pertanto, si offre una panoramica del quadro normativo, della protezione riconosciuta nel diritto interno e si analizzano alcuni degli elementi fondamentali della loro tutela, quali l'obbligo informativo, la protezione dalle clausole abusive, il significato delle condizioni contrattuali generali e/o speciali, le regole circa il pagamento del premio e dell'assicurazione, come pure le questioni afferenti la diffusione ed il controllo del contenuto dei materiali accessori.

Parole chiave: *contratto di assicurazione, protezione dell'assicurato singolo/ consumatore, obbligo informativo, clausole abusive, diffusione e materiali di promozione.*

ZAKONSKI ROKOVI ISPUNJENJA NOVČANIH OBVEZA IZ TRGOVAČKIH UGOVORA U PRAVU EUROPSKE UNIJE

Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za pravo

UDK: 347.741::061.1EU
Ur.: 6. veljače 2013.
Pr.: 5. ožujka 2013.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Predmetom rada su odredbe Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima koje se odnose na zakonske rokove ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora koji se imaju primijeniti u ako ugovorne strane nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze. S obzirom na prijepore u pravnoj literaturi o tomu uređuju li se Direktivom 2011/7/EU, odnosno ranijom Direktivom 2000/35/EZ, rokovi ispunjenja primarnih novčanih obveza iz trgovačkih ugovora ili ne, u radu se ponajprije daje odgovor na ovo prijeporno pitanje. Nakon utvrđenja da iz teleološke interpretacije odredaba obje direktive proizlazi da su države članice Europske unije obvezne u nacionalnom pravu urediti zakonske rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza iz trgovačkih ugovora, u radu se pristupa analizi odredaba direktive koje se odnose na zakonske rokove ispunjenja novčanih obveza. Cilj je rada utvrditi postiže li se odredbama direktive odgovarajući stupanj zaštite vjerovnika novčanih obveza od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem. Ukazuje se na manjkavosti uređenja sadržanog u Direktivi i iznose prijedlozi za adekvatnijim pravnim rješenjima de lege ferenda. Odredbe Direktive 2011/7/EU u radu se analiziraju u poredbi s odredbama ranije Direktive 2000/35/EZ te u poredbi s odredbama prijedloga uredbe Europske unije o Zajedničkom europskom pravu kupoprodaje koji je dijelom pripremljen na podlozi odredaba Direktive 2011/7/EU.

Ključne riječi: zakonski rokovi ispunjenja novčanih obveza, zakonski rokovi plaćanja, Direktiva 2000/35/EZ, Direktiva 2011/7/EU.

1. UVOD

Posljednji poduzeti korak u nastojanjima institucija Europske unije da uklone, ili barem ublaže, negativne ekonomske učinke kulture nepravovremenog plaćanja na funkcioniranje zajedničkog europskog unutarnjeg tržišta i na sudionike na tome

tržištu, bilo je usvajanje Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima,¹ koju su države članice Europske unije obvezne pretvoriti u odredbe nacionalnog prava najkasnije do 16. ožujka 2013. Ovom preinakom ranije direktive iz 2000. godine,² uređuju se pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem te se nalaže državama članicama poduzeti odgovarajuće mjere suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem.³ Direktiva 2011/7/EU ne uređuje samo zakašnjenje s plaćanjem, već uređuje i pojedine elemente urednog ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora, i to prije svega vrijeme ispunjenja novčanih obveza.

U stranoj pravnoj literaturi prijeporno je uređuje li ranija Direktiva 2000/35/EC rokove ispunjenja primarne novčane obveze iz trgovačkog ugovora ili samo rokove dospijeca zateznih kamata koje se imaju obračunati na iznos primarne novčane obveze u slučaju zakašnjenja s plaćanjem. Ti su prijepori jednim dijelom aktualni i u okviru odredaba Direktive 2011/7/EU. Polazeći od utvrđenja da Direktiva 2011/7/EU doista uređuje rokove ispunjenja primarne novčane obveze iz trgovačkog ugovora, u radu se analiziraju one odredbe kojima se državama članicama nalaže da u skladu s Direktivom u nacionalnom pravu propišu zakonske rokove ispunjenja novčanih obveza koji se imaju primijeniti, ako ugovorne strane ne bi same ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze.

Cilj je rada kritički ispitati postiže li se na konceptualnoj razini uređenjem zakonskih rokova ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora odgovarajući stupanj zaštite vjerovnika novčanih obveza od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem, kao i iznaći prijedloge za adekvatnijim uređenjem ovog pitanja *de lege ferenda*. S obzirom na to da Direktiva 2011/7/EU predstavlja preinaku ranije Direktive 2000/35/EZ, a da je sama bila podlogom za izradu odredaba o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem sadržanih u prijedlogu uredbe Europske unije

- 1 Direktiva 2011/7/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 2011. o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions*), OJ L 48, 23.2.2011. (dalje u tekstu: Direktiva 2011/7/EU). Direktiva 2011/7/EU usvojena je i upućena državama članicama Europske unije 16. veljače 2011. godine, a stupila je na snagu 15. ožujka 2011. godine.
- 2 Direktiva 2000/35/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 29. lipnja 2000. o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions*), OJ L 200, 8.8.2000. (dalje u tekstu: Direktiva 2000/35/EZ).
- 3 Direktivom se očekuje od država članica da kao pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem predvide pravo vjerovnika na zatezne kamate, na posebnu naknadu za troškove prouzrokovane zakašnjenjem te na razumnu naknadu troškova prouzrokovanih vjerovniku zakašnjenjem dužnika. Također, nalaže se državama članicama poduzeti odgovarajuće mjere suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem, kao što su sprječavanje zlouporabe slobode ugovaranja na štetu vjerovnika, priznanje pravnih učinaka ugovorenog pridržaja prava vlasništva, osiguranje učinkovitih postupaka naplate nespornih tražbina, kao i niz mjera usmjerenih na osiguranje transparentnosti i podizanje svijesti među poduzetnicima o njihovim pravima u slučaju zakašnjenja s plaćanjem te na promicanje dobrih poslovnih praksi u cilju stvaranja kulture pravovremenog plaćanja.

o Zajedničkom europskom pravu kupoprodaje,⁴ u radu se također identificiraju i opisuju sličnosti i različitosti rješenja predviđenih u tim izvorima. Cilj rada nije ocijeniti transponiranje odredaba Direktive u nacionalna prava država članica Europske unije i u hrvatsko pravo, ali će, ponajprije u bilješkama, prikazati i specifičnosti pravnih rješenja sadržanih u hrvatskim i poredbenim propisima.⁵

- 4 Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o Zajedničkom europskom pravu kupoprodaje (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*), COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD), <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0635:en:NOT>>, 27. rujna 2012. Za aneks predložene uredbe uobičajila se u literaturi kratica CESL koja se koristi i u daljnjem tekstu ovog rada. CESL je skup pravila opcijske naravi koji bi, ako predložena uredba bude usvojena, ugovorne strane u prekograničnim ugovorima o kupoprodaji robe (ali i u ugovorima o isporuci digitalnih sadržaja te o pružanju s ovim ugovorima povezanih usluga) mogle ugovoriti kao pravo primjenjivo na svoj ugovorni odnos. Pri izradi CESL-a, između ostalog, korištene su i odgovarajuće odredbe akademskog teksta poznatog pod nazivom Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo (*Draft Common Frame of Reference for a European Private Law*; u daljnjem tekstu rabi se uvriježena kratica: DCFR) te Studije izvedivosti budućeg instrumenta europskog ugovornog prava stručne skupine Europske komisije za europsko ugovorno pravo [*Commission Expert Group on European Contract Law Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*; u daljnjem tekstu rabi se uvriježena kratica: ECL (EG)]. Stoga će, gdje je to prikladno, u ovom radu biti učinjena poredba i s ovim instrumentima. Cjeloviti tekst DCFR-a objavljen je u: Bar, C. von, Clive, E. i Schulte-Nölke, H. (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference - Outline Edition*, München, Sellier, 2009. Cjeloviti tekst ECL (EG) objavljen je u: Schulze, R. i Stuyck, J. (ur.), *Towards a European Contract Law*, München, Sellier, 2011., str. 217. – 279. U radovima domaćih autora, za više o DCFR-u vidi u, primjerice, Petrić, S., Nacrt Zajedničkog referentnog okvira za europsko privatno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 30, br. 1/2009, a o CESL-u u, primjerice, Mišćenić, E., *Europsko ugovorno pravo na putu od soft law prema hard law – osvrt na opcionalno zajedničko europsko pravo prodaje (CESL)*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 33, br. 2/2012.
- 5 Od poredbenih propisa rad se prvenstveno bavi posebnim propisima o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem kojima su odredbe Direktive 2011/7/EU i ranije Direktive 2000/35/EZ transponirane u slovensko i talijansko pravo. U slovenskom pravu riječ je o Zakonu o sprječavanju zakašnjenja s plaćanjem (*Zakon o preprečevanju zamud pri plaćilih*, Uradni list Republike Slovenije br. 18/11.; dalje u tekstu: slovenski ZPreZP iz 2011.) koji je stavljen izvan snage novim Zakonom o sprječavanju zakašnjenja s plaćanjem (*Zakon o preprečevanju zamud pri plaćilih*, Uradni list Republike Slovenije br. 57/12.; dalje u tekstu: slovenski ZPreZP iz 2012.). U talijansko pravo Direktiva 2000/35/EZ transponirana je Zakonodavnim dekretom br. 231 od 9. listopada 2002. o provedbi Direktive 2000/35/EZ o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 - Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *Gazzetta ufficiale* br. 249/02.) koji je radi usklađenja s novom Direktivom 2011/7/EU izmijenjen i dopunjen Zakonodavnim dekretom br. 192 od 9. studenog 2012. o izmjenama zakonodavnog dekreta br. 231 od 9. listopada 2002. radi potpune implementacije Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima u skladu s čl. 10. st. 1. Zakona br. 180 od 11. studenog 2011. (*Decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192 - Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180*, *Gazzetta ufficiale* br. 267/12.). U određenim aspektima rad se dotiče i poredbenopravnih rješenja sadržanih u austrijskom, finskom, francuskom, litvanskom i njemačkom pravu.

U domaćoj pravnoj literaturi objavljen je u posljednje dvije godine veliki broj radova posvećenih uređenju rokova plaćanja,⁶ a što je posljedica novih propisa koji su stupili na snagu u ovom području, i to Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza⁷ iz 2011. godine te Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi⁸ iz 2012. godine. No, iako je ZRINO izrađen po uzoru na odredbe Direktive 2011/7/EU, a ZFPPN izrijekom usvojen u transponiranju Direktive 2011/7/EU, samo manji dio radova domaćih autora stavlja rješenja hrvatskoga prava u korelaciju s rješenjima Direktive 2011/7/EU,⁹ a još manji broj radova se primarno

- 6 Riječ je o, primjerice: Borić, Ž., O rokovima ispunjenja novčanih obveza, *Hrvatska pravna revija*, br. 3/2012; Čuveljak, J., O Zakonu o rokovima ispunjenja novčanih obveza, *Pravo i porezi*, br. 12/2011; Giunio, M. A., Rokovi plaćanja i sankcije neplaćanja od 1.1.2012., *Financije, pravo i porezi*, br. 12/2011; Giunio, M. A., ZFPPN versus ZRINO, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, sv. 5/2012; Gorenc, V., Rokovi ispunjenja novčanih obveza od 1. siječnja 2012., *Računovodstvo, revizija i financije*, br. 12/2011; Pavičić, D., Primjena Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza, *Računovodstvo, revizija i financije*, br. 1/2012; Pavičić, D., Aktualna pitanja vezana za primjenu Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza, *Računovodstvo, revizija i financije*, br. 5/2012; Pavičić, D., Rokovi ispunjenja novčanih obveza prema odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Pravo i porezi*, br. 10/2012; Pavičić, D., Aktualna pitanja vezana za rokove ispunjenja novčanih obveza nakon stupanja na snagu Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, *Pravo i porezi*, br. 11/2012; Šimunec, N., O načinu prestanka novčanih obveza u smislu Zakona o rokovima ispunjenja novčanih obveza, *Pravo i porezi*, br. 3/2012.
- 7 Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza, NN br. 125/11. (dalje u tekstu: ZRINO). ZRINO je stupio na snagu 1. siječnja 2012.
- 8 Zakon o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, NN br. 108/12. i 144/12. (dalje u tekstu: ZFPPN). ZFPPN je stupio na snagu 1. listopada 2012., a odredbom čl. 92. ZFPPN-a ZRINO je stavljen van snage.
- 9 Odredbe ZRINO-a cjelovito su obrađene uz komparaciju s odredbama Direktive 2011/7/EU u radovima: Giunio, M. A., Rokovi ispunjenja novčanih obveza u poduzetničkim ugovorima – EU direktive i hrvatski zakon (u: Barbić, J. i Giunio, M. A. (ur.), *Zbornik 50. jubilar-nog susreta pravnika Opatija 2012.*, Zagreb, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, 2012.); Giunio, M. A., Rokovi plaćanja kod poduzetničkih ugovora i dužnički zatvor, *Hrvatska pravna revija*, br. 6/2012. O razlozima donošenja i polju primjene ZRINO-a uz poredbu sa zahtjevima direktive objavljen je rad: Šafranko, Z., Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, sv. 2/2012. O granicama slobode ugovaranja i mjerama suzbijanja zakašnjenja s plaćanjem prema ZRINO-u i direktivi piše: Šafranko, Z., Kritički osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u hrvatsko pravo – drugi dio: suzbijanje zakašnjelih plaćanja i zlorabe ugovorne autonomije na štetu vjerovnika, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, sv. 5/2012. Implementacijom u hrvatsko pravo onih odredaba Direktive 2011/7/EU koje uređuju zatezne kamate bavi se rad: Tot, I., Zatezne kamate između slobodnih zanimanja, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, sv. 3/2012. Poredbom odredaba ZRINO-a s odredbama Direktive 2011/7/EU koje govore o nepoštenim ugovornim odredbama i praksama bavi se znanstveni rad izložen na znanstvenoj konferenciji „Nepoštene ugovorne odredbe: europski standardi i hrvatska provedba“ održanoj 24. veljače 2012. na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci: Petrović, S. i Tepeš, N., Nepoštene ugovorne odredbe u trgovačkim ugovorima (zbornik radova s konferencije je u postupku objavljivanja). Transponiranjem Direktive 2011/7/EU u odredbe ZRINO-a i ZFPPN-a bavi se rad: Tot, I., Combating Late Payment in Commercial Transactions: Transposition of the EU Directives into Laws of Croatia and Slovenia, u: Săraru, Cătălin-Silviu (ur.), *Perspectives of Business Law in the Third Millennium*, Bukurešt, ASE Publishing, 2012.

bavi rješenjima Direktive 2011/7/EU.¹⁰ Kako je utvrđivanje značenja, svrhe i dosega pojedinih odredbi direktive preduvjet odgovarajuće ocjene o usklađenosti hrvatskog prava sa zahtjevima direktive, očekivani doprinos ovog rada je i u popunjavanju praznina koje postoje u domaćoj literaturi u vezi s pitanjima kojima se bavi ovaj rad. U tu svrhu ovaj se rad više oslanja na pojedine radove stranih autora koji, mada pisani u kontekstu odredaba ranije Direktive 2000/35/EC,¹¹ sadrže zaključke koji vrijede i u kontekstu odredaba nove Direktive 2011/7/EU.

U prvom poglavlju nakon uvoda analiziraju se pojmovi trgovačkog ugovora, novčane obveze i rok ispunjenja novčane obveze. U trećem poglavlju daje se odgovor na u stranoj pravnoj literaturi prijeporno pitanje uređuju li Direktiva 2000/35/EZ i Direktiva 2011/7/EU rokove ispunjenja novčanih obveza ili samo rokove dospijea zateznih kamata. Četvrto poglavlje posvećeno je odredbama Direktive 2011/7/EU o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana, a peto poglavlje odredbama o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze od 60 kalendarskih dana. Zaključno se daju rezultati provedenog istraživanja.

2. POJMOVI „TRGOVAČKI UGOVOR“, „NOVČANA OBVEZA“ I „ROK ISPUNJENJA NOVČANE OBVEZE“

Prije upuštanja u analizu pojedinih odredaba Direktive 2011/7/EU o rokovima ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora, nužno je utvrditi značenje pojmova „trgovački ugovor“, „novčana obveza“ i „rok ispunjenja novčane obveze“ koje direktiva rabi u svom izričaju. Bez toga utvrđenja nije moguće ni u potpunosti

10 Direktivu 2011/7/EU cjelovito u stručnome članku obrađuje: Maurović, LJ., Koliki napredak u sprečavanju zakašnjelog plaćanja u trgovačkim transakcijama donosi nova Smjernica 2011/7/EU?, *Hrvatska pravna revija*, br. 11/2011. Temeljnim pojmovima i definicijama Direktive 2011/7/EU bave se radovi: Tot, I., *Pojam commercial transactions iz Direktive 2011/7/EU*, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 51, br. 6/2012; Tot, I., *Pojmovi “poduzetnik” i “javna vlast” iz Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima*, *Hrvatska pravna revija*, br. 12/2012. O pravnim posljedicama zakašnjenja s plaćanjem predviđenim Direktivom 2011/7/EU vidi: Tot, I., *Pojam i pravne posljedice zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima u pravu Europske unije*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 33, br. 2/2012.

11 Na sveobuhvatan način odredbe Direktive 2000/35/EZ znanstveno su obradili: Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., *The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law?*, *European Review of Private Law*, vol. 11, br. 4/2003; te: Zaccaria, A., (EC) Directive 2000/35 on Combating Late Payments in Commercial Transactions, *The European Legal Forum (E)*, vol. 5, br. 6/2000-2001, <<http://www.simons-law.com/library/pdf/e/92.pdf>>, 23. rujna 2012. Odnosom Direktive 2000/35/EZ prema Bečkoj konvenciji bavi se: Perales Viscasillas, P., *Late Payment Directive 2000/35 and the CISG*, *Pace International Law Review*, vol. 19, br. 1/2007, <<http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/8>>, 23. rujna 2012. Pojedine odredbe Direktive 2000/35/EZ u kontekstu prijedloga za harmonizaciju i unifikaciju ugovornog prava na području Europske unije analizirane su u: Schulze, R. (ur.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München, Sellier, 2008.

razumjeti doseg primjene odredaba direktive, a ni ocijeniti njezinu implementaciju u odredbe nacionalnih prava.

2.1. Pojam „trgovački ugovor“

Jednako kao i odredbama ranije direktive, odredbama Direktive 2011/7/EU koje uređuju njezino područje primjene određeno je da se primjenjuje na sva plaćanja koja su učinjena kao naknada u „trgovačkim transakcijama“ (*commercial transactions; Geschäftsverkehr*).¹² Kako Direktiva 2011/7/EU iz područja svoje primjene isključuje izvanugovorne obveze te obveze plaćanja iz jednostranih pravnih poslova, proizlazi da pod terminom *transactions* podrazumijeva upravo ugovore.¹³

Pod „trgovačkim ugovorima“ u smislu Direktive 2011/7/EU razumijevaju se ugovori između poduzetnika ili između poduzetnika i osoba javnog prava koji dovode do isporuke robe ili pružanja usluga za naknadu,¹⁴ iz čega pored ograničenja primjene u pogledu subjekata ugovornog odnosa proizlazi da u doseg primjene odredaba direktive nisu svi „trgovački ugovori“, već samo dvostranoobvezni naplatni ugovori koji dovode do isporuke robe ili pružanja usluga za naknadu, neovisno o pojedinim tipovima takvih ugovora.¹⁵ Pri tomu se ne primjenjuje na sve takve ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava, već samo na one ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava, u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze.¹⁶

Važno je primijetiti da je pojam „trgovački ugovor“ prema Direktivi 2011/7/EU po svom sadržaju širi od pojma trgovačkog ugovora u hrvatskom pravu jer obuhvaća ne samo ugovore među trgovcima, već i ugovore koje s trgovcima ili između sebe sklapaju osobe slobodnih zanimanja te ugovore koje s ovima ili s trgovcima sklapaju osobe javnog prava kao dužnici novčanih obveza.¹⁷

2.2. Pojam „novčana obveza“ („dužni iznos“)

Direktiva 2011/7/EU, kao ni ranija Direktiva 2000/35/EZ, ne definira pojam novčane obveze. Novost u odnosu na raniju Direktivu 2000/35/EZ jest definiranje

12 Prema odredbi čl. 1. st. 2. Direktive 2011/7/EU. Navedena odredba u cijelosti odgovara odredbi čl. 1. Direktive 2000/35/EZ.

13 Opširno o pojmu *commercial transactions* iz Direktive 2011/7/EU vidi: Tot, I., Pojam *commercial transactions*..., op. cit. u bilj. 10, str. 1425. – 1430.

14 Prema odredbi čl. 2. st. 1. t. 1. Direktive 2011/7/EU. Navedena definicija u cijelosti odgovara definiciji ovog pojma sadržanoj u odredbi čl. 2. st. 1. t. 1. ranije Direktive 2000/35/EZ. Opširno o trgovačkim ugovorima prema subjektima ugovornog odnosa vidi: *ibid.*, str. 1433. – 1437. O pojmovima „poduzetnik“ i „osoba javnog prava“ u okviru Direktive 2011/7/EU vidi: Tot, I., Pojmovi „poduzetnik“ i „javna vlast“..., op. cit. u bilj. 10, str. 22. – 24., 26. – 28.

15 Tot, I., Pojam *commercial transactions*..., op. cit. u bilj. 10, str. 1441.

16 *Ibid.*, str. 1434.

17 *Ibid.*, str. 1441.

pojma „dužni iznos“ odredbom Direktive 2011/7/EU koja glasi: „dužni iznos je iznos glavnice koji je trebao biti plaćen u ugovorenom ili zakonskom roku plaćanja, uključujući primjenjive poreze, carine, pristojbe i naknade naznačene u računu ili odgovarajućem zahtjevu za plaćanjem.“¹⁸

Prema autorovom mišljenju odredbe Direktive 2011/7/EU odnose se samo na primarnu novčanu obvezu koju je dužnik iz trgovačkog ugovora dužan ispuniti vjerovniku, no ne i na sekundarne novčane obveze koje bi mogle proizlaziti iz trgovačkog ugovora koji potpada pod njezinu primjenu. Stoga ne postoji obveza država članica Europske unije da pri pretvaranju direktive u nacionalno pravo predvide odredbe prema kojima bi, primjerice, kupac imao pravo na zatezne kamate zbog zakašnjenja prodavatelja s plaćanjem ugovorne kazne koja bi bila ugovorena u slučaj prodavateljeva zakašnjenja s isporukom robe kupcu. Da se odredbe Direktive odnose samo na primarnu, glavnu novčanu obvezu dužnika iz trgovačkog ugovora, proizlazi i iz odredbe prema kojoj se ona primjenjuje na sva plaćanja učinjena na ime naknade iz trgovačkog ugovora¹⁹ i iz izraza „iznos glavnice“ sadržanog u definiciji pojma „dužni iznos“.²⁰

Odredbe Direktive 2011/7/EU ne odnose se niti na eventualnu vjerovnikovu tražbinu ugovornih kamata. Naime, vjerovnik novčane obveze može dužniku odobriti odgodu plaćanja naknade kao protučinidbe za isporučenu robu, pod uvjetom da dužnik u ugovorenom roku ispunjenja pored iznosa te naknade vjerovniku plati i iznos ugovornih kamata po ugovorenoj stopi. Ne plati li dužnik u ugovorenom roku ni iznos glavnice niti iznos ugovornih kamata, vjerovnik na neplaćeni iznos ugovornih kamata ne bi mogao obračunati dužniku i zatezne kamate (pod pretpostavkom da je nacionalno pravo usvojilo minimum predviđen Direktivom a ne i za vjerovnika povoljnije rješenje). Navedeno je posljedica odredbe Direktive prema kojoj su države članice dužne u nacionalnom pravu predvidjeti da vjerovnik ima pravo na zatezne kamate ako, među ostalim, nije na vrijeme primio dužni iznos,²¹ a u definiciju dužnog iznosa direktiva ne uključuje i iznos ugovornih kamata. Stoga je obveza isplate ugovornih kamata zasebna činidba

18 Odredba čl. 2. st. 8. Direktive 2011/7/EU. U nacionalnim pravima pri transponiranju Direktive 2011/7/EU propisano je u bitnome istovjetno, pa tako i odredbom čl. 2. st. 1. t. g) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. b) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192, odredbom čl. 3. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., odredbom čl. 7. st. 1. slovenskog ZPreZP-a iz 2012., a u hrvatskom pravu odredbom čl. 3. st. 1. t. 5. ZFPPN-a.

19 Prema odredbi čl. 1. st. 2. Direktive 2011/7/EU.

20 U kontekstu Direktive 2000/35/EZ, stav da se Direktiva primjenjuje samo na primarnu novčanu obvezu, a ne i na sekundarne novčane obveze, odnosno ne i na sekundarne tražbine kao što su tražbine troškova i ugovorne kazne, ističu i: Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 11, str. 388.; Perales Viscasillas, P., La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35: pasado, presente y futuro e impacto en el Derecho Mercantil, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, br. 5/2007, str. 18. Do istoga zaključka u kontekstu odredaba ZRINO-a koje su usvojene po uzoru na odredbe Direktive 2011/7/EU dolazi i: Šafranko, Z., Kritički osvrt..., op. cit. u bilj. 9, str. 464.

21 Prema odredbi čl. 3. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

različita od obveze isplate naknade za isporučenu robu ili pruženu uslugu, odnosno ona je protučinidba za odobrenu odgodu plaćanja, a ne za činidbu predaje robe.

Definiranje pojma „dužnog iznosa“ u odredbama Direktive 2011/7/EU na način da se izriječkom naglasi da su tim pojmom obuhvaćeni i primjenjivi porezi, carine, pristojbe i druge naknade, vjerojatno je posljedica pravnog stajališta koje je u tumačenju Direktive 2000/35/EZ zauzeo Europski sud u predmetu C-172/08.²² Potreba za tumačenjem odredbi Direktive 2000/35/EZ pojavila se pred Europskim sudom u povodu postupka pred talijanskim sudom u kojemu je trgovačko društvo Pontina Ambiente Srl osporavalo novčanu kaznu, koju mu je izrekla nadležna vlast talijanske regije Lazio, zbog zakašnjenja s plaćanjem posebne pristojbe za odlaganje krutog otpada u odlagalište za takav otpad. Navedeni poduzetnik obavljao je djelatnost prikupljanja krutog otpada od tijela lokalne samouprave u regiji Lazio za naknadu, a u zakašnjenje s plaćanjem dužne pristojbe došao je iz razloga što su tijela lokalne samouprave bila u zakašnjenju s plaćanjem dugovane naknade prema njemu. Talijanski propis predviđao je pravo poduzetnika koji obavljaju djelatnost zbrinjavanja krutog otpada da dužnu pristojbu koja se plaća za obavljanje te djelatnosti naknadi od krajnjeg korisnika usluge. No pri tome nije propisivao obvezu takvih krajnjih korisnika da u slučaju zakašnjenja s isplatom naknade plaćene pristojbe plate poduzetniku i zatezne kamate, niti je propisivao krajnjim korisnicima za takvo zakašnjenje novčane kazne kao što je to činio za poduzetnika. Europski sud je, u prethodnom postupku pokrenutom u povodu pitanja talijanskog suda, zauzeo stajalište da i iznosi koje poduzetniku duguju tijela lokalne samouprave na ime naknade dužne pristojbe koju je obavezan platiti poduzetnik potpadaju pod primjenu odredaba Direktive 2000/35/EZ te da je obveza država članica Europske unije da osiguraju, u slučaju zakašnjenja s plaćanjem takve naknade dužne pristojbe, pravo poduzetnika da tijelima lokalne samouprave obračuna i zatezne kamate na tako dugovane iznose.²³

Direktivom 2011/7/EU nije izriječkom propisano da vjerovnik ima pravo zahtijevati ispunjenje dospjele novčane obveze,²⁴ što je i logična posljedica činjenice

22 Presuda Europskog suda od 25. veljače 2010., u predmetu C-172/08, *Pontina Ambiente Srl protiv Regione Lazio*, OJ C 183, 19.7.2008., dostupna i na: <<http://curia.europa.eu/>>, 26. siječanj 2013., dalje u tekstu: presuda *Pontina Ambiente*.

23 Ibid., § 47. Pred Europskim sudom vodio se još jedan postupak koji se temelji a na sličnoj činjeničnoj osnovi kao i predmetu *Pontina Ambiente*, a u kojemu postupku je Europski sud potvrdio svoja pravna stajališta iznesena u presudi *Pontina Ambiente*: presuda Europskog suda od 24. svibnja 2012., u predmetu C-97/11, *Amia SpA u likvidaciji protiv Provincia Regionale di Palermo*, OJ C 200, 7.7.2012, dostupna i na: <<http://curia.europa.eu/>>, 26. siječnja 2013.

24 Primjerice, DCFR sadrži takvu izričitu odredbu u model-pravilu III.-3:301 prema kojem je „vjerovnik ovlašten naplatiti novčanu obvezu koja je dospjela“. Sličnu odredbu sadrži i ECL (EG) u kontekstu prava prodavatelja iz ugovora o kupoprodaji pa se tako u odredbi čl. 134. st. 1. ECL (EG) navodi da je „prodavatelj ovlašten naplatiti cijenu kada je dospjela i zahtijevati ispunjenje bilo koje druge obveze koju je preuzeo kupac“. Takvu u cijelosti identičnu odredbu sadrži i odredba čl. 132. st. 1. CESL-a.

da ona nema horizontalni izravni učinak.²⁵ Međutim, namjera Direktive da obveže države članice Europske unije na priznavanje nacionalnim pravom takvog utuživog subjektivnog prava vjerovnika razvidna je iz njezinih odredbi koje obvezuju države članice da u nacionalnom pravu osiguraju da vjerovnik može pribaviti ovršni naslov radi prisilne naplate svoje tražbine od dužnika unutar Direktivom predviđenog roka.²⁶

2.3. Pojam „rok ispunjenja novčane obveze“

Rok ispunjenja novčane obveze koji se u ugovorima pojavljuje kao uzgredni sastojak ili kao subjektivno bitni sastojak ugovora,²⁷ u pravilu je početni rok (tzv. *dies a quo*) kojim se određuje trenutak ispunjenja novčane obveze na način da se određuje da dužnikova novčana obveza dopijeva na određeni datum ili protekom određenog vremena.²⁸

Rok ispunjenja novčane obveze iz trgovačkog ugovora načelno može biti određen na više načina: zakonom, ugovorom, trgovačkim običajem ili praksom koju su trgovci međusobno razvili. Zakonski rok ispunjenja novčane obveze može biti određen prisilnim odredbama propisa koje ugovorne strane ne mogu isključiti od primjene ili dispozitivnim odredbama propisa koje će se primijeniti, samo ako

25 Horizontalni izravni učinak je takav učinak sekundarnog prava Europske unije koji omogućuje pojedincima da subjektivna prava ostvaruju u horizontalnom odnosu, odnosno protiv drugih pojedinaca, izravnim pozivanjem na odredbe sekundarnog prava Europske unije. Takav učinak u pravu Europske unije imaju uredbe, no ne i direktive (o tome vidi više u: Čapeta, T. i Rodin, S., Osnove prava Europske unije, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 54. - 56., 65. - 67.; Rodin, S. i Čapeta, T. (ur.), Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu, Zagreb, Pravosudna akademija, 2008., str. 14., 29. - 30., 32. - 34.).

26 Odredbe čl. 10. Direktive 2011/7/EU.

27 Uzgredni (nuzgredni, sporedni) sastojci pravnog posla su takvi sastojci koji vrijede samo ako ih ugovore strane (Klarić, P. i Vedriš, M., Građansko pravo, Zagreb, Narodne novine, 2009., str. 114.), odnosno takvi sastojci za čije postojanje u ugovoru je nužno da se strane suglase, a ako se ne suglase, ne postoje dispozitivne odredbe propisa koje bi se primjenjivale umjesto njih (Slakoper, Z., Gorenc, V. i Bukovac Puvača, M., Obvezno pravo – Opći dio – Sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Zagreb, Novi informator, 2009., str. 244. – 245.). Subjektivno bitan sastojak ugovora može biti svaki sastojak ugovora koji je za jednu ugovornu stranu toliko važan da bez njezina izvršenja u sadržaj ugovora ta strana taj ugovor ne bi sklopila, a druga se s time suglasi (Slakoper, Z. i dr., op. cit. u ovoj bilj., str. 243).

28 Vizner rok ispunjenja novčane obveze klasificira kao suspenzivni rok (Vizner, B., Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, Riječka tiskara, 1978., str. 1194.). Klarić i Vedriš ne rabe izraz suspenzivni rok, ali početne rokove definiraju kao rokove kojima se učinak pravnog posla ograničava s vremenom tako da učinak pravnog posla nastaje tek od određenog vremena, iz čega se može zaključiti da ovi autori poistovjećuju pojam suspenzivnog i početnog roka (Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 27, str. 124.). Slakoper ističe kako je suspenzivne rokove potrebno razlikovati od početnih jer se prvima vremenski ograničavaju učinci ugovora (npr. ugovor o kupoprodaji stupa na snagu protekom 15 dana od njegova sklapanja), a drugima se određuje vrijeme ispunjenja ugovornih obveza (npr. kupac je dužan platiti cijenu u roku od 15 dana od sklapanja ugovora o kupoprodaji) – Slakoper, Z. i dr., op. cit. u bilj. 27, str. 249. – 250. Autor rada priklanja se posljednje navedenom stajalištu.

ugovorne strane nisu drukčije odredile ugovorom, odnosno ako drukčije ne proizlazi iz trgovačkog običaja ili prakse koju su trgovci međusobno razvili.

Direktiva 2011/7/EU, kao i ranija Direktiva 2000/35/EZ, rokove ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkih ugovora također uređuje kao početne rokove kojima se određuje trenutak ispunjenja novčane obveze na način da dužnikova novčana obveza dospijeva protekom određenog vremena.²⁹

Za razliku od ranije Direktive 2000/35/EZ koja je rokove ispunjenja novčanih obveza određivala u „danima“, nova Direktiva 2011/7/EU izriječno govori o „kalendarskim danima“.³⁰ Naizgled se iz isticanja izraza „kalendarski“ čini da bi rok ispunjenja novčane obveze istjecao protekom dana kojim završava računanje roka, neovisno o tomu pada li posljednji dan roka u neradni dan ili u radni dan. Međutim, preambula Direktive ističe da se zakonske zatezne kamate trebaju računati u skladu s Uredbom br. 1182/71,³¹ a prema odredbama te uredbe, pada li posljednji dan roka na državni praznik, u subotu ili nedjelju, rok će proteći istekom posljednjeg sata sljedećeg radnog dana.³² Kako početak razdoblja zakašnjenja dužnika za koje vjerovnik ima pravo potraživati zatezne kamate izravno ovisi o isteku roka ispunjenja novčane obveze, potrebno je uzeti da se odredbe Uredbe 1182/71 imaju primijeniti i na računanje roka ispunjenja novčane obveze.

Za razliku od ranije Direktive 2000/35/EZ koja je rokove ispunjenja novčanih obveza propisivala jednako za ugovore među poduzetnicima i ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava, Direktiva 2011/7/EU različito regulira rokove ispunjenja novčanih obveza u tim dvjema kategorijama trgovačkih ugovora.³³

3. UREĐUJE LI DIREKTIVA 2011/7/EU ZAKONSKE ROKOVE ISPUNJENJA NOVČANIH OBVEZA ILI „ROKOVE DOSPIJEĆA ZATEZNIH KAMATA“?

Ranija Direktiva 2000/35/EZ određuje da je, ako je rok ispunjenja novčane obveze određen trgovačkim ugovorom, vjerovnik novčane obveze ovlašten zahtijevati zatezne kamate zbog zakašnjenja s plaćanjem od dana koji dolazi nakon isteka „roka plaćanja utvrđenog u ugovoru“.³⁴ Ako rok ispunjenja novčane obveze nije određen ugovorom, prema Direktivi „kamate su plative automatski bez potrebe za

29 I to protekom 30, odnosno 60 kalendarskih dana, o čemu će više biti riječ *infra* u poglavljima 4. i 5. rada.

30 Usp. odredbu čl. 3. st. 1. t. b) (i) Direktive 2000/35/EZ i odredbu čl. 3. st. 3. t. b) (i) Direktive 2011/7/EU.

31 Prema odredbi točke 15. preambule Direktive 2011/7/EU.

32 Prema odredbi čl. 3. st. 4. Uredbe Vijeća (EEZ, Euratom) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila koja se primjenjuju na razdoblja, dane i rokove (*Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of the Council of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits*), OJ L 124, 8.6.1971.

33 Usp. odredbe čl. 3. Direktive 2000/35/EZ i odredbe čl. 3. i 4. Direktive 2011/7/EU.

34 Prema odredbi čl. 3. st. 1. t. a) Direktive 2000/35/EZ.

opomenom“ po isteku rokova predviđenih direktivom.³⁵ Na prvi pogled proizlazi iz odredaba Direktive 2000/35/EZ da Direktiva ne uređuje ni ugovorne ni zakonske rokove ispunjenja primarne novčane obveze, već da se njome samo propisuje, odnosno nalaže državama članicama propisati u nacionalnom pravu, rokove protekom kojih dospijevaju zatezne kamate na koje je vjerovnik ovlašten u slučaju zakašnjenja s plaćanjem primarne novčane obveze koje će nastupiti protekom roka ispunjenja primarne novčane obveze.

Navedeno i jest gledište pojedinih autora koji su tumačeći odredbe Direktive 2000/35/EZ izvodili zaključak da ne uređuje pitanje kada dospijeva novčana obveza već da samo utvrđuje u kojem trenutku dospijevaju zatezne kamate zbog čega nacionalna prava „mogu i dalje razlikovati dan dospijeca glavne tražbine od dana dospijeca zateznih kamata.“³⁶ Ovo gledište načelno dopušta mogućnost i da su zatezne kamate dospjele ranije negoli je dospjela primarna novčana obveza na koju se zatezne kamate imaju obračunati.

Međutim, s obzirom na to da prije dana „dospijeca zateznih kamata“ dužnik nije u zakašnjenju s ispunjenjem novčane obveze, direktiva je određujući „rokove plativosti zateznih kamata“ zapravo barem na posredan način uredila i rokove ispunjenja primarne novčane obveze. Istekom roka ispunjenja, novčana obveza dospijeva na naplatu, pa od sljedećeg dana po isteku roka ispunjenja novčane obveze počinju teći zatezne kamate zbog zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze. Kao što to ispravno ističu pojedini autori, „ako opomena više nije potrebna, to je upravo zbog toga što je obveza dospjela“, pa stoga određivanjem da su kamate plative po isteku određenog roka Direktiva „odgađa jedino trenutak u kojem sama obveza dospijeva.“³⁷ Sama odredba Direktive o nepostojanju potrebe za opomenom izraz je načela *dies interpellat pro homine* koje potječe iz rimske pravne tradicije, a znači da rok ispunjenja obveze opominje sam po sebi zbog čega nije potrebno posebno podsjećati dužnika na njegovu obvezu i potrebu njenog ispunjenja.

Većina stranih autora koji su se bavili analizom odredaba Direktive 2000/35/EZ ne dvoji oko toga uređuje li ona rokove ispunjenja primarne novčane obveze ili rokove plativosti zateznih kamata: oni govore isključivo o rokovima plaćanja, odnosno rokovima ispunjenja primarne novčane obveze.³⁸

35 Prema odredbi čl. 3. st. 1. t. b) Direktive 2000/35/EZ.

36 Takav zaključak izvode Schulte-Braucks i Ongena (Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 11, str. 530.). Na tragu istoga zaključka je i Zaccaria koji drži da se zakonski rokovi Direktive odnose na određivanje dana dospijeca zateznih kamata te smatra da direktiva pruža dužniku odgovornom za povredu ugovora vrijeme od 30 dana u kojemu dužnik ne snosi nikakve pravne posljedice (Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 11, str. 388. - 389.).

37 Perales Viscasillas, P., op. cit. u bilj. 11, str. 134.

38 Vidi, primjerice: McCormack, G., Retention of Title and the EC Late Payment Directive, *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 1, br. 2/2001, str. 502.; Milo, J. M., Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title, *European Review of Private Law*, vol. 10, br. 3/2003, str. 381.; Riesenhuber, K., *Europäisches Vertragsrecht*, Berlin, De Gruyter, 2006., str. 286. – 287.; Schmidt-Kessel, M., *Zahlungsverzug im Handelsverkehr – ein neuer Richtlinienentwurf*, *JuristenZeitung*, vol. 53, br. 23/1998, str. 1138.

Međutim, nespretno sročena odredba ranije direktive uzrokovala je poteškoće u njenom transponiranju u odredbe nacionalnog prava država članica. Tako su neke države članice svojim propisima uredile dva različita roka: jedan protekom kojega novčana obveza dospijeva na naplatu, te drugi koji počinje teći od dana dospijeca novčane obveze a protekom kojeg dospijevaju zatezne kamate za zakašnjenje s ispunjenjem dospjele novčane obveze.³⁹ Na taj način nacionalni propisi su legalizirali zakašnjenje dužnika za određeno vremensko razdoblje nakon dospijeca novčane obveze za koje dužnik prema propisu nije dužan vjerovniku plaćati zatezne kamate, stvarajući određenu zakonsku odgodu nastupanja učinaka zakašnjenja dužnika.⁴⁰

Direktiva 2011/7/EU, istovjetno pristupu ranije Direktive 2000/35/EZ, određuje da je, ako je rok ispunjenja novčane obveze određen ugovorom među poduzetnicima, vjerovnik novčane obveze ovlašten zahtijevati zatezne kamate zbog zakašnjenja s plaćanjem od dana koji dolazi nakon isteka „roka plaćanja utvrđenog u ugovoru“.⁴¹ Direktiva 2011/7/EU također propisuje da je vjerovnik ovlašten na zatezne kamate „bez potrebe za opomenom“,⁴² a da je vjerovnik, ako rok ispunjenja novčane obveze nije određen ugovorom među poduzetnicima, „ovlašten na zatezne kamate po isteku rokova“ određenih Direktivom.⁴³ Direktiva 2011/7/EU nalaže

39 Na taj način Direktiva je transponirana u odredbe španjolskog i belgijskog prava (Perales Viscasillas, P., op. cit. u bilj. 11, str. 132.).

40 Dok do ove zakonske odgode učinaka zakašnjenja dužnika s plaćanjem nije došlo u slovenskom i hrvatskom pravu, u talijanskom pravu ona je rezultat transponiranja Direktive 2000/35/EZ koje je izvršeno na način da su Zakonodavnim dekretom br. 231 uređeni zakonski rokovi od 30 dana protekom kojih je vjerovnik ovlašten zahtijevati zatezne kamate zbog zakašnjenja dužnika. Prema tom uređenju, ako ugovorom nije određen rok ispunjenja primarne novčane obveze iz ugovora, neovisno o tomu kada je ta obveza dospjela, pa i onda kada je dospjela u trenutku kada je vjerovnik novčane obveze ispunio svoju nenovčanu obvezu, vjerovnik novčane obveze neće imati pravo na zatezne kamate od trenutka dužnikova pada u zakašnjenje, nego tek protekom zakonskog roka od 30 dana od kada je dužnik primio račun (prema odredbama čl. 4. st. 1. i 2. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, a istovjetno proizlazi i nakon što su ove odredbe izmijenjene radi usklađivanja s Direktivom 2011/7/EU odredbom čl. 1. st. 1. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192). Pojedini talijanski autori, doduše, ističu da su, makar Zakonodavni dekret br. 231 uređuje zakonske rokove dospijeca zateznih kamata, zatezne kamate posljedica dužnikova zakašnjenja do kojega dolazi neispunjenjem novčane obveze u roku, pa da se pod zakonskim rokovima protekom kojih vjerovnik ima pravo na zatezne kamate imaju razumjeti zakonski rokovi u kojima je dužnik dužan ispuniti svoju novčanu obvezu na koju se zatezne kamate obračunavaju (vidi, primjerice: Chessa, C., *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, *Rivista di diritto civile*, vol. 6, dio I., br. 4/2006, str. 441.). Do istovjetne situacije doći će i u finskom pravu koje je također pri transponiranju Direktive 2000/35/EZ zakonom uredilo zakonske rokove dospijeca zateznih kamata, a ne zakonske rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza iz trgovačkih ugovora, odredbom čl. 6. st. 1. finskog Zakona o kamatama (*Korkolaki*, Suomen Säädoskokoelma br. 633/82., s posljednjim amandmanom u br. 846/09.; dalje u tekstu: finski ZK).

41 Prema odredbi čl. 3. st. 3. t. a) Direktive 2011/7/EU.

42 Prema odredbama čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

43 Prema odredbi čl. 3. st. 3. t. b) Direktive 2011/7/EU.

državama članicama i obvezu da za ugovore među poduzetnicima, u nacionalnom pravu osiguraju da „u ugovoru određeni rok plaćanja ne prelazi 60 kalendarskih dana“.⁴⁴ U vezi s ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, Direktiva 2011/7/EU određuje da su države članice dužne osigurati da u takvim ugovorima „rok plaćanja nije duži od rokova“ određenih Direktivom.⁴⁵

Nije sporno da se Direktivom 2011/7/EU uređuju rokovi ispunjenja novčanih obveza u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava, kao ni da uređuje najduže trajanje ugovornog roka ispunjenja novčane obveze u ugovorima među poduzetnicima, a da se pod tim rokovima podrazumijeva upravo vrijeme dospijeva primarna novčana obveza dužnika iz tih ugovora, odnosno obveza dužnika na plaćanje naknade kao protučinidbe za vjerovnikovu činidbu isporuke robe ili pružanja usluga. Međutim, iz istih razloga kao i u pogledu Direktive 2000/35/EZ, upitno je uređuje li Direktiva 2011/7/EU za ugovore među poduzetnicima zakonske rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza ili samo zakonske „rokove dospijeca zatezних kamata“, odnosno rokove po isteku kojih će vjerovnik prema zakonu biti ovlašten na zatezne kamate. Autor se i ovdje priklanja stajalištu da Direktiva 2011/7/EU uređuje upravo zakonske rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza, a ne tek zakonske rokove dospijeca zatezних kamata, tim više što jedan od glavnih argumenata za oprečno stajalište u kontekstu odredaba Direktive 2011/7/EU uopće ne vrijedi.

Naime, autori koji smatraju da ranijom Direktivom 2000/35/EZ nije bilo uređeno pitanje dospijeca primarne novčane obveze, nego samo pitanje dospijeca zatezних kamata ističu da i u kontekstu Direktive vrijedi pravilo prema kojemu u slučaju sumnje tražbine iz dvostranoobveznih ugovora dospijevaju odjednom,⁴⁶ odnosno istodobno. Stoga prema tim autorima, ako rok ispunjenja novčane obveze nije određen ugovorom, novčana obveza dospijeva u trenutku kad je vjerovnik ispunio svoju nenovčanu obvezu isporuke robe ili pružanja usluga, a Direktivom se samo pomiče trenutak od kojega teku zatezne kamate s dana koji slijedi danu dospijeca dužnikove novčane obveze na dan koji slijedi isteku zakonskog roka dospijeca zatezних kamata od 30 dana. Međutim, ne samo da ovakvo tumačenje, koje dužniku novčane obveze daje određeni *grace period* u kojemu on nije dužan platiti zatezne kamate, iako se nalazi u zakašnjenju s ispunjenjem primarne novčane obveze, nije nimalo u skladu s ciljevima Direktive 2011/7/EU kojom se nastoje suzbiti negativni učinci zakašnjenja s plaćanjem i zaštititi vjerovnika novčane obveze, već ni pravilo istodobnog ispunjenja obveza iz dvostranoobveznih ugovora Direktivom uopće nije prihvaćeno. To je vidljivo iz definicije pojma „zakašnjenje s plaćanjem“ prema kojemu će o zakašnjenju s plaćanjem u trgovačkim ugovorima biti riječ ako plaćanje „nije izvršeno unutar ugovorenog ili zakonskog roka plaćanja

44 Prema odredbi čl. 3. st. 5. Direktive 2011/7/EU.

45 Prema odredbi čl. 4. st. 3. t. a) Direktive 2011/7/EU.

46 Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 11, str. 530.

kada su ispunjeni uvjeti propisani člankom 3(1) i člankom 4(1)⁴⁷, a prvi uvjet koji mora biti ispunjen da bi se prema Direktivi 2011/7/EU radilo o zakašnjenju s plaćanjem jest da je vjerovnik ispunio svoje ugovorne i zakonske obveze.⁴⁸ Kako nastanak zakašnjenja s plaćanjem ovisi o tome je li vjerovnik ispunio svoje obveze, iz Direktive 2011/7/EU je jasno vidljivo da ako vjerovnik novčane obveze nije prethodno ispunio svoju nenovčanu obvezu, neće nastati ni zakašnjenje dužnika, premda dužnik također nije ispunio svoju novčanu obvezu u ugovorenom ili zakonskom roku ispunjenja. Stoga je vidljivo da pravilo istodobnog ispunjenja u kontekstu Direktive 2011/7/EU ne vrijedi jer se direktivom očekuje od država članica da u nacionalnom pravu predvide da se činidba vjerovnika novčane obveze iz dvostranoobveznog ugovora uvijek mora ispuniti prije činidbe dužnika novčane obveze.⁴⁹

Odredbe Direktive 2011/7/EU, kao i odredbe ranije Direktive 2000/35/EZ, potrebno je interpretirati ne samo usko, gramatički, već i teleološki u skladu s ciljevima koji se njima žele postići. Kako je cilj Direktive 2011/7/EU „suzbiti zakašnjenje s plaćanjem u trgovačkim ugovorima kako bi se osiguralo pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta i time poticala konkurentnost poduzetnika, a posebice malih i srednjih poduzetnika“,⁵⁰ ostvarenje toga cilja bilo bi narušeno tumačenjem prema kojemu Direktiva ne uređuje rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza, već samo „rokove dospijeća zateznih kamata“. Naime, takvo tumačenje ima za posljedicu da dužnik koji se nalazi u zakašnjenju s ispunjenjem svoje novčane obveze nije dužan vjerovniku platiti zatezne kamate kroz određeno zakonsko razdoblje. Takva zakonska odgoda nastupanja učinaka zakašnjenja s plaćanjem bila bi rješenje koje je *in favorem debitoris*. Direktive je sasvim suprotan. Stoga se autor rada priklanja mišljenju pojedinih autora da su Direktivom 2011/7/EU i Direktivom 2000/35/EZ uređeni upravo zakonski rokovi ispunjenja primarnih novčanih obveza iz trgovačkih ugovora jer je jedino takvo tumačenje u cijelosti u skladu sa svrhom i ciljevima koje direktive nastoje ostvariti.

Prema tomu, Direktiva 2011/7/EU sadrži odredbe koje obvezuju države članice Europske unije da u nacionalnom pravu predvide zakonski rok ispunjenja novčane obveze koji će se primjenjivati u slučajevima kada ugovorne strane u ugovoru među poduzetnicima, odnosno u ugovoru između poduzetnika i osobe javnog prava, nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze.⁵¹ Direktiva 2011/7/EU nalaže državama članica da u svojem nacionalnom pravu urede zakonski rok ispunjenja novčane obveze dispozitivnim odredbama, a ne odredbama koje bi bile kogentnog karaktera. Postavljanjem modela u skladu s kojim bi trebale glasiti dispozitivne

47 Odredba čl. 2. st. 1. t. 4. Direktive 2011/7/EU.

48 Prema odredbama čl. 3. st. 1. t. a) i čl. 4. st. 1. t. a) Direktive 2011/7/EU.

49 Vidi o tome opširnije u: Tot, I., Pojam i pravne posljedice..., op. cit. u bilj. 10, str. 774. – 775. Da pravilo istodobnog ispunjenja obveza u dvostranoobveznim ugovorima nije prihvaćeno Direktivom 2000/35/EZ navode i: Reisenhuber, K., op. cit. u bilj. 38, str. 287.; Schmidt-Kessel, M., op. cit. u bilj. 38, str. 1138.

50 Prema odredbi čl. 1. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

51 Prema odredbama čl. 3. st. 3. i čl. 4. st. 3. i 6. Direktive 2011/7/EU.

odredbe o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze, koji bi trebale propisati države članice pri transponiranju Direktive 2011/7/EU, postiže se harmonizacija dispozitivnih odredaba nacionalnih prava država članica, što je samo po sebi već specifičnost u pravu Europske unije. Naime, u pravu Europske unije predmetom harmonizacije su u pravilu kogentne odredbe nacionalnih prava jer je uvriježeno mišljenje da, načelno, samo kogentne odredbe nacionalnih prava mogu predstavljati prepreku pravilnom funkcioniranju zajedničkog europskog unutarnjeg tržišta.⁵²

Odredbe ranije Direktive 2000/35/EZ također su obvezivale države članice Europske unije da u svojim nacionalnim pravima predvide dispozitivne odredbe o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze.⁵³ Da je riječ o dispozitivnim, a ne kogentnim normama, izrijeком je potvrdio i Europski sud u predmetu C-380/06,⁵⁴ istaknuvši da se zakonski rok ispunjenja predviđen Direktivom 2000/35/EZ, odnosno nacionalnim propisom usvojenim u transponiranju te Direktive, ima primijeniti samo ako ugovorne strane nisu odredile rok ispunjenja ugovorom.⁵⁵

Odredbe Direktive 2011/7/EU, kao i ranije Direktive 2000/35/EZ, o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze predstavljaju odstupanje od pravila istodobnog ispunjenja koje poznaju nacionalna prava država članica Europske unije,⁵⁶

52 Cornelis, J. W. B., Late Payments: Case: ECJ – 01051 Telecom, European Review of Contract Law, vol. 5, br. 2/2009, str. 135. Opširnije o harmonizaciji dispozitivnih privatnopravnih normi nacionalnih prava država članica Europske unije, vidi u: Hesselink, M. W., Non-Mandatory Rules in European Contract Law, European Review of Contract Law, vol. 1, br. 1/2005; Storme, M. E., Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law, Juridica International, vol. 11, 2006.

53 Prema odredbi čl. 3. st. 1. t. b) Direktive 2000/35/EZ.

54 Presuda Europskog suda od 11. prosinca 2008., u predmetu C-380/06, *Europska komisija protiv Kraljevine Španjolske*, OJ C 32, 7.2.2009., dostupna i na: <<http://curia.europa.eu/>>, 26. siječnja 2013.

55 Ibid., prema §§ 17., 18. i 24. presude.

56 Pravilo istodobnog ispunjenja u dvostranoobveznim ugovorima koje je dispozitivne naravi sadržano je, primjerice, u odredbama: § 320. njemačkoga Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch* u inačici od 2. siječnja 2002., Bundesgesetzblatt I, br. 2/02., s posljednjom izmjenom od 10. svibnja 2012., Bundesgesetzblatt I, br. 21/12., dalje u tekstu: BGB); čl. 1612. francuskoga Građanskog zakonika (*Code Civil* u inačici prema pročišćenom tekstu od 2. lipnja 2012., dostupnom na <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, 28. rujana 2012., dalje u tekstu: francuski CC); §§ 1052. i 1062. austrijskog Općeg građanskog zakonika (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, Justizgesetzsammlung br. 946/1811., s posljednjom izmjenom od 11. siječnja 2013., Bundesgesetzblatt I br. 15/2013.; dalje u tekstu: ABGB); čl. 1460. talijanskoga Građanskog zakonika (*Codice Civile*, Gazzetta ufficiale br. 79/42., s posljednjom izmjenom od 14. veljače 2006., Gazzetta ufficiale br. 55/06.; dalje u tekstu: talijanski CC); čl. 6.58 litvanskoga Građanskog zakonika (*Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas*, Valstybės žinios br. 74-2262/00., s posljednjom izmjenom od 19. svibnja 2012., Valstybės žinios br. 57-2828/12.; dalje u tekstu: litvanski CK) te čl. 101. slovenskog Obligacijskog zakonika (*Obligacijski zakonik*, Uradni list Republike Slovenije br. 83/01., 32/04., 28/06., 29/07., 40/07., 97/07. i 30/10.; dalje u tekstu: slovenski OZ). Također, ono je sadržano i u hrvatskom pravu u odredbi čl. 358. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05., 41/08. i 125/11.; dalje u tekstu: ZOO). O pravilu istodobnog ispunjenja vidi više u: Klarić, P. i Vedriš, M., op. cit. u bilj. 27, str. 469.; Gorenc, V. (ur.), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, RRiF Plus, 2005., str. 533. – 535.; Slakoper, Z. i dr., op. cit. u bilj. 27, str. 542. – 543.; Vizner, B., op. cit. u bilj. 28, str. 493. – 502.

a koje u kontekstu Direktive 2011/7/EU, odnosno ranije Direktive 2000/35/EZ ne vrijedi jer se direktivama očekuje od država članica da u nacionalnom pravu predvide, da se činidba vjerovnika novčane obveze iz dvostranoobveznog ugovora mora ispuniti prije činidbe dužnika novčane obveze.⁵⁷

Direktiva 2011/7/EU nalaže državama članicama da u nacionalnom pravu kao pravilo predvide zakonski rok ispunjenja novčanih obveza iz trgovačkog ugovora u trajanju od 30 kalendarskih dana, a iznimno dopušta državama članicama da u pojedinim posebnim slučajevima u nacionalnom pravu predvide i duži zakonski rok ispunjenja novčanih obveza, i to u trajanju od 60 kalendarskih dana, o čemu će više biti riječ u sljedeća dva dijela ovog poglavlja.

4. ZAKONSKI ROK ISPUNJENJA NOVČANE OBVEZE OD 30 KALENDARSKIH DANA

Direktivom 2011/7/EU je i za ugovore među poduzetnicima i za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze predviđen istovjetan zakonski rok ispunjenja novčane obveze,⁵⁸ a to je zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana koji počinje teći od: dana kada je dužnik primio račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem; ili od dana kada je dužnik primio robu ili uslugu, ako je neizvjestan dan primitka računa ili jednakovrijednog zahtjeva za plaćanjem; ili od dana primitka robe ili usluge, ako je dužnik račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem primio ranije negoli robu ili uslugu; ili od dana kada je dovršen postupak prihvata ili provjere kojim se utvrđuje usklađenost robe ili usluge s ugovorom, ako je zakonom ili ugovorom predviđen takav postupak i ako je dužnik primio račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem toga dana ili prije toga dana.

U bitnome istovjetan zakonski rok ispunjenja novčane obveze bio je predviđen i ranijom Direktivom 2000/35/EZ.⁵⁹ Uz razliku što je ranija direktiva zakonski rok ispunjenja novčane obveze određivala u „danima“, bez isticanja izraza „kalendarski“. ⁶⁰ Bitno je istaknuti i da su se odredbe ranije direktive primjenjivale jednako i na ugovore među poduzetnicima i na sve ugovore između poduzetnika i osobe javnog prava, neovisno o tomu je li dužnik novčane obveze u takvim ugovorima poduzetnik ili osoba javnog prava.

S obzirom na to da su ugovori između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima su poduzetnici dužnici novčane obveze potpadali pod primjenu odredaba ranije direktive koja će prestati važiti istekom roka za transponiranje Direktive 2011/7/EU u nacionalna prava država članica, a da istovremeno ne ulaze u doseg primjene odredaba Direktive 2011/7/EU, postavlja se pitanje koji će se pravni

57 Vidi o tome više *supra* u bilj. 49 i tamo navedenoj literaturi.

58 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b) i čl. 4. st. 3. t. a) Direktive 2011/7/EU.

59 Prema odredbama čl. 3. st. 1. t. b) Direktive 2000/35/EZ.

60 O ovome je već bilo riječ *supra* u bilj. 30 - 32 i tekstu rada vezanom uz navedene bilješke.

režim u pogledu zakonskog roka ispunjenja novčane obveze u takvim ugovorima primjenjivati nakon prestanka važenja Direktive 2000/35/EZ. Mišljenje autora je da opozivom Direktive 2000/35/EZ ne prestaju obveze država članica da pretvore u odredbe nacionalnog prava one odredbe Direktive 2000/35/EZ koje se nisu mijenjale donošenjem nove Direktive 2011/7/EU. U prilog ovom shvaćanju govori i prijelazna odredba Direktive 2011/7/EU prema kojoj se Direktiva 2000/35/EZ ukida s učinkom od 16. ožujka 2013., ne isključujući obveze država članica u pogledu roka za njezino transponiranje u nacionalno pravo i njezine primjene.⁶¹ Također, i u preambuli Direktive 2011/7/EU navodi se da je „obveza pretvaranja ove Direktive u nacionalno pravo ograničena na one odredbe koje predstavljaju temeljne izmjene u usporedbi s Direktivom 2000/35/EZ“, dok „obveza provedbe neizmijenjenih odredbi proizlazi iz Direktive 2000/35/EZ“. ⁶² Stoga autor drži da su države članice Europske unije i nakon opoziva Direktive 2000/35/EZ, u pogledu ugovora između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima su poduzetnici dužnici novčane obveze, obvezne zadržati u nacionalnom pravu odredbe donesene u provedbi Direktive 2000/35/EZ, kojima se i za takve ugovore propisuje zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 dana.⁶³

Potrebno je posebno razmotriti odredbe Direktive 2011/7/EU kojima se određuje početak tijeka zakonskog roka ispunjenja novčane obveze, te odgovoriti na pitanje zašto se Direktiva opredjeljuje na trajanje toga roka upravo u razdoblju od 30 kalendarskih dana, kao i je li propisivanje zakonskih rokova ispunjenja novčanih obveza uopće prihvatljivo, a čime se bave idući dijelovi ovoga odjeljka.

4.1. Određivanje početka tijeka zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana

Direktivom 2011/7/EU, na način istovjetan onome iz ranije Direktive 2000/35/EZ, početak tijeka zakonskog roka ispunjenja novčane obveze određen je različito, ovisno o mogućim okolnostima pojedinog slučaja, pa tako zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana počinje teći od dana u koji pada jedan od tri različita događaja: primitak računa ili jednakovrijednog zahtjeva za plaćanjem, primitak robe ili usluge, odnosno dovršetak postupka prihvata ili provjere kojim se utvrđuje usklađenost robe ili usluge s ugovorom.

61 Odredba čl. 13. st. 1. Direktive 2011/7/EU.

62 Odredba točke 37. preambule Direktive 2011/7/EU.

63 U hrvatskom pravu, ZRINO i ZFPPN su i za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima su poduzetnici dužnici novčanih obveza primijenili pravni režim uspostavljen za ugovore među poduzetnicima (prema odredbi čl. 3. st. 3. ZRINO-a, odnosno čl. 12. st. 7. ZFPPN-a).

4.1.1. Dan primitka računa ili jednakovrijednog zahtjeva za plaćanjem

Zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana u pravilu će početi teći od dana kada je dužnik primio račun ili drugi jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem.⁶⁴

Direktiva ne određuje pobliže što bi to bio „jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem“ (*equivalent request for payment; gleichwertigen Zahlungsaufforderung*), no čini se iz njezinih odredbi da bi takav zahtjev morao biti usporediv s računom i vrijediti kao i račun. To se odnosi kako na oblik zahtjeva za plaćanjem i na sadržaj jer bi takav zahtjev za plaćanjem da bi bio jednakovrijedan računu trebao sadržavati sve što zahtijevaju nacionalni propisi o porezu na dodanu vrijednost, odnosno direktive Europske unije o porezu na dodanu vrijednost.⁶⁵ Uporaba izraza „jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem“ u tekstu Direktive čini se stoga suvišnom.⁶⁶

Zakonski rok ispunjenja novčane obveze počinje teći od dana kada je dužnik primio račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem. Vjerovniku novčane obveze zasigurno bi više u prilog bilo rješenje prema kojemu bi navedeni rok počinjao teći od dana kada je vjerovnik poslao račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem,⁶⁷ s

64 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b) (i) i čl. 4. st. 3. t. a) (i) Direktive 2011/7/EU, koje su u bitnome istovjetne s odredbom čl. 3. st. 1. t. b) (i) Direktive 2000/35/EZ. Istovjetna odredba sadržana je i u čl. 173. st. 2. a) ECL (EG) te u čl. 168. st. 2. t. a) CESL-a.

65 Riječ je o Direktivi Vijeća 2006/112/EZ od 28. studenog 2006. o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost (*Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax*), OJ L 347, 11.12.2006., te o Direktivi Vijeća 2010/45/EU od 13. srpnja 2010. kojom se mijenja Direktiva Vijeća 2006/112/EZ o zajedničkom sustavu poreza na dodanu vrijednost u pogledu pravila o izdavanju računa (*Council Directive 2010/45/EU of 13 July 2010 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the rules on invoicing*), OJ L 189, 22.7.2010.

66 Sličan zaključak iznosi Zaccaria koji smatra da bi iz direktive trebalo izostaviti izraz „račun“ te koristiti samo izraz „zahtjev za plaćanjem“ ili, kao alternativu za izraz „račun“, izraz „zahtjev za plaćanjem sa sadržajem jednakim računu“ (Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 11, str. 390.). U odredbama ECL (EG) i CESL slijedi se rješenje Direktive 2011/7/EU te se također govori o „računu ili jednakovrijednom zahtjevu za plaćanjem“ (prema odredbama čl. 173. st. 2. a) ECL (EG) i čl. 168. st. 2. t. a) CESL-a). Zanimljivo rješenje sadrži odredba čl. 4. st. 2. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 koja umjesto o „računu ili jednakovrijednom zahtjevu za plaćanjem“ govori o „računu ili zahtjevu za plaćanjem jednakovrijednog sadržaja“, naglašavajući na taj način da svaki račun ne predstavlja ujedno i zahtjev za plaćanjem. Odredba je zadržana u istome obliku i nakon izmjena i dopuna talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 izvršenih radi transponiranja Direktive 2011/7/EU u talijansko pravo što je učinjeno Zakonodavnim dekretom br. 192. Slovenski zakonodavac se odredbom čl. 3. slovenskog ZPreZP-a iz 2011. opredijelio za izraz „račun ili druga jednakovrijedna isprava koja u skladu s poslovnom praksom predstavlja zahtjev za plaćanjem“. Istovjetni izraz sadržan je i u odredbi čl. 7. st. 1. novog slovenskog ZPreZP-a iz 2012. Hrvatski ZRINO i ZFPPN rabe izraz „račun ili drugi odgovarajući zahtjev za isplatu“ (prema odredbi čl. 2. st. 4. t. 1. ZRINO-a, odnosno čl. 11. st. 4. t. 1. ZFPPN-a).

67 Zamjenu izraza dan primitka računa s izrazom dan slanja računa dužniku predlagao je i Europski gospodarski i socijalni odbor u točki 5.4. svog mišljenja o prijedlogu Direktive (Mišljenje Europskoga gospodarskog i socijalnog odbora o „Prijedlogu Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (preinaka)

obzirom na to da rješenje Direktive prebacuje na vjerovnika teret dokazivanja da je dužnik primio račun i kada je račun primio. Naime, navedeni rok u svakom slučaju počinje teći nakon što je vjerovnik već ispunio svoju ugovornu obvezu,⁶⁸ stoga bi bilo opravdano i više u skladu s ciljevima direktive početak roka ispunjenja novčane obveze urediti u korist vjerovnika na način da navedeni rok počne teći od dana koji dolazi ranije danu primitka računa.

Direktiva 2011/7/EU ne nalaže državama članicama da nacionalnim propisom ograniče stranačku autonomiju tako da onemoguće sporazum ugovornih strana u ugovoru među poduzetnicima o datumu primitka računa, odnosno datumu slanja računa. Takav sporazum mogao bi osujetiti ostvarenje svrhe odredbe o zakonskom roku ispunjenja računa. Naime, dužnik novčane obveze u ugovoru među poduzetnicima kojim nije određen rok za ispunjenje novčane obveze, a koji je u jačem pregovaračkom položaju, mogao bi ishoditi dogovor s vjerovnikom prema kojemu bi vjerovnik poslao račun dužniku kasnije negoli je to namjeravao, a time bi i zakonski rok ispunjenja novčane obveze počeo teći od kasnijeg dana.

Međutim, za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava Direktiva 2011/7/EU je u tom pogledu ograničila slobodu ugovaranja, odredbom prema kojoj su države članice dužne osigurati da se u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik, novčane obveze ugovorne strane ne mogu slobodno sporazumjeti o datumu primitka računa.⁶⁹ Svrha ove odredbe jest sprječavanje zlouporabe odredbe direktive prema kojoj se početak tijeka roka ispunjenja novčane obveze računa od dana primitka računa ili drugog jednakovrijednog zahtjeva za plaćanjem. Naime, kada bi ugovornim stranama bilo dopušteno ugovorom odrediti datum primitka računa, osobe javnog prava kao dužnicima novčane obveze mogle bi zlorabiti svoj specifičan položaj na tržištu na način da uvjetuju poduzetnicima sklapanje ugovora uključivanjem u ugovor odredbe prema kojoj bi datum primitka računa bio određen znatno kasnije nego li je roba isporučena, odnosno usluga pružena. Na taj način faktički bi se produljivao rok za ispunjenje novčane obveze na štetu poduzetnika kao vjerovnika.

Zabranu ugovornog sporazuma o datumu primitka računa moralo bi se tumačiti na način da je njome obuhvaćen i sporazum o datumu slanja računa jer se i

– Provedba Zakonika o malom poduzetništvu“ (*Opinion of the European Economic and Social Committee on the “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (recast) – Implementing the Small Business Act”*), COM(2009) 126 final — 2009/0054 (COD), OJ C 255, 22.9.2010.). U pretvaranju Direktive 2000/35/EZ u odredbe nacionalnog prava, Finska se odredbom čl. 6. st. 1. ZK-a opredijelila za rješenje prema kojemu zakonski rok od 30 dana teče ne od primitka računa, već od dana kada je vjerovnik poslao dužniku račun, s tim da dužnik nije obavezan platiti zatezne kamate za razdoblje proteklo prije negoli je primio račun.

68 S obzirom na to da, prema odredbi čl. 3. st. 3. t. b) iii) Direktive 2011/7/EU, u slučaju da je dužnik primio račun prije negoli je vjerovnik ispunio svoju ugovornu obvezu, direktiva predviđa da zakonski rok ispunjenja novčane obveze počinje teći od dana primitka robe ili usluge.

69 Odredba čl. 4. st. 3. t. b) Direktive 2011/7/EU. Ranija Direktiva 2000/35/EZ nije sadržavala sličnu odredbu.

takvim sporazumom može postići identičan rezultat, tj. dužnik novčane obveze će primiti račun na kasniji dan, a zakonski rok ispunjenja novčane obveze će početi teći od toga kasnijeg dana.

Prema autorovom mišljenju, odredbom o zabrani ugovornog sporazuma o datumu primitka računa, Direktivom 2011/7/EU se nalaže državama članicama da u svoj pravni sustav ugrade odgovarajuću pravnu normu koja će biti kogentne naravi. Stoga bi ugovorna odredba o određivanju datuma primitka ili slanja računa morala prema nacionalnom pravu biti ništava ili se uzimati kao nepostojeća ili bi morala biti povodom za vjerovnikov zahtjev za naknadom štete, ovisno o tomu na koji je način u nacionalnom pravu uređena nevaljanost ugovora i njezine posljedice.⁷⁰

Razlog zbog kojeg je kogentna odredba o zabrani ugovornog sporazuma o datumu primitka računa predviđena samo za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, a ne i za ugovore među poduzetnicima, nije izrijeком naveden u Direktivi. No opravdanje za različito uređenje ovih dviju kategorija trgovačkih ugovora može se iščitati iz odredbi preambule Direktive koje općenito govore o razlozima zauzimanja oštrijeg stava prema zakašnjenju osoba javnog prava: osobe javnog prava uživaju više pogodnosti od poduzetnika u pogledu sigurnog, predvidljivog i kontinuiranog priljeva prihoda pri čemu mnoge osobe javnog prava mogu ostvarivati financiranje pod povoljnijim uvjetima negoli to mogu poduzetnici, a istovremeno ovise manje od poduzetnika o izgradnji trajnih trgovačkih odnosa radi ostvarenja svojih ciljeva.⁷¹ Prirodno povoljniji položaj na tržištu koje imaju osobe javnog prava u odnosu na poduzetnike čini se opravdanim razlogom za javnopravnu intervenciju u načelo stranačke autonomije, odnosno naizgled proizlazi da dovoljno opravdanog razloga za istovjetnu intervenciju nema ako su obje ugovorne strane poduzetnici.

Međutim, svrha je Direktive 2011/7/EU zabraniti i zlouporabu slobode ugovaranja na štetu vjerovnika novčane obveze koja može postojati ako određena ugovorna odredba „nije opravdana temeljem uvjeta odobrenih dužniku ili ako ona uglavnom služi svrsi osiguranja dužnika dodatnom likvidnošću na trošak vjerovnika“.⁷² Do takve zlouporabe slobode ugovaranja na štetu vjerovnika novčane obveze može doći i u ugovorima među poduzetnicima u kojima je upravo dužnik novčane obveze ona ugovorna strana koja ima jači pregovarački ili gospodarski položaj na tržištu zbog čega on uspijeva vjerovniku nametnuti sklapanje ugovora isključivo po vlastitim uvjetima, prema načelu *take it or leave it*. Stoga bi bilo poželjno da je Direktiva 2011/7/EU na odgovarajući način ograničila slobodu ugovaranja u pogledu određivanja datuma primitka ili slanja računa i za ugovore među

70 Ništetnost ugovorne odredbe o određivanju dana primitka računa predviđena je: odredbom čl. 7. st. 5. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. g) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192, odredbom čl. 4. st. 2. i 4. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., a u hrvatskom pravu odredbom čl. 4. st. 2. ZRINO-a te odredbom čl. 14. st. 2. ZFPPN-a.

71 Odredbe točke 23. preambule Direktive 2011/7/EU.

72 Prema odredbi točke 28. preambule Direktive 2011/7/EU.

poduzetnicima.⁷³

4.1.2. Dan primitka robe ili usluge

Direktiva 2011/7/EU nalaže državama članicama da u nacionalnom pravu predvide odredbu prema kojoj zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana, ako je neizvjestan dan primitka računa ili jednakovrijednog zahtjeva za plaćanjem, počinje teći od dana kada je dužnik novčane obveze primio robu, odnosno od dana kada mu je pružena ugovorena usluga.⁷⁴

Direktiva ne pojašnjava pobliže izraz „neizvjestan“ (*uncertain; unsicher*), no autor je mišljenja da se on odnosi kako na situacije kada nije moguće sa sigurnošću utvrditi dan primitka računa tako i na situacije kada dužnik osporava dan primitka računa ili sam primitak računa, pa i na situacije kada dužnik doista nije zaprimio račun.⁷⁵

73 Pri transponiranju Direktive 2011/7/EU u nacionalno pravo, slovenski ZPreZP je i za ugovore među poduzetnicima i za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava predvidio neoborivu predmnjevu da je ugovorna odredba kojom je određen dan primitka računa očito nepoštena prema vjerovniku (prema odredbi čl. 4. st. 2. slovenskog ZPreZP-a iz 2011.), a zbog toga i ništetna (prema odredbi čl. 4. st. 4. slovenskog ZPreZP-a iz 2012.). Međutim, novi slovenski ZPreZP iz 2012. ne sadrži više ovu odredbu, pa stoga slovensko pravo trenutno nije usklađeno s Direktivom 2011/7/EU u pogledu zahtjeva Direktive koji se odnosi na zabranu sporazuma o danu primitku računa u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava. Talijanski Zakonodavni dekret br. 231, prema izmjenama učinjenim radi transponiranja Direktive 2011/7/EU, propisuje ništetnost ugovorne odredbe o određivanju dana primitka računa samo za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava (prema odredbi čl. 7. st. 5. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. g) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192), ali za sve ugovore donosi novu odredbu prema kojoj nemaju učinka na trajanje zakonskih rokova ispunjenja svi zahtjevi radi izmjene ili dopune računa (prema odredbi čl. 4. st. 2. t. a) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192). U hrvatskom pravu, prema kogentnoj odredbi čl. 4. st. 2. ZRINO-a, ugovorna odredba sadržana u ugovoru između poduzetnika i osobe javnog prava kojom se „određuje datum primitka računa ili drugog odgovarajućeg zahtjeva za isplatu“ bit će uvijek ništetna. ZFPPN-om je istovjetno propisano i za ugovore među poduzetnicima (odredbom čl. 14. st. 2. ZFPPN-a), ali je protivno Direktivi 2011/7/EU izostala odgovarajuća odredba koja bi onemogućavala istovjetan sporazum u ugovorima između poduzetnika i osoba javnog prava.

74 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b) (ii) i čl. 4. st. 3. t. a) (ii) Direktive 2011/7/EU, koje su u bitnome istovjetne s odredbom čl. 3. st. 1. t. b) (ii) Direktive 2000/35/EZ. U bitnome istovjetno sadržano je i u odredbi čl. 173. st. 2. t. b) ECL (EG) i čl. 168. st. 2. t. b) CESL-a. Slovenski ZPreZP iz 2011. predvidio je ovaj zakonski rok ispunjenja novčane obveze ako je „dan primitka računa sporan“ (prema odredbi čl. 7. st. 2. slovenskog ZPreZP-a iz 2011.), a slovenski ZPreZP iz 2012. proširio je ovu odredbu na način da će se istovjetan zakonski rok ispunjenja novčane obveze primijeniti i u slučaju da dužnik nije primio račun (prema odredbi čl. 12. st. 2. slovenskog ZPreZP-a iz 2012.). Talijanski Zakonodavni dekret br. 231 rabi izraz „kada datum primitka računa nije siguran“ (prema odredbi čl. 4. st. 2. t. b) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231). U hrvatskom pravu, odredbom čl. 2. st. 4. t. 2. ZRINO-a i odredbom čl. 11. st. 4. t. 2. ZFPPN-a određeno je da ovaj zakonski rok ispunjenja novčane obveze počinje teći od „dana kad je vjerovnik ispunio svoju obvezu.“

75 Terra također ističe da se ova odredba Direktive odnosi i na slučajeve kada dužnik nije uopće zaprimio račun, pa i na slučajeve kada račun niti nije izdan te ukazuje na problem urednog

U pravnoj literaturi ova odredba kritizirana je iz razloga što ne uspostavlja odgovarajuću ravnotežu interesa vjerovnika i dužnika. Naime, ističe se da će vjerovniku uvijek biti u interesu ostaviti dan primitka računa neizvjesnim jer će u tom slučaju njegova tražbina prema dužniku dospjeti na raniji datum.⁷⁶ Druga kritika jest da ova odredba omogućava da vjerovnikova tražbina dospije, pa i da nastupi zakašnjenje dužnika s ispunjenjem novčane obveze, ranije negoli je dužnik zaprimio račun, odnosno jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem.⁷⁷

Imajući u vidu da će u svakom slučaju ovaj zakonski rok ispunjenja novčane obveze početi teći nakon što je vjerovnik ispunio svoju ugovornu obvezu, autor je mišljenja kako je ispravno zadržati postojeće rješenje. Prema kojemu se dan dospijeca vjerovnikove tražbine stavlja u korelaciju s danom ispunjenja njegove nenovčane obveze jer u slučaju neizvjesnosti dana primitka računa upravo dan ispunjenja vjerovnikove nenovčane obveze pruža dovoljnu pravnu sigurnost za obje ugovorne strane.⁷⁸

Prijedlog Direktive 2011/7/EU predviđao je brisanje odredbe prema kojoj u slučaju neizvjesnosti dana primitka računa, zakonski rok ispunjenja novčane obveze počinje teći od dana primitka robe ili usluge.⁷⁹ Odredba je zadržana u konačnom tekstu Direktive, no u preambulu uvrštena je preporuka državama članicama Europske unije, kojom se od država članica traži da promiču sustave koji pružaju pravnu sigurnost u pogledu točnog datuma primitka računa ili jednakovrijednog zahtjeva za plaćanjem, kao što je to sustav e-računa.⁸⁰ E-račun, odnosno račun u

dužnika koji je podmirio novčanu obvezu u zakonskom roku, no nije ovlašten odbiti porez na dodanu vrijednost kao pretporez sve dok ne zaprimi račun (Terra, B. J. M., *The Proposal for a Directive Combating Late Payment in Commercial Transactions: Some VAT Implications*, EC Tax Review, vol. 8, br. 1/1999, str. 71.). Suprotno, Zaccaria smatra da se ova odredba odnosi samo na slučajeve kada je sporan datum primitka računa, a ne i na slučajeve kada je sporno je li dužnik uopće primio račun (Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 11, str. 391.). Odredbe ECL (EG) i CESL ispravljaju ovu nedorečenost Direktive 2011/7/EU, izrijeком propisujući da se rok od 30 dana od dana primitka robe ili usluge ima primijeniti ne samo kada je neizvjestan datum primitka računa, već i kada je neizvjesno je li dužnik uopće zaprimio račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem (prema odredbi čl. 173. st. 2. t. b) ECL (EG) i čl. 168. st. 2. t. b) CESL-a).

76 Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 11, str. 391.

77 Krebs, P., *Die EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr: Eine Chance zur Korrektur des neuen § 284 Absatz 3 BGB*, Der Betrieb, 2000., str. 1697. – 1700. (prema Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 11, str. 530.).

78 Tako i Schulte-Braucks, R. i Ongena, S., op. cit. u bilj. 11, str. 530. Suprotno, Zaccaria predlaže izmjenu ove odredbe Direktive na način da rok od 30 dana počinje teći od dana kada je vjerovnik dužniku poslao račun ili zahtjev za plaćanjem (Zaccaria, A., op. cit. u bilj. 11, str. 391.).

79 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (preinaka) – Provedba Zakonika o malom poduzetništvu (*Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions (recast) – Implementing the Small Business Act*), COM(2009) 126/4, dostupno na: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, 21. srpnja 2011., str. 20.

80 Odredba točke 18. preambule Direktive 2011/7/EU.

elektroničkom obliku, stvara elektronički dokaz o dužnikovom primitku računa, a djelomično je uređen direktivama Europske unije o porezu na dodanu vrijednost.⁸¹

Dan primitka robe ili usluge nije relevantan samo u slučaju da je neizvjestan točan dan primitka računa poslanog dužniku nakon što je dužnik prethodno primio robu ili uslugu, već je taj dan relevantan i u slučaju da je dužnik primio račun prije negoli je vjerovnik izvršio svoju ugovornu obvezu predaje robe ili pružanja usluge, odnosno prije negoli je dužnik primio robu ili uslugu. Naime, u tomu slučaju zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 dana počet će također teći od dana primitka robe ili usluge, umjesto od dana primitka računa.⁸²

Iz teksta Direktive 2011/7/EU nije u potpunosti jasno što se smatra danom primitka robe, odnosno podrazumijeva li ona pod izrazom „dan primitka robe“ (*the date of receipt of the goods; Zeitpunkt des Empfangs der Waren*) onaj dan kad je dužniku novčane obveze roba doista i uručena ili i raniji dan kada se prema nacionalnom pravu smatra da je predaja robe izvršena, makar dužnik novčane obveze još nije u mogućnosti faktički raspolagati s predanom robom. Tako se primjerice prema nacionalnom pravu nekih država članica predviđa da je u slučaju prijevoza stvari koja je predmet ugovora o kupoprodaji kojim nije određeno mjesto ispunjenja smatra da je predaja stvari kupcu izvršena uručenjem stvari prijevozniku ili otpremniku.⁸³ To je svakako povoljnije rješenje za prodavatelja kao vjerovnika novčane obveze od onog prema kojemu bi i u slučaju prijevoza stvari predaja stvari bila izvršena tek uručenjem stvari samom kupcu kao dužniku novčane obveze. Stoga je mišljenje autora da odredbu Direktive ne treba tumačiti restriktivno na način da se danom primitka robe smatra dan kada dužnik novčane obveze može faktički raspolagati robom, već da utvrđivanje dana primitka robe treba ostaviti nacionalnim pravima državama članica.

4.1.3. Dan dovršetka postupka prihvata ili provjere kojim se utvrđuje usklađenost robe ili usluge s ugovorom

Prema Direktivi 2011/7/EU, ako je zakonom ili ugovorom predviđen postupak prihvata ili provjere kojim se treba utvrditi usklađenost robe ili usluge s ugovorom, a dužnik je zaprimio račun ili jednakovrijedan zahtjev za plaćanjem prije dana

81 Za direktive Europske unije o porezu na dodanu vrijednost, vidi *supra* u bilj. 65.

82 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b) (iii) i čl. 4. st. 3. t. a) (iii) Direktive 2011/7/EU, koje su u bitnome istovjetne s odredbom čl. 3. st. 1. t. b) (iii) Direktive 2000/35/EZ. U bitnome istovjetno sadržano je i u odredbi čl. 173. st. 2. t. b) ECL (EG) i čl. 168. st. 2. t. b) CESL-a. U bitnome je istovjetno određeno i u slovenskom pravu odredbom čl. 7. st. 2. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., odnosno odredbom čl. 12. st. 2. slovenskog ZPreZP-a, u talijanskom pravu odredbom čl. 4. st. 2. t. c) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, a u hrvatskom pravu odredbom čl. 2. st. 4. t. 2. ZRINO-a, odnosno odredbom čl. 11. st. 4. t. 2. ZFPPN-a, s tom razlikom što ZRINO i ZFPPN umjesto izraza „dan primitka robe ili usluge“ rabe izraz „dan kada je vjerovnik ispunio svoju obvezu“.

83 Tako određuju, primjerice, odredba § 447. BGB-a, odredba čl. 452. slovenskog OZ-a, a u hrvatskom pravu odredba čl. 394. ZOO-a.

na koji takav prihvata ili provjera treba biti dovršen ili istoga dana, zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana počinje teći od dana dovršetka takvog postupka prihvata ili provjere.⁸⁴

Novost je odredba Direktive 2011/7/EU, koja nije postojala u ranijoj Direktivi 2000/35/EZ, a prema kojoj su, ako je predviđen postupak prihvata ili provjere kojim se treba utvrditi usklađenost robe ili usluge s ugovorom, države članice dužne osigurati da najdulje trajanje tog postupka ne prelazi rok od 30 kalendarskih dana od dana primitka robe ili usluge, osim ako je drugačije izrijekom određeno u ugovoru među poduzetnicima pod uvjetom da to nije izrazito nepošteno prema vjerovniku novčane obveze.⁸⁵ Istovjetnu odredbu Direktiva 2011/7/EU sadrži i u pogledu ugovora između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze. S tom razlikom da u tim ugovorima postupak prihvata ili provjere kojim se utvrđuje usklađenost robe ili usluge s ugovorom može biti dulji od 30 kalendarskih dana, ako je tako izrijekom određeno u ugovoru ili u dokumentaciji u postupku javne nabave, a također pod uvjetom da takav dulji rok nije izrazito nepošten prema poduzetniku kao vjerovniku novčane obveze.⁸⁶ Ove obveze država

84 Prema odredbama čl. 3. st. 3. t. b) (iv) i čl. 4. st. 3. t. a) (iv) Direktive 2011/7/EU, koje su u bitnome istovjetne s odredbom čl. 3. st. 1. t. b) (iv) Direktive 2000/35/EZ. U bitnome istovjetno sadržano je i u odredbi čl. 173. st. 3. ECL (EG) i čl. 168. st. 3. CESL-a. U bitnome istovjetna odredba sadržana je i u slovenskom pravu u čl. 7. st. 2. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., odnosno u čl. 12. st. 2. slovenskog ZPreZP-a iz 2012., a u talijanskom pravu u čl. 4. st. 2. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231. U hrvatskom pravu, odredba čl. 2. st. 4. t. 3. ZRINO-a i odredba čl. 11. st. 4. t. 3. ZFPPN-a određuju da će rok za ispunjenje novčane obveze početi teći od „dana isteka roka za pregled predmeta obveze, ako je ugovorom ili zakonom predviđen određeni rok za takav pregled.“

85 Odredba čl. 3. st. 4. Direktive 2011/7/EU. U bitnome istovjetno sadržano je i u odredbi čl. 173. st. 3. ECL (EG) i čl. 168. st. 3. CESL-a. U slovenskom pravu je uz ograničenje dužine roka za pregled robe ili usluge i uvjetovanje ugovornog određivanja toga roka time da takva ugovorna odredba ne smije biti očito nepoštena prema vjerovniku, propisano i da duži rok od 30 dana ugovorne strane mogu ugovoriti samo u pisanom obliku (prema odredbi čl. 7. st. 3. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., odnosno odredbi čl. 12. st. 3. slovenskog ZPreZP-a iz 2012.). Talijansko pravo sadrži rješenje koje je istovjetno onome u slovenskom pravu (prema odredbi čl. 4. st. 6. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192). U hrvatskom pravu, rješenje koje je u bitnome istovjetno rješenju iz Direktive 2011/7/EU sadržano je u odredbi čl. 2. st. 5. u vezi s odredbom čl. 4. st. 4. t. 3. ZRINO-a, odnosno u odredbama čl. 11. st. 5. i 6. u vezi s odredbom čl. 14. st. 5. ZFPPN-a. Odredbom o najdužem trajanju roka za pregled predmeta obveze je za ugovore o kupoprodaji koje sklapaju poduzetnici među sobom ili s osobama javnog prava dopunjena odredba o roku za pregled stvari sadržana u čl. 403. ZOO-a: „kupac je dužan primljenu stvar na uobičajen način pregledati ili je dati na pregled, čim je to prema redovitom tijeku stvari moguće“ (sada se „čim je to prema redovitom tijeku stvari moguće“ mora odvititi unutar zakonskog roka od 30 dana, odnosno u iznimnim slučajevima unutar roka dužeg od 60 dana).

86 Prema odredbi čl. 4. st. 5. Direktive 2011/7/EU. Odgovarajuća odredba sadržana je i u čl. 7. st. 4. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., odnosno u čl. 12. st. 4. slovenskog ZPreZP-a iz 2012., kao i u čl. 4. st. 6. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231 u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192. U hrvatskom pravu, ZRINO je propustio umetnuti odgovarajuću odredbu o tomu da duži rok za pregled predmeta obveze mora biti naveden

članica prema preambuli Direktive predviđene su kako se ne bi ugrozilo ostvarenje njezinih ciljeva.⁸⁷

Svrha ovih odredaba jest sprječavanje zlouporabe odredbe direktive prema kojoj se zakonski rok ispunjenja novčane obveze računa od dana dovršetka postupka prihvata ili provjere kojim se utvrđuje usklađenost robe ili usluge s ugovorom. Kada rok za takav postupak ne bi bio ograničen, dužnik novčane obveze mogao bi otezati s tim postupkom i na taj način odgađati početak tijeka roka za ispunjenje novčane obveze i faktički produžiti vrijeme od dana primitka robe do dana plaćanja. Takvo otezanje s postupkom prihvata ili provjere zasigurno ne bi bilo u skladu s namjerom Direktive usmjerenom na pravovremeno ispunjenje novčanih obveza u trgovačkim ugovorima.

Provedba ove odredbe Direktive zahtijeva od država članica da u nacionalnom pravu predvide zakonski rok od 30 dana u kojemu postupak prihvata ili provjere mora biti dovršen. Takav zakonski rok ugovorom bi trebalo biti moguće produljiti pod uvjetom da takva ugovorna odredba nije izrazito nepoštena prema vjerovniku. Takvo ugovorno produljenje trebalo bi biti iznimno, a kao primjer ugovora u kojima je ono prihvatljivo Direktiva navodi osobito složene ugovore.⁸⁸

Svrha ovog rješenja u skladu je i s odgovarajućim rješenjem Bečke konvencije prema kojemu je kupac dužan pregledati robu ili je dati na pregled u što je moguće kraćem roku ovisno o okolnostima.⁸⁹ Također, upotreba izraza „usklađenost robe ili usluge s ugovorom“ u Direktivi jasno upućuje na princip usklađenosti prihvaćen Bečkom konvencijom,⁹⁰ a koji je iz Bečke konvencije preuzet ne samo ovom direktivom već i direktivama s područja zaštite potrošača.⁹¹

u natječajnoj dokumentaciji, a ZFPPN je to ispravio propisavši ovu obvezu u odredbi čl. 12. st. 6. ZFPPN-a.

87 Prema odredbi točke 26. preambule Direktive 2011/7/EU.

88 Ibid.

89 Prema odredbi čl. 38. st. 1. Bečke konvencije. Bečka konvencija ustaljeni je naziv za Konvenciju Ujedinjenih naroda o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), koja je usvojena u Beču 11. travnja 1980., a na snagu je stupila 1. siječnja 1988. Republika Hrvatska postala je strankom Bečke konvencije temeljem notifikacije o sukcesiji države prednice, a u odnosu na Republiku Hrvatsku Bečka konvencija je stupila na snagu 8. listopada 1991. Tekst Bečke konvencije u prijevodu na hrvatski jezik otisnut je u: Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo – međunarodno i komparativno*, Zagreb, Narodne novine, 1991., str. 494. – 515.

90 Riječ je o odredbi čl. 35. st. 1. Bečke konvencije koja glasi: “Prodavatelj je dužan isporučiti robu u količini, kvaliteti i vrsti kako je to predviđeno ugovorom te pakiranu ili zaštićenu na način predviđen ugovorom”. Na utjecaj Bečke konvencije na oblikovanje odredbe Direktive 2000/35/EZ o “postupku prihvata ili provjere radi usklađenosti dobara ili usluga s ugovorom” ukazuje i Perales Viscasillas (Perales Viscasillas, P., op. cit. u bilj. 11, str. 134.).

91 Riječ je o Direktivi 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i popratnim jamstvima (*Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*), OJ L 171, 7.7.1999. Direktiva 1999/44/EZ izmijenjena je novom direktivom o pravima potrošača: Direktivom 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača kojom se mijenjaju Direktiva Vijeća 93/13/EEZ i Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, te opozivaju

4.2. Zašto je zakonski rok ispunjenja novčane obveze utvrđen upravo u trajanju od 30 kalendarskih dana?

Direktiva 2011/7/EU određuje da zakonski rok ispunjenja novčane obveze iz trgovačkog ugovora traje 30 kalendarskih dana, što je određivala i ranija Direktiva 2000/35/EZ s tom razlikom da ranija direktiva nije naglašavala izraz „kalendarski“. Pitanje koje se ne postavlja u pravnoj literaturi, a na koje izričiti odgovor ne nude ni direktive ni *travaux préparatoires* koji je prethodio njihovu donošenju, jest zašto su se institucije Europske unije opredijelile upravo na rok od 30 kalendarskih dana, a ne kraći ili duži rok.

Odgovor najvjerojatnije leži u bojazni od pretjerane intervencije u slobodu ugovaranja. Naime, pojedina istraživanja pokazuju da uobičajeno prihvatljivo razdoblje odgode plaćanja koju poduzetnik kao vjerovnik novčane obveze odobrava drugome poduzetniku kao dužniku novčane obveze iznosi upravo – 30 dana.⁹² U ekonomskom smislu, ugovorena odgoda plaćanja naziva se trgovačkim kreditom koji je jedan od oblika kratkoročnog financiranja poduzetnika.⁹³

Čini se da su institucije Europske unije pri pripremanju Direktive 2000/35/EZ i kasnije Direktive 2011/7/EU podjednako odmjeravale i negativne i pozitivne

Direktiva Vijeća 85/577/EEZ i Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (*Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*), OJ L 304, 22.11.2011.

92 Primjerice, prema jednom istraživanju je više od 70% ispitanih poduzetnika izvijestilo da im njihovi ključni dobavljači odobravaju odgodu plaćanja u razdoblju od 30 dana, dok preostalim ispitanim poduzetnicima dobavljači pretežno odobravaju odgodu plaćanja u kraćim intervalima, mada su zamjetni i intervali duži od dva mjeseca (Giannetti, M., Burkart, M. i Ellingsen, T., *What You Sell is What You Lend? Explaining Trade Credit Contracts*, European Corporate Governance Institute – Finance Research Paper Series, br. 71/2005, str. 18.).

93 U ekonomskom smislu, „trgovački kredit je kredit koji prima poduzeće kad kupuje robu ili usluge bez plaćanja u gotovini. Budući da poduzeća ne plaćaju gotovinom kad primaju robu, koriste sredstva na kredit od primitka robe do izvršenja konačnog plaćanja. Mnogi kupci ne moraju platiti robu odmah nakon isporuke, već im je dano kratko razdoblje odgode plaćanja i za vrijeme tog razdoblja prodavatelj daje kredit kupcu. Poduzeća, posebice ona mala, koriste trgovačke kredite za financiranje kratkotrajne imovine.“ (Kontuš, E., *Kratkoročno financiranje poduzeća u Republici Hrvatskoj*, magistarski znanstveni rad, Rijeka, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2010., str. 17.). Najčešći oblik trgovačkog kredita je financiranje pomoću otvorenog računa o kojem je riječ kada prodavatelj isporučuju robu kupcu te ispostavlja predračun sa specifikacijom poslane robe, ukupne svote koju treba platiti i uvjetima prodaje. Prodavatelj određuje neko vremensko razdoblje unutar kojega mu treba biti plaćeno (neto razdoblje). Npr. „net 30“ znači da se predračun ili račun moraju platiti unutar razdoblja od 30 dana. Prodavatelj može ponuditi gotovinski rabat, kao dodatak odobrenom kreditu, ako se račun plati u ranijem dijelu neto razdoblja. Gotovinski rabat se nudi kao poticaj za ranije plaćanje (Kontuš, E., op. cit. u ovoj bilj., str. 18.). Prema jednom istraživanju, oko 50% ključnih dobavljača odobrava poduzetnicima gotovinski rabat, a među njima njih 80% odobrava gotovinski rabat od 2% za plaćanja unutar 10 dana od isporuke robe (Giannetti, M. i dr., op. cit. u bilj. 92, str. 18.).

učinke ugovorenog razdoblja trgovačkog kredita, odnosno da je rezultat toga vaganja odredba o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze upravo u trajanju od 30 kalendarskih dana, što je prema pojedinim istraživanjima uobičajeno prihvatljivo razdoblje ugovorenog trgovačkog kredita.

U prilog odabira roka od 30 kalendarskih dana zasigurno je bilo i to što su upravo taj rok zahtijevali i sami poduzetnici. Naime, u konzultacijama koje su tijekom 2008. godine ovlaštena tijela Europske komisije provela među poduzeticima nastanjenim na području Europske unije, 53,5% ispitanih poduzetnika bilo se izjasnilo za opciju prema kojoj je rok od 30 kalendarskih dana najprihvatljiviji rok ispunjenja novčane obveze.⁹⁴

Predvide li države članice u nacionalnom pravu zakonski rok ispunjenja novčane obveze u skladu s Direktivom 2011/7/EU, to će dovesti do toga da i u ugovorima u kojima strane nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze na u poslovnoj praksi uobičajen način odobravanjem trgovačkog kredita u trajanju od 30 dana, obje ugovorne strane uslijed primjene zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 dana mogu imati beneficije koje trgovački kredit inače pruža u poslovnoj praksi.

Navedeno ne znači i da države članice ne bi mogle pri transponiranju odredbi Direktive 2011/7/EU u nacionalno pravo predvidjeti i kraći zakonski rok ispunjenja novčane obveze. Naime, države članice ovlaštene su zadržati postojeće ili donijeti nove propise koje su za vjerovnike novčanih obveza iz trgovačkih ugovora povoljniji od onih koje je nužno donijeti radi usklađenja s Direktivom 2011/7/EU.⁹⁵ Kako je kraći zakonski rok ispunjenja novčane obveze načelno povoljniji za vjerovnika novčane obveze, određivanje kraćeg zakonskog roka nacionalnim propisom bilo bi u skladu sa zahtjevima Direktive.

No, države članice čini se pri transponiranju Direktive 2011/7/EU, kao ni pri transponiranju ranije Direktive 2000/35/EZ, uopće ne dvoje oko toga da je za vjerovnike novčanih obveza iz trgovačkih ugovora najpovoljniji zakonski rok ispunjenja novčane obveze upravo onaj iz Direktive, odnosno rok od 30 kalendarskih dana. Da je tomu tako, vidljivo je iz slijepog prepisivanja direktivom predviđenog zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 dana u nacionalno pravo, bez određivanja eventualno za vjerovnike povoljnijeg kraćeg zakonskog roka ispunjenja novčane obveze.⁹⁶

94 Njih 20,1% izjasnilo se za rok ispunjenja od 45 dana, 16,1% za rok od 20 dana, a za neki drugi rok izjasnilo se 10,2% ispitanih poduzetnika (prema Procjeni učinaka – dokumentu priloženom Prijedlogu Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima (*Impact assessment - accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions*), COM(2009) 126/4, SEC(2009) 315, dostupno na: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, 21. srpanj 2011., str. 56.).

95 Prema odredbi čl. 12. st. 3. Direktive 2011/7/EU. Istovjetnu odredbu sadržava i čl. 6. st. 2. Direktive 2000/35/EZ.

96 Zakonski rok od 30 dana predviđen je, primjerice: odredbom čl. 7. slovenskog ZPreZP-a iz

4.3. Je li zakonska odgoda ispunjenja novčane obveze prihvatljivi pravni režim?

Pojedini autori kritiziraju na općenitoj razini propisivanje zakonskih rokova ispunjenja novčane obveze Direktivom. Ističu da zakonski rok ispunjenja novčane obveze nije ništa drugo do zakonska odgoda plaćanja te smatraju da je kontradiktorno postavljati odgodu plaćanja kao prihvatljiv zakonski model propisom kojim se istovremeno žele suzbiti negativni učinci zakašnjenja s plaćanjem, a do kojih može doći i uslijed dugih razdoblja odgode plaćanja.⁹⁷ Čini se da je mišljenje tih autora kako je najprihvatljivije rješenje ono koje bi proizlazilo iz pravila istodobnog ispunjenja koje u Direktivi 2011/7/EU nije prihvaćeno. Ako već ugovorne strane nisu same drugačije odredile ugovorom, dužnikova novčana obveza trebala bi dospjeti u trenutku kad je vjerovnik ispunio svoju nenovčanu obvezu, a ne protekom dodatnog zakonskog roka ispunjenja novčane obveze.

Odgovor na pitanje je li propisivanje zakonskog roka ispunjenja novčane obveze, koje uistinu predstavlja zakonom dopuštenu odgodu plaćanja, prihvatljiv pravni režim općenito i posebno u propisima kojima se žele suzbiti negativni učinci zakašnjenja s plaćanjem, nužno je povezan s pravnom naravi odredbe o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze. Naime, Direktiva 2011/7/EU nalaže državama članicama da u nacionalnom pravu predvide odredbu o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze koja je dispozitivne naravi. Dispozitivne odredbe propisa nemaju samo suplementarnu funkciju, u smislu da je njihova svrha popuniti pravne praznine nastale propuštanjem ugovornih strana da urede određeno pitanje u ugovoru koji sklapaju, već imaju i egzemplarnu funkciju, tj. njihova je svrha i poticajna, a sastoji se i u usmjeravanju ugovornih strana na ostvarivanje njihove stranačke autonomije, odnosno slobode ugovaranja.⁹⁸ U pozadini dispozitivnog karaktera pravnih normi leži pretpostavka da će ugovorne strane odstupiti od dispozitivne pravne norme svaki put kada ocijene da je to u njihovom najboljem interesu.⁹⁹ Stoga bi se moglo opravdano tvrditi da je propisivanje zakonskog roka ispunjenja novčane obveze dispozitivnom odredbom u cijelosti prihvatljivo pravno rješenje jer ono potiče ugovorne strane da same ugovorom odrede rok ispunjenja novčane obveze ako smatraju da zakonsko rješenje nije u njihovom najboljem interesu. Istovremeno sadrži i sasvim utemeljenu pretpostavku da ugovorne strane, ako nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze, prihvaćaju da je upravo zakonsko rješenje ono koje je u njihovom najboljem interesu.

Poteškoća koja postoji u vezi s gornjom tvrdnjom je ta što ona nužno uključuje premisu da ugovorne strane poznaju pravo, odnosno da su svjesne i postojanja i

2011., odredbom čl. 7. slovenskog ZPreZP-a iz 2012., odredbom čl. 6. st. 1. finskog ZK-a, odredbom čl. 4. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, a u hrvatskom pravu odredbom čl. 2. st. 3. ZRINO-a i odredbom čl. 11. st. 3. ZFPPN-a.

97 Vidi, primjerice: Perales Viscasillas, P., op. cit. u bilj. 11, str. 135.

98 Opširno o dispozitivnim pravnim odredbama i njihovim funkcijama u europskom ugovornom pravu vidi u: Hesselink, M. W., op. cit. u bilj. 52.

99 Ibid., str. 68.

sadržaja dispozitivne pravne norme o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze. U praksi se ta premisa neće uvijek ostvariti, pogotovo ako su ugovorne strane mali i srednji poduzetnici, koji ne samo da najčešće nemaju vlastitu pravnu službu i nemaju potrebno vlastito specijalizirano pravno znanje, već im često nedostaje i osnovna razina poznavanja pravnih propisa.

Stoga pitanje je li zakonska odgoda plaćanja prihvatljivi pravni režim treba usmjeriti s općenite razine na razinu onih ugovornih strana koje, usprkos pravnoj fikciji da su protekom *vacatio legis* upoznate sa sadržajem zakona, u stvarnosti nisu svjesne postojanja dispozitivne odredbe o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze, ili su svjesne da takva odredba postoji ali ne razumiju njezino značenje. Naime, moguće je zamisliti situacije u kojima poduzetnik kao vjerovnik novčane obveze nije imao namjeru dužniku novčane obveze odobriti trgovački kredit ili je imao namjeru odobriti trgovački kredit u razdoblju kraćem od 30 dana, a pri tome taj poduzetnik nije bio svjestan činjenice da će se na njegov ugovorni odnos s dužnikom, ako ovo pitanje ne riješe izričito ugovorom, primijeniti zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana temeljem propisa nacionalnog prava kojim je implementirana odgovarajuća odredba Direktive 2011/7/EU o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze. Ono što je problem pravnog režima predviđenog Direktivom 2011/7/EU je to što za takve životne situacije Direktiva neopravdano pretpostavlja da je namjera ugovornih strana kada su propustile ugovoriti rok ispunjenja novčane obveze bila da vjerovnik novčane obveze odobri dužniku trgovački kredit u trajanju od 30 dana. To za posljedicu ima da je primjenom odredbe o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze vjerovnik koji je uredno izvršio svoju obvezu isporuke robe ili pružanja usluga onemogućen da odredi trenutak dospijeća novčane obveze jednostavnim pozivanjem dužnika na njezino ispunjenje. Primjerice, ako ugovorne strane propuste ugovorom odrediti rok ispunjenja novčane obveze, a vjerovnik novčane obveze koji je uredno ispunio svoju ugovornu nenovčanu obvezu zahtijeva od dužnika novčane obveze da dužnik svoju novčanu obvezu ispuni u roku od 15 dana od dana primitka računa, dužnik novčane obveze takvom se zahtjevu može s uspjehom suprotstaviti pozivajući se na odredbu o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana od dana primitka računa kao, u postojećem pravnom režimu Direktive 2011/7/EU, jedinom relevantnom pravnom rješenju njihovog ugovornog odnosa. Sasvim zakonito, vjerovnik novčane obveze morat će u tom slučaju otpjeti neželjenu odgodu plaćanja za daljnjih 15 dana, dok prema zakonskom roku ispunjenja novčane obveze ne dospije dužnikova novčana obveza.

Rješenje opisanog problema zasigurno nije u ispitivanju u svakome pojedinom slučaju jesu li vjerovniku novčane obveze bile poznate ili nisu bile poznate odredbe o zakonskom roku ispunjenja novčane obveze jer bi to, kao i općenito u bilo kojem drugom slučaju dovođenja u pitanje pravne fikcije o poznavanju prava, dovelo u pitanje efikasnost samog pravnog poretka. Međutim, kvalitetniju zaštitu vjerovnika novčanih obveza moguće je ostvariti i promišljenijim predviđanjem različitih mogućih životnih situacija prilikom izrade pravnog akta koji za svoj cilj proklamira zaštitu vjerovnika novčanih obveza.

Jedno od mogućih i realnih rješenja koje bi zasigurno bilo povoljnije za vjerovnika novčane obveze od pravnog režima uspostavljenog Direktivom 2011/7/EU u pogledu zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana koji će se primijeniti ako ugovorne strane nisu ugovorom odredile drugačiji rok ispunjenja novčane obveze, jest i rješenje da je dužnik novčane obveze, ako ugovorne strane nisu ugovorile rok ispunjenja novčane obveze, obvezan ispuniti novčanu obvezu odmah kada ga vjerovnik na to pozove ili u roku koji mu vjerovnik jednostrano odredio svojim pozivom na plaćanje, a da je u slučaju da takav poziv vjerovnika izostane i po proteku roka od 30 dana od dana primitka robe ili usluge, dužnik obvezan ispuniti novčanu obvezu protekom zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 dana od dana primitka robe ili usluge.

Predloženim rješenjem bi se i ostvario cilj Direktive 2011/7/EU koji se sastoji u limitiranju roka ispunjenja novčane obveze, a istovremeno i pružila zaštita onom vjerovniku novčane obveze koji je zbog bilo kojega razloga propustio s dužnikom novčane obveze ugovorno odrediti željeni rok ispunjenja novčane obveze. Ovaj prijedlog autora nije samo prijedlog *de lege ferenda* za moguću buduću preinake Direktive 2011/7/EU, već i realno rješenje koje i uz neizmijenjeni pravni režim Direktive 2011/7/EU mogu prihvatiti države članice pri transponiranju Direktive u nacionalno pravo jer je, zbog toga što je više *in favorem creditoris*, ono ujedno i dopušteno u skladu s postojećom Direktivom 2011/7/EU.

5. ZAKONSKI ROK ISPUNJENJA NOVČANE OBVEZE OD 60 KALENDARSKIH DANA

Dok je zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 30 kalendarskih dana, kao opći zakonski rok ispunjenja novčane obveze iz trgovačkog ugovora, u bitnome istovjetno uređen i odredbama Direktive 2011/7/EU i odredbama ranije Direktive 2000/35/EZ, Direktiva 2011/7/EU donosi novine na području uređivanja posebnih zakonskih rokova ispunjenja novčane obveze. Naime, s jedne strane Direktiva 2011/7/EU napušta opću iznimku koju je sadržavala Direktiva 2000/35/EZ, a prema kojoj je državama članicama bilo dopušteno u nacionalnom pravu predvidjeti duži zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 60 dana, o čemu će biti riječ u prvom odjeljku ovog poglavlja. S druge strane Direktiva 2011/7/EU uvodi dvije posebne iznimke prema kojima su države članice ovlaštene za pojedine kategorije ugovora predvidjeti duži zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 60 kalendarskih dana, o čemu će biti riječ u posljednja dva odjeljka ovog poglavlja.

5.1. Opća iznimka iz Direktive 2000/35/EZ

Prema ranijoj Direktivi 2000/35/EZ države članice mogle su za određene tipove ugovora određene nacionalnim pravom propisati zakonski rok ispunjenja novčane obveze duži od 30 dana, i to do najviše 60 dana, pod uvjetom da se u tom slučaju nacionalnim propisom predvidi nemogućnost ugovornog produljenja

takvoga zakonskog roka ili plaćanje zatezних kamata po znatno višoj stopi u slučaju zakašnjenja s ispunjenjem novčane obveze.¹⁰⁰

Ta odredba Direktive 2000/35/EZ bila je i predmetom tumačenja Europskog suda u sporu koji se vodio između Europske komisije i Kraljevine Španjolske u predmetu C-380/06.¹⁰¹ Naime, Europska komisija držala je protivnom Direktivi španjolski propis kojim se predviđalo da poduzetnici ne mogu ugovoriti rok plaćanja cijene za isporučenu hranu i druge namirnice namijenjene maloprodaji dulji od 90 dana, smatrajući da je tim španjolskim propisom zakonski rok ispunjenja novčane obveze neosnovano produžen na 90 dana umjesto na 60 dana kako je to iznimno dopušteno Direktivom. Europski sud ocijenio je navode Europske komisije neosnovanim, s obzirom na to da se španjolski propis odnosio na zakonsko ograničenje ugovornog roka ispunjenja novčane obveze, a ne na slučaj kada ugovorne strane nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze zbog čega bi do primjene dolazile odredbe Direktive 2000/35/EZ o zakonskom roku od 30 dana, odnosno iznimno od 60 dana.¹⁰²

Ovakvu opću iznimku od zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 dana, kojom se odluka o tome za koji će tip ugovora ili za koju će vrstu ugovora države članice moći odrediti zakonski rok ispunjenja novčane obveze duži od 30 (a kraći od 60) dana prepušta u cijelosti samim državama članicama, nova Direktiva 2011/7/EU ne poznaje. Stoga će države članice koje su u nacionalnom pravu predvidjele za određene tipove ugovore duži zakonski rok ispunjenja novčane obveze do 60 dana, uslijed opće iznimke predviđene Direktivom 2000/35/EZ, do isteka roka za implementaciju Direktive 2011/7/EU morati izmijeniti i sve odredbe onih propisa kojima je iznimno bio predviđen zakonski rok ispunjenja novčane obveze dulji od 30 dana.

5.2. Prva posebna iznimka iz Direktive 2011/7/EU

Direktivom 2011/7/EU dopušteno je državama članicama umjesto zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 dana predvidjeti u nacionalnom pravu zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 60 dana koji će se primijeniti na ugovore

100 Odredba čl. 3. st. 2. Direktive 2000/35/EZ. Za ovu se iznimku opredijelio i talijanski zakonodavac, pa tako prema čl. 4. st. 3. i 4. talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, za ugovore o kupoprodaji kvarljivih prehrambenih proizvoda vrijedi zakonski rok plaćanja od 60 dana koji ugovorne strane mogu produljiti ugovorom, ali u slučaju ugovornog produljenja roka dužnik koji zakasni s plaćanjem je dužan platiti zatezne kamate po stopi koja je za dva postotna poena viša od stope koja vrijedi za ostale trgovačke ugovore. O ovoj odredbi u kontekstu novijih talijanskih propisa i Direktive 2011/7/EU vidi više u: Biscontini, G., Art. 62 d.l. n. 1 del 2012 e direttiva n. 7 del 2011: il problema della disciplina dei termini di pagamento tra inderogabilità e determinazione pattizia, *Comparazione e diritto civile*, studeni 2012., dostupno na: <http://www.comparazionediritto civile.it/prova/files/biscontini_62.pdf>, 30. siječnja 2013.

101 Presuda Europskog suda u predmetu C-380/06, za koju vidi više *supra* u bilj. 54.

102 Ibid., §§ 24. i 25.

između poduzetnika i osobe javnog prava, u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze, ako je riječ o tijelima javne vlasti koje obavljaju gospodarske djelatnosti industrijske ili trgovačke prirode, ponudom robe ili usluga na tržištu,¹⁰³ a na koje se kao na javne poduzetnike primjenjuju zahtjevi transparentnosti propisani Direktivom 2006/111/EZ.¹⁰⁴

Ako država članica u svom nacionalnom pravu predvidi ovu Direktivom dopuštenu posebnu iznimku, ako ugovorne strane nisu ugovorom odredile rok ispunjenja novčane obveze, primijenit će se zakonski rok ispunjenja novčane obveze od 60 dana, odnosno rok duži od 30 dana, a kraći od 60 dana, ovisno o tomu kako se pojedina država članica odluči provesti Direktivom predviđenu iznimku u svom nacionalnim pravu.¹⁰⁵

103 Prema odredbi čl. 4. st. 4. t. a) Direktive 2011/7/EU.

104 Riječ je o Direktivi Komisije 2006/111/EZ od 16. studenoga 2006. o transparentnosti financijskih odnosa između država članica i javnih poduzetnika kao i o financijskoj transparentnosti unutar određenih poduzetnika (*Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings*), OJ. L 318, 17.11.2006. (dalje u tekstu: Direktiva 2006/111/EZ). Kako odredba čl. 4. st. 4. t. a) Direktive 2011/7/EU izravno upućuje na pojam javnog poduzetnika iz Direktive 2006/111/EZ, potrebno je uzeti da taj pojam u smislu odredaba Direktive 2011/7/EU ima ono isto značenje koje mu je dano odredbama Direktive 2006/111/EZ. Odredbom čl. 2. Direktive 2006/111/EZ javni poduzetnici definirani su kao oni poduzetnici „u odnosu na koje javne vlasti mogu neposredno ili posredno imati prevladavajući utjecaj temeljem prava vlasništva, financijskim sudjelovanjem ili zbog propisa koji se na njih primjenjuju“, pri čemu se pretpostavlja da javne vlasti imaju prevladavajući utjecaj kada „u odnosu na tog poduzetnika, neposredno ili posredno: a) imaju većinski udio u temeljnom kapitalu, ili b) drže većinu glasova koji proizlaze iz dionica tog poduzetnika, ili c) mogu imenovati više od polovine članova uprave, upravnog ili nadzornog odbora“. O tumačenjima pojma „javni poduzetnik“, danim od strane Europskog suda, u kontekstu ranijih direktiva koje su navedeni pojam određivale na u bitnome isti način kao i Direktiva 2006/111/EZ vidi više u: Craig, P. i De Búrca, G., *EU Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2003., str. 1124. - 1126.

105 Slovenski ZPreZP nije iskoristio ovu iznimku, ali je predvidio da se njegove odredbe ne primjenjuju na Banku Slovenije kada djeluje u okviru svojih isključivih nadležnosti (prema odredbi čl. 2. st. 4. slovenskog ZPreZP-a iz 2011., odnosno odredbi čl. 5. slovenskog ZPreZP-a iz 2012.). Talijanski zakonodavac iskoristio je ovu iznimku propisavši za ove kategorije pravnih subjekata rok od 60 dana (prema odredbi čl. 4. st. 5. t. a) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192). U hrvatskom pravu, ZRINO nije bio predvidio ovu posebnu iznimku, ali je ZFPPN-om protivno Direktivi 2011/7/EU od primjene odredaba o rokovima ispunjenja novčanih obveza izuzeo cjelokupni financijski sektor. Naime, odredbe kojima se transponira direktiva u hrvatsko pravo sadržane su u glavi II. ZFPPN-a, a prema odredbi čl. 4. st. 3. ZFPPN-a odredbe glave II. „ne odnose se na financijske institucije, kreditne unije, investicijska društva i društva za upravljanje investicijskim fondovima, kreditne institucije, društva za osiguranje i reosiguranje, leasing društva, institucije za platni promet čija je pretežita djelatnost pružanje platnih usluga i institucije za elektronički novac čija je pretežita djelatnost izdavanje elektroničkog novca.“ Također, suprotno zahtjevima Direktive 2011/7/EU, ZFPPN pod pojmom poduzetnika iz čl. 3. st. 1. t. 1. ZFPPN-a nije uključio i osobe slobodnih zanimanja. Za kritiku ovog uređenja vidi: Pavičić, D., *Rokovi ispunjenja novčanih obveza prema...*, op. cit. u bilj. 6, str. 4. – 5.; Tot, I., *Combating Late Payment...*, op. cit. u bilj. 9, str. 5.; Tot, I., *Pojmovi „poduzetnik“ i „javna vlast“...*, op. cit. u bilj. 10, str. 25.

O ovom produženju zakonskog roka ispunjenja novčane obveze, države članice obvezne su podnijeti zasebno izvješće Europskoj komisiji, i to najkasnije do 16. ožujka 2018.¹⁰⁶ Na temelju podnesenih izvješća, Komisija je obvezna sastaviti posebno izvješće u kojemu će istaknuti koje su države članice iskoristile Direktivom predviđenu iznimku, te prikazati učinke koje takvo postupanje ima na funkcioniranje unutarnjeg tržišta, a posebno na male i srednje poduzetnike.¹⁰⁷ Ovo izvješće Komisije treba biti popraćeno odgovarajućim prikladnim prijedlozima, a Komisija ga je dužna podnijeti Europskom parlamentu i Vijeću.¹⁰⁸

5.3. Druga posebna iznimka iz Direktive 2011/7/EU

Poseban pravni režim u pogledu zakonskog roka ispunjenja novčane obveze predviđen je Direktivom 2011/7/EU i za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima se kao dužnik novčane obveze pojavljuje osoba javnog prava koja je ovlaštena obavljati djelatnost zdravstvene skrbi. Državama članicama dopušteno je Direktivom za takve ugovore propisati duži zakonski rok ispunjenja novčane obveze, i to do maksimalno 60 dana, koji će se primjenjivati u slučaju da ugovorne strane nisu ugovorile rok ispunjenja novčane obveze.¹⁰⁹

Razlog ovog pristupa Direktive 2011/7/EU dan je u odredbama preambule Direktive koje ističu da stanje sa zdravstvenim uslugama u velikom broju država članica u pogledu zakašnjenja s plaćanjem predstavlja poseban razlog za zabrinutost.¹¹⁰ Istraživanja su pokazala ne samo da su diljem Europske unije uobičajeni dugi ugovorni rokovi ispunjenja novčanih obveza u zdravstvenom sektoru u trajanju od 120 do 220 dana, već i da pored tako dugih rokova ispunjenja, dužnici svoje novčane obveze ispunjavaju sa zakašnjenjem i do 300 dana.¹¹¹ Direktiva ističe kako su svi sustavi zdravstvene skrbi na razini Europske unije kao temeljni dio europske socijalne infrastrukture suočeni s izazovima utvrđivanja prioriteta zdravstvene skrbi na način koji bi trebao uravnotežiti potrebe pojedinih pacijenata s dostupnim financijskim izvorima, zbog čega je državama članicama potrebno omogućiti da dodijele osobama javnog prava koje pružaju zdravstvenu skrb određenu fleksibilnost u ispunjavanju njihovih obveza.¹¹² Međutim, i uz takvu fleksibilnost Direktiva ističe da su države članice dužne poduzimati sve što

106 Prema odredbi čl. 4. st. 4. Direktive 2011/7/EU.

107 Ibid.

108 Ibid.

109 Odredba čl. 4. st. 4. t. b) Direktive 2011/7/EU.

110 Prema odredbi točke 25. preambule Direktive 2011/7/EU..

111 Albert, J. (ur.), Study on the effectiveness of EC legislation on combating late payment, 2006., dostupno na: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/late-payments/index_en.htm>, 21. srpnja 2011., str. 218. - 223. Navedena studija je prva studija koju je Europska komisija naručila radi analize učinaka Direktive 2000/35/EZ, a za Europsku komisiju ju je pripremlilo odvjetničko društvo Hoche-Demolin-Brulard-Barthelemy sa sjedištem u Bruxellesu.

112 Prema odredbi točke 25. preambule Direktive 2011/7/EU.

je potrebno kako bi osigurale da se plaćanje u zdravstvenom sektoru odvija unutar zakonskih rokova ispunjenja novčanih obveza, odnosno do 60 dana.¹¹³

Opredijele li se države članice za ovu Direktivom dopuštenu posebnu iznimku,¹¹⁴ one su također i o ovom produženju zakonskog roka ispunjenja novčane obveze obvezne podnijeti zasebno izvješće Europskoj komisiji, i to najkasnije do 16. ožujka 2018., a na temelju tih izvješća, Komisija je također obvezna sastaviti posebno izvješće popraćeno odgovarajućim prikladnim prijedlozima i podnijeti ga Europskom parlamentu i Vijeću.¹¹⁵

6. ZAKLJUČAK

Prijeporno pitanje uređuju li Direktiva 2000/35/EZ i Direktiva 2011/7/EU zakonske rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza iz trgovačkih ugovora ili samo rokove dospijeca zateznih kamata moguće je riješiti teleološkom interpretacijom odredaba obje direktive. Proizlazi da obje direktive uređuju zakonske rokove ispunjenja primarnih novčanih obveza jer bi oprečno stajalište bilo u protivnosti s njihovim ciljevima i s svrhom, a to su zaštita vjerovnika novčanih obveza od negativnih učinaka zakašnjenja s plaćanjem.

Prostora za daljnja poboljšanja uređenja zakonskih rokova ispunjenja novčanih obveza sadržanog u Direktivi 2011/7/EU zasigurno još uvijek ima dovoljno, kao što su to pokazali i brojni u radu analizirani primjeri.

Jedno od mogućih rješenja *de lege ferenda* koje bi zasigurno bilo povoljnije za vjerovnika novčane obveze od pravnog režima uspostavljenog Direktivom 2011/7/EU jest i rješenje da je dužnik novčane obveze, ako ugovorne strane nisu ugovorile rok ispunjenja novčane obveze, obvezan ispuniti novčanu obvezu odmah kada ga

113 Ibid.

114 Slovenski zakonodavac nije iskoristio ovu dopuštenu iznimku ni odredbama ZPreZP-a iz 2011., ni odredbama ZPreZP-a iz 2012. Talijanski zakonodavac iskoristio je ovu iznimku propisavši za ove kategorije pravnih subjekata rok od 60 dana (prema odredbi čl. 4. st. 5. t. b) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 231, u vezi s odredbom čl. 1. st. 1. t. d) talijanskog Zakonodavnog dekreta br. 192). U hrvatskom pravu, odredbom čl. 3. st. 3. ZRINO-a bila je predviđena ova iznimka, ali ne u cijelosti u skladu s Direktivom 2011/7/EU. Naime, ZRINO je umjesto dužeg zakonskog roka ispunjenja novčane obveze, na ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je dužnik novčane obveze Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje ili javna zdravstvena ustanova („zavod koji provodi obvezno zdravstveno osiguranje ili zdravstvena ustanova čiji je osnivač Republika Hrvatska, jedinica područne (regionalne) samouprave ili grad“) u cijelosti primijenio isti pravni režim kao i za ugovore među poduzetnicima (za kritiku ovog uređenja vidi: Šafranko, Z., Kritički osvrt... - drugi dio..., op. cit. u bilj. 9, str. 1233. – 1235.). ZFPN ne sadrži posebne odredbe kojima bi ovi pravni subjekti bili različito uređeni, stoga će se u ugovorima s poduzetnicima u kojima su ovi subjekti dužnici novčanih obveza primjenjivati isti pravni režim koji općenito vrijedi za ugovore između poduzetnika i osoba javnog prava u kojima je osoba javnog prava dužnik novčane obveze.

115 O ovim obvezama država članica i Europske komisije vidi više *supra* u bilj. 106 – 108 i tekstu rada vezanom uz te bilješke.

vjerovnik na to pozove ili u roku koji mu je vjerovnik jednostrano odredio svojim pozivom na plaćanje. U slučaju da takav poziv vjerovnika izostane i po proteku roka od 30 dana od dana primitka robe ili usluge, dužnik je obvezan ispuniti novčanu obvezu protekom zakonskog roka ispunjenja novčane obveze od 30 dana od dana primitka robe ili usluge. Svakako bi bilo poželjno i nekom budućom preinakom Direktive 2011/7/EU na popis nepoštenih ugovornih odredbi uvrstiti i odredbu ugovora među poduzetnicima kojom se određuje dan primitka ili slanja računa.

U radu opisane manjkavosti uređenja predviđenog Direktivom 2011/7/EU ujedno predstavljaju i nedostatke odredbi o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem sadržanih u predloženoj Zajedničkom europskom pravu kupoprodaje. Naime, te odredbe Zajedničkog europskog prava kupoprodaje u bitnome su u cijelosti istovjetne s odredbama Direktive 2011/7/EU.

I u izostanku budućih preinaka Direktive 2011/7/EU, kojima bi se postigao još viši stupanj zaštite vjerovnika novčanih obveza, na državama članicama je mogućnost da u nacionalnom pravu predvide rješenja koja će za vjerovnike novčanih obveza biti povoljnija od rješenja predviđenih Direktivom 2011/7/EU. Hoće li i na koji način države članice tu mogućnost i iskoristiti, ostaje nam za vidjeti nakon protoka roka za implementaciju Direktive 2011/7/EU.

Summary

STATUTORY PERIODS OF PERFORMANCE OF MONETARY OBLIGATIONS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS IN EU LAW

This paper deals with the provisions of the Directive 2011/7/EU on combating late payment in commercial transactions which regulate the statutory periods of performance of monetary obligations in commercial transactions. The latter are to be applied in case no payment period has been agreed by the parties to the contract. In light of the fact that there are disputes in the legal doctrine regarding the question whether or not the Directive 2011/7/EU, as well as the earlier Directive 2000/35/EC, regulates statutory periods of performance of primary monetary obligations in commercial transactions, the paper focuses primarily on this controversial issue. Following a conclusion that the teleological interpretation requires that provisions of both directives are interpreted in a way that EU Member States are obliged to set forth in their national laws the statutory periods of performance of primary monetary obligations in commercial transactions, the provisions of the Directive on statutory periods of performance of monetary obligations are analyzed as well. The aim of the paper is to determine whether an adequate level of creditor protection from negative effects of late payment can be achieved by the provisions of the Directive. With this in mind, the deficiencies of the existent legal regime are underlined, while providing for more satisfactory legal solutions *de lege ferenda*. The provisions of the Directive 2011/7/EU are examined in comparison to the provisions of the earlier Directive 2000/35/EC and in comparison to the provisions of the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law which were partially prepared on the basis of the provisions of the Directive 2011/7/EU.

Key words: *statutory periods of performance of monetary obligations, statutory payment periods, Directive 2000/35/EC, Directive 2011/7/EU.*

Zusammenfassung

GESETZESFRISTEN ZUR ERFÜLLUNG VON GELDVERBINDLICHKEITEN AUS HANDELSVERTRÄGEN IM EU-RECHT

Der Gegenstand dieser Arbeit sind die Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU über die Bekämpfung vom Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, welche sich auf Gesetzesfristen zur Erfüllung von Geldverpflichtungen aus Handelsverträgen beziehen und welche, im Falle, dass die Parteien die Frist der Erfüllung von Geldverbindlichkeit im Vertrag nicht bestimmt haben, angewendet werden sollten. In Bezug auf die Streitigkeiten in der Rechtsliteratur, ob die Richtlinie 2011/7/EU oder die frühere Richtlinie 2000/35/EG die Fristen zur Erfüllung primärer Geldverbindlichkeiten aus Handelsverträgen regelt oder nicht, wird in der Arbeit zunächst diese umstrittene Frage beantwortet. Nach der Feststellung, dass es aus teleologischen Interpretation von Bestimmungen beider Richtlinien hervorgeht, dass die Mitgliedsstaaten der EU dazu verpflichtet sind, die Gesetzesfristen zur Erfüllung primärer Geldverbindlichkeiten aus Handelsverträgen im innerstaatlichen Recht zu regeln, wird in der Arbeit an die Analyse der Bestimmungen der Richtlinie bezüglich der Gesetzesfristen zur Erfüllung von Geldverbindlichkeiten herangegangen. Das Ziel der Arbeit ist die Feststellung, ob durch die Bestimmungen der Richtlinie der entsprechende Schutz der Gläubiger von Geldverbindlichkeiten vor negativen Auswirkungen des Zahlungsverzugs erreicht werden kann. Es wird auf die Mängel der in der Richtlinie beinhaltenden Regelung hingewiesen und es werden Vorschläge für mehr angemessene Rechtsbeschlüsse de lege ferenda dargestellt. Die Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU werden durch Vergleich mit den Bestimmungen der früheren Richtlinie 2000/35/EG und durch Vergleich mit den Bestimmungen des Verordnungsvorschlags der EU über das Gemeinsame Europäische Kaufrecht, welcher teilweise aufgrund Bestimmungen der Richtlinie 2011/7/EU vorbereitet wurde, analysiert.

Schlüsselwörter: *Gesetzesfristen zur Erfüllung der Geldverbindlichkeiten, gesetzliche Zahlungsfristen, Richtlinie 2000/35/EG, Richtlinie 2011/7/EU.*

Riassunto

TERMINI LEGALI PER L'ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE DERIVANTI DA TRANSAZIONI COMMERCIALI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Le disposizioni della Direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che si riferiscono ai termini legali per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie derivanti da transazioni commerciali, che vanno rispettati qualora le parti contrattuali non abbiano pattuito diversamente, rappresentano l'oggetto d'indagine del presente contributo. Posto che in dottrina non è per nulla pacifico se la Direttiva 2011/7/UE, e prima di questa la Direttiva 2000/35/CE, regoli l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie primarie derivanti da transazioni commerciali, nel lavoro si offre prima di tutto una risposta a tale controverso interrogativo. Dopo avere accertato che in base ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni di entrambe le direttive emerge l'obbligo per gli Stati membri dell'Unione di disciplinare nel diritto nazionale i termini legali di adempimento delle obbligazioni pecuniarie primarie derivanti da transazioni commerciali, nel contributo si esaminano le disposizioni della direttiva che si riferiscono ai termini legali di pagamento. Lo scopo del lavoro è di accertare se le disposizioni della direttiva consentano di raggiungere un adeguato grado di protezione del creditore atto a tutelarlo dalle conseguenze negative derivanti dal ritardo nel pagamento. Si evidenziano le lacune della direttiva e si offrono spunti de lege ferenda per delle soluzioni giuridiche maggiormente consone. Le disposizioni della Direttiva 2011/7/UE si esaminano comparandole con le disposizioni della precedente Direttiva 2000/35/CE, come anche mettendole a confronto con le disposizioni contenute nella proposta di regolamento dell'Unione europea su un diritto comune europeo della vendita, la quale è stata predisposta in parte proprio sulla base delle disposizioni della Direttiva 2011/7/UE.

Parole chiave: *termini legali di adempimento delle obbligazioni pecuniarie, termini di pagamento, Direttiva 2000/35/CE, Direttiva 2011/7/UE.*

STVARNA PRAVA NA POMORSKOM DOBRU?

Dr. sc. Jadranko Jug, sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske
Zagreb

UDK: 351.711(210.5)(497.5)
347.218.2(210.5)(497.5)
Ur.: 7. veljače 2013.
Pr.: 27. veljače 2013.
Prethodno priopćenje

Sažetak

U radu se analizira dvojba oko mogućnosti postojanja stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra, s posebnim osvrtom na provedenu pretvorbu i privatizaciju društvenih poduzeća čiju su imovinu činile nekretnine pomorskog dobra. Iako su nekretnine pomorskog dobra uvijek bile u pravnom statusu općeg dobra, svi zakoni koji su regulirali pravni status te posebne vrste nekretnina predviđali su iznimku od načelne nemogućnosti stjecanja stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra. Iznimka se odnosila na valjana stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, iako niti jedan zakon nije ni približno odredio što bi se moglo smatrati valjanim načinom stjecanja stvarnih prava, niti je odredio vremenski okvir za takva stjecanja. Uvodno se navodi povijesni prikaz pravne regulative nekretnina u pravnom statusu pomorskog dobra te način utvrđenja te posebne vrste nekretnina koje su jedine u pravnom statusu općeg dobra.

Ključne riječi: pomorsko dobro, opće dobro.

1. UVOD

Stvari su dijelovi prirode koje su u pravilu sposobne biti u vlasništvu neke fizičke ili pravne osobe. Međutim, postoje i stvari koje zbog svojih svojstava nisu u mogućnosti biti u vlasti fizičkih i pravnih osoba te one koje su takav status stekle temeljem zakona.¹ U takvom slučaju govorimo o općim dobrima. Predmet razmatranja u ovome radu neće biti opća dobra kao što su zrak, voda u jezerima, rijekama i moru koja po svojim prirodnom svojstvima ne mogu biti u vlasničkopravnom statusu,² nego nekretnine koje su temeljem zakona proglašene

1 V. Gavella, N. *et al.*; Stvarno pravo, Svezak 1., II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 136.

2 V. čl. 3. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, broj 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 143/12 – dalje ZVDSP). U toj odredbi ZVDSP-a je uz zrak, vodu u rijekama, jezerima i

općim dobrom i nalaze se u nevlasničkom režimu.

Trenutno su samo nekretnine koje čine pomorsko dobro u pravnom statusu općeg dobra.³ Takav pravni status nekretnina koje čine pomorsko dobro prisutan je na prostorima današnje RH od početka primjene Općeg građanskog zakonika,⁴ a to znači gotovo dvije stotine godina, s izuzetkom razdoblja Socijalističke Jugoslavije kada se nisu primjenjivale opće norme građanskog prava. U cijelom tom razdoblju prisutni su problemi koji su u manjoj ili većoj mjeri vezani uz nevlasnički status te vrste nekretnina.

Temeljni pravno-doktrinarni i praktični problem u svezi s nekretninama u pravnom statusu pomorskog dobra odnosi se na utvrđenje nekretnina koje čine pomorsko dobro, a s time vezano uz mogućnost postojanja stvarnih prava na nekretninama koje čine pomorsko dobro. Ako se tomu pridoda problem pretvorbe i privatizacije na nekretninama pomorskog dobra koji je u direktnoj vezi s pitanjem mogućnosti postojanja stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra, može se zaključiti da se radi o izuzetno važnom pravnom i praktičnom pitanju od interesa za sve građane Republike Hrvatske (dalje RH). Ukoliko se brzo i ne mogu jasno utvrditi nekretnine koje su u pravnom statusu pomorskog dobra, nije moguće niti učinkovito provesti upravljanje, korištenje i zaštitu nad njima a koje su onda izložene još većoj devastaciji.

moru, kao dio prirode koji po svojim značajkama ne može biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, već na uporabi svih, naveo i morsku obalu. Međutim, mišljenja smo da morska obala kao dio kopna koji je namijenjen uporabi svih, i kao nekretnina, bitno se razlikuje u svojstvima od zraka ili vode, slijedom čega se zapravo radi o dijelu kopna koje je kao takvo zakonom stavljeno u pravni status općeg dobra. Zakon o elektroničkim komunikacijama (Narodne novine, broj 73/08, 90/11 i 133/12 – dalje ZEK) u čl. 3. određuje da su radiofrekvencijski spektar te adresni i brojevni prostor prirodno ograničeno opće dobro, pa bi se također radilo o općem dobru koje zbog svojih svojstava ne može biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno.

- 3 Pomorsko dobro određuje čl. 3. st. 2. Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama (Narodne novine, broj 158/03, 100/04, 141/06, 38/09 i 123/11 – dalje ZPDML), dok je u čl. 3. st. 1. ZPDML određeno da je pomorsko dobro opće dobro.
- 4 Opći austrijski građanski zakonik proglašen je 1. lipnja 1811. u Beču pod nazivom *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer* – ABGB (Opći građanski zakonik za njemačke nasljedne teritorije – dalje OGZ). OGZ se nije počeo primjenjivati na prostorima današnje RH istodobno. OGZ je bio objavljen carskim patentom od 1. lipnja 1811., a stupio je na snagu 1. siječnja 1812. godine u austrijskim sjevernim zemljama, a zatim u ostalim pokrajinama čim budu oslobođene od francuske okupacije. U odnosu na prostor bivše SFRJ, OGZ je stupio na snagu: a) 1. siječnja 1812. u Vojnoj granici ukoliko nije bila pod vojnom okupacijom, b) 1. srpnja 1814. godine u Karlovačkoj i Banskoj granici, c) 1. svibnja 1815. godine u okruzima Postojna, Ljubljana, Novo Mesto i Beljak, d) 1. rujna 1815. godine u Istri i Gorici, e) 1. siječnja 1816. godine u Dalmaciji, f) 1. listopada 1816. godine na otocima Koločep, Korčula, Šipan, Lastovo, Vis, Mljet i Lopud, g) 1. svibnja 1853. godine u Hrvatskoj i Slavoniji, Ugarskoj, Srpskoj Vojvodini i Tamiškom Banatu, h) 29. siječnja 1855. godine OGZ se počeo primjenjivati i na one austrijske državljanke koji su živjeli u Bosni i Hercegovini, a 29. prosinca 1878., godine prema naredbi zajedničkoga austrijskoga i ugarskog ministarstva za Bosnu i Hercegovinu počeo se općenito primjenjivati u Bosni i Hercegovini, ukoliko nije bilo domaćih zakona ili se oni nisu mogli primjenjivati na nove prilike.

Problem ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru od strane društvenih poduzeća, a koja su procijenjena kod pretvorbe, utječe na gospodarstvo, pravnu sigurnost te zaštitu investitora. Osnovna kontradikcija svih dosadašnjih zakona koji su regulirali pravni status pomorskog dobra odnosi se s jedne strane na izričito načelno isključivanje mogućnosti stjecanja stvarnih prava, a s druge navođenja stečenih stvarnih prava na pomorskom dobru na valjan način.⁵ Stoga se u teoriji i praksi kontinuirano postavlja kao sporno pitanje mogućnost postojanja stvarnih prava na pomorskom dobru. Mišljenja smo da je to pitanje izravno vezano na pitanje stečenih prava i nepovredivosti prava vlasništva s ustavnopravnog i konvencijskog aspekta.⁶ Stoga će se u radu iznijeti problematika utvrđenja nekretnina u pravnom statusu pomorskog dobra te mogućnost stjecanja stvarnih prava na takvim nekretninama. Pri tomu će se iznijeti povijesni prikaz tog problema, kao i pojma i pravnih obilježja nekretnina u pravnom statusu pomorskog dobra općenito. Također će se pokušati dati određeni prijedlozi u svezi s mogućim pravnim stajalištima i rješenjima u praksi.

2. POJAM I PRAVNA OBILJEŽJA NEKRETNINA U PRAVNOM STATUSU POMORSKOG DOBRA

Pomorsko dobro vrsta je općeg dobra koje čine unutarnje morske vode i teritorijalno more, njihovo dno i podzemlje te dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen općoj uporabi ili je proglašen takvim, kao i sve što je s tim dijelom kopna trajno spojeno na površini ili ispod nje.⁷ Sambrailo pomorsko dobro definira kao dijelove državnog teritorija koji se nalaze uz more ili na moru.⁸ To određenje proizlazilo bi prvenstveno iz geografskih značajki pomorskog dobra, ali to nije

5 Radi se o svojevrstnoj proturječnosti (*Contradictio in adjecto*) jer je osnovno pravilo da na općim dobrima ne može postojati pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo.

6 V. čl. 3. i čl. 48. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 – ispr., 76/10 i 85/10 – proč. tekst – dalje Ustav RH). Ustav RH određuje nepovredivost vlasništva kao jednu od temeljnih i najviših vrednota ustavnog poretka RH, a ujedno se jamči pravo vlasništva u okviru gospodarskih prava i sloboda. Stoga je temeljno pravilo da je zabranjeno svako zadiranje u pravo vlasništva oduzimanjem ili ograničavanjem ovlasti koje čine subjektivno pravo vlasništva, bilo da se radi o javnoj vlasti ili drugim osobama. U pravnom sustavu RH nepovredivost prava vlasništva zajamčena je i odredbom čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Narodne novine – Međunarodni ugovori, broj 18/97, 6/99, 8/99, 14/02 i 1/06 – dalje Konvencija). Odredbom čl. 1. Protokola 1. jamči se svakom mirno uživanje svojeg vlasništva, te se nitko ne smije lišiti svog vlasništva osim u javnom interesu i samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Načelo proporcionalnosti jedno je od osnovnih načela koje primjenjuje Europski sud za ljudska prava u procjenjivanju odnosa između javnog i privatnog interesa kod zahtjeva zbog povrede čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju.

7 Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 820. Definicija pomorskog dobra istovjetna je kao u čl. 3. st. 2. ZPDML-a.

8 B. Sambrailo, Pomorsko dobro u teoriji i praksi, Anali Jadranskog instituta, Zagreb, 1968., str. 296.

jedina značajka koja ga određuje. Naime, daljnja je značajka pomorskog dobra funkcionalnost.⁹ Pomorsko dobro prema mjerilu funkcionalnosti čini i onaj dio kopna kao i sve što je s tim dijelom kopna trajno spojeno na površini ili ispod nje, koji je po svojim prirodnim ili umjetno stvorenim obilježjima u općoj uporabi i u funkcionalnoj vezi s morem.¹⁰ ZPDML tako dijelom kopna koji je u funkcionalnom smislu pomorsko dobro navodi morsku obalu, luke, nasipe, sprudove, hridi, grebene, plaže, ušća rijeka koje se izlijevaju u more, kanale spojene s morem te u moru i morskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva.¹¹

Morska obala je u ZPDML-u određena kao pojas kopna koji se proteže od crte srednje viših visokih voda mora koji je ograničen crtom do koje dopiru najveći valovi za vrijeme nevremena, kao i onaj dio kopna koji po svojoj prirodi ili namjeni služi korištenju mora za pomorski promet i morski ribolov, te uz druge svrhe koje su u vezi s korištenjem mora, a koji je širok najmanje šest metara od crte koja je vodoravno udaljena od crte srednjih viših visokih voda.¹² Pojas morske obale je stoga prvenstveno određen geografski i položajno u najmanjem opsegu u odnosu na udaljenost od mora,¹³ a u većem opsegu od toga zavisno od svoje namjene i funkcionalne povezanosti s korištenjem mora, u kojem je slučaju potrebno odrediti granicu pomorskog dobra.

Nekretnine koje čine pomorsko dobro prije svega su one nekretnine koje su dio morske obale, ali isto tako i luke, nasipi, sprudovi, hridi, grebeni i plaže. Te su nekretnine prema ZPDML-u opće dobro i ujedno dobro od interesa za RH, a na njima se ne mogu stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava.¹⁴ Sve građevine i drugi objekti koji su izgrađeni na nekretninama koje čine pomorsko dobro smatraju se pripadnošću pomorskog dobra.¹⁵ Nekretnine koje čine pomorsko dobro jedine su nekretnine u pravnom sustavu RH koje su izvan stvarnopravnog režima, te se prvotno postavlja pitanje njihova utvrđenja i razgraničenja u odnosu na nekretnine koje su u općem stvarnopravnom režimu.

9 *Ibid.*

10 Funkcionalna veza s morem može se odnositi na nekretnine koje su u vezi s pomorskim saobraćajem (luke, pristaništa, lukobrani, nasipi itd.) ili u vezi s drugom općom uporabom za pomorske potrebe (plaže, šetnice, sunčališta i sl.).

11 V. čl. 3. st. 3. ZPDML-a.

12 V. čl. 4. st. 1. ZPDML-a. Morsku obalu čini i dio kopna koji je nastao nasipavanjem, u dijelu koji služi iskorištavanju mora (čl. 4. st. 2. ZPDML-a).

13 Iznimka od općeg pravila predviđena je u čl. 4. st. 4. ZPDML-a kada se morskom obalom smatra i uži dio kopna ako to zahtijeva postojeće stanje na obali (potporni zidovi, zidovi kulturnih, vjerskih, povijesnih i sličnih građevina).

14 V. čl. 3. st. 1. i čl. 5. st. 2. ZPDML-a.

15 V. čl. 5. st. 1. ZPDML-a.

2.1. Utvrđenje nekretnina u pravnom režimu pomorskog dobra i njihovih granica

Pomorsko dobro čine unutarnje morske vode i teritorijalno more, njihovo dno i podzemlje te dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen općoj uporabi ili je proglašen takvim, kao i sve što je s tim dijelom kopna trajno spojeno na površini ili ispod nje. Iz takve definicije pomorskog dobra koja se nalazi u ZPDML-u, mogu se razlikovati tri vrste pomorskog dobra ovisno o vrsti stvari i njihovom položaju. Unutarnje morske vode i teritorijalno more predstavljaju vodenu komponentu pomorskog dobra koju čini more, dok dno i podzemlje ispod tog dijela mora čine nekretnine koje čine podmorsku komponentu pomorskog dobra. Obje navedene komponente, pa tako i njihove granice, određuju se prema pravilima međunarodnog prava mora.¹⁶

Treća je komponenta, a koja je predmet razmatranja, kopnena ili obalna¹⁷ sastavnica pomorskog dobra koju čine prije svega nekretnine morske obale. Osim morske obale, ZPDML kao kopnenu ili obalnu komponentu pomorskog dobra posebno navodi: luke, nasipe, sprudove, hridi, grebene, plaže, ušća rijeka koje se izljevaju u more, kanale spojene s morem te u moru i morskom podzemlju živa i neživa prirodna bogatstva. Smatramo da je potpuno nejasno zbog čega je zakonodavac živa i neživa prirodna bogatstva u moru i morskom podzemlju svrstao u dio kopna koji je po svojoj prirodi namijenjen općoj uporabi ili je proglašen takvim. Tu se radi dijelom o pokretninama, a ukupno o dijelu vodene i podmorske sastavnice pomorskog dobra. Isto bi se moglo odnositi na ušća rijeka koje se izljevaju u more i kanale spojene s morem, koji bi također pripadali u vodenu i podmorsku komponentu pomorskog dobra.

ZPDML nasipe posebno navodi kao dio kopna koji je pomorsko dobro, a nakon toga određuje da morsku obalu čini i dio kopna koji je nastao nasipavanjem.¹⁸ Također se posebno u ZPDML-u navode plaže kao pomorsko dobro, iako se zapravo radi o dijelu morske obale.¹⁹ Kod sprudova, hridi i grebena radi se očigledno o istom

16 Tako Rudolf definira međunarodno pravo mora kao sustav međunarodnih pravila kojima se uređuju granice vlasti na moru, prava i obveze međunarodnih subjekata u pojedinim područjima mora, morskog dna i podzemlja, reguliraju njihovi međusobni odnosi izazvani različitim uporabama i iskorištavanjem mora i podmorja, uređuje racionalno gospodarenje, proučavanje, zaštita, očuvanje i poboljšavanje bogatstva mora, podmorja i morskog okoliša (V. Rudolf, D.; Međunarodno pravo mora, Zagreb, JAZU, 1985., str. 5.). Kao osnovni pravni izvor za međunarodno pravo mora služi Konvencija Ujedinjenih naroda o pravu mora od 10. prosinca 1982., koja je stupila na snagu 16. studenog 1994., a RH je položila odgovarajuću notifikaciju o sukcesiji kod glavnog tajnika Ujedinjenih naroda 5. travnja 1995. Tekst Konvencije Ujedinjenih naroda o pravu mora u izvorniku na engleskom jeziku i u prijevodu na hrvatski jezik objavljen je u Narodnim novinama, broj 9/2000., od 20. lipnja 2000.

17 Kundih tako koristi pojam obalna komponenta pomorskog dobra. V. Kundih, B.; Pomorsko dobro i granice pomorskog dobra, Zagreb, Edicija Božičević, 2000., str. 7.

18 V. čl. 3. st. 3. i čl. 4. st. 2. ZPDML-a.

19 *Ratio* posebnog naglašavanja nasipa i plaža u ZPDML-u kao pomorskog dobra mogao bi biti u tomu da je zakonodavac htio posebno naglasiti da ti dijelovi morske obale predstavljaju

razlogu posebnog navođenja kao pomorskog dobra da bi se naglasila nesporna pripadnost pomorskom dobru. Međutim, iako je zakonodavac pokušao u što većoj mjeri odrediti nekretnine koje čine nesporno pomorsko dobro, u naravi će se uvijek pojaviti potreba utvrđivanja u svakom konkretnom slučaju radi li se o hridi, sprudu, grebenu ili do kuda se proteže u kopno plaža. Isto se odnosi na utvrđenje morske obale izvan nespornih šest metara, odnosno na utvrđenje o tome koji dio kopna po svojoj prirodi ili namjeni služi korištenju mora.

Morska obala kao nekretnine koje čine pomorsko dobro, određuje se prvenstveno kao pojas kopna koji je ograničen crtom do koje dopiru najveći valovi za nevremena, a proteže se od crte srednjih, viših, visokih voda mora.²⁰ Početnu crtu srednjih viših visokih voda utvrđuje Hrvatski hidrografski institut, a od te crte morska obala se proteže najmanje šest metara u kopno. Prva iznimka od toga osnovnog načina utvrđenja morske obale je kada za nevremena najveći valovi dopiru dalje od šest metara u kopno. Druga iznimka odnosi se na funkcionalnu vezu s korištenjem mora šireg pojasa od osnovnih šest metara koji se proteže u kopno. Funkcionalna povezanost šireg pojasa kopna s korištenjem mora očituje se kao dio kopna koji po svojoj prirodi ili namjeni služi korištenju mora.

Kundih definira dio kopna koji prema svojoj prirodi služi korištenju mora kao onaj dio morske obale koji se nalazi u takvom prirodnom stanju da svakome omogućava korištenje mora, dok dio kopna koji po svojoj namjeni služi korištenju mora veže za prostorne planove te namjenu i korištenje koji su njima određeni.²¹ U svakom slučaju, granice morske obale izvan najmanje šest metara uvijek će trebati odrediti u upravnom postupku predviđenim u ZPDML-u.²² Kao posebnu iznimku ZPDML je predvidio mogućnost da se morskom obalom smatra i uži dio kopna od najmanje šest metara od crte srednjih viših visokih voda mora kada to zahtijeva postojeće stanje na obali.²³

nesporno pomorsko dobro uz nesporni dio morske obale (pojas kopna koji je ograničen crtom do koje dopiru najveći valovi za vrijeme nevremena, a gledajući od crte srednjih viših visokih voda).

- 20 U Pomorskom zakoniku (Narodne novine, broj 17/94, 74/94 i 43/96 – dalje PZ) nesporna morska obala bila je određena od crte srednjih niskih voda, a što je izazivalo kritike jer se područje između crte niske i crte visoke vode prije moglo svrstati u vodenu odnosno podmorsku komponentu pomorskog dobra. O tome, v. Kundih, Pomorsko dobro i granice pomorskog dobra, *op. cit.*, str. 24.
- 21 Kundih, B., *Određivanje granica pomorskog dobra de lege ferenda*, Pomorsko dobro, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 102.
- 22 U čl. 14. ZPDML-a propisano je tko utvrđuje granicu pomorskog dobra i na čiji prijedlog, sastav povjerenstva za određivanje granice pomorskog dobra, tko osniva povjerenstvo te da je protiv rješenja povjerenstva moguće uložiti žalbu. Postupak, mjerila za utvrđivanje granice pomorskog dobra i sastav županijskog povjerenstva za granice propisala je Vlada RH Uredbom o postupku utvrđivanja granice pomorskog dobra (Narodne novine, broj 8/04 i 82/05).
- 23 V. čl. 4. st. 4. ZPDML-a. Odluku o tomu donosi Ministarstvo na prijedlog županijskog poglavarstva, a kao razlozi za određenje morske obale u užem dijelu od uobičajenog su, primjerice, navedeni potporni zidovi, zidovi kulturnih, vjerskih, povijesnih i sličnih građevina. Takvo određenje morske obale može se koristiti u svim onim slučajevima kada treba pragmatički

Luke su u ZPDML-u posebno navedene kao dio kopna koji čini pomorsko dobro, iako se kao i kod plaža, nasipa, sprudova, hridi i grebena radi o nekretninama koje ujedno mogu biti i dio morske obale, posebno jer se radi o namjeni tog prostora koji služi za pomorski promet i za korištenje mora. Luke se dijele na luke otvorene za javni promet i na luke za posebne namjene, a mogu biti otvorene za međunarodni promet ili za domaći promet.²⁴ Granice luke, a ujedno pomorskog dobra, određuje lučko područje²⁵ koje obuhvaća jedan ili više morskih i kopnenih prostora (lučki bazeni), koji se koristi za obavljanje lučkih djelatnosti, a kojim upravlja lučka uprava, odnosno ovlaštenik koncesije. Granica pomorskog dobra ne mora se uvijek podudarati s granicom lučkog područja. Tako je moguće da granica pomorskog dobra bude šira od granice lučkog područja, ali nikada ne može biti uža od granice lučkog područja, s obzirom na to da ZPDML luke uključuje u cijelosti u pomorsko dobro.²⁶ Uredba o postupku određivanja granica pomorskog dobra određuje da se granica pomorskog dobra, odnosno granica lučkog područja utvrđuje rješenjem u upravnom postupku koje donosi Povjerenstvo Ministarstva, osim kada se određuje granica lučkog područja u lukama otvorenim za javni promet.²⁷

U odnosu na nasipe, koji se u ZPDML-u posebno navode kao dio kopna koji čini pomorsko dobro,²⁸ a zatim se u morsku obalu uključuju i dijelovi kopna nastali nasipavanjem u dijelu koji služi iskorištavanju mora,²⁹ vidljiva je kontradikcija u

riješiti pitanje građevina unutar pojasa od šest metara od crte mora, a u odnosu na koje postoje određena stečena prava.

- 24 V. čl. 40. st. 1. i 2. ZPDML-a. Daljnja podjela luka otvorenih za javni promet je prema veličini i značaju za RH, pa se luke otvorene za javni promet dijele na luke osobitoga (međunarodnoga) gospodarskog interesa za RH, luke županijskog značaja i luke lokalnog značaja (čl. 42. st. 1. ZPDML-a). Luke posebne namjene prema djelatnostima mogu biti vojne luke, luke nautičkog turizma, industrijske luke, brodogradilišne luke te sportske, ribarske i druge luke slične namjene. Prema značaju za RH dijele se na luke od značaja za RH i luke od županijskog značaja (čl. 42. st. 2. i 3. ZPDML-a). O morskim lukama v. više Hlača, V., *Pravni režim pomorskog dobra, posebice morskih luka u hrvatskom zakonodavstvu*, Pomorski zakonik, broj 34., 1996.
- 25 Vlada RH određuje lučko područje u lukama otvorenim za javni promet osobitog (međunarodnoga) gospodarskog interesa za RH u skladu s prostornim planom (čl. 47. st. 1. ZPDML-a). Županijsko poglavarstvo utvrđuje lučko područje za sve luke otvorene za javni promet županijskog i lokalnog značaja na svom području u skladu s prostornim planom i uz suglasnost Vlade RH (čl. 74. st. 1. ZPDML-a). Odluku o osnivanju vojne luke, kao luke posebne namjene, donosi Vlada RH na prijedlog ministra obrane, dok se ostale luke posebne namjene određuju odlukom o davanju koncesije (čl. 80. st. 1. i 3. ZPDML-a).
- 26 Tako je moguće da određena luka posebne namjene obuhvaća pojas pomorskog dobra samo na moru (dio morske komponente pomorskog dobra). U tom slučaju lučko područje uopće ne zahvaća nesporni dio kopna koji je pomorsko dobro (šest metara od crte srednjih viših visokih voda mora). Međutim, ZPDML u čl. 2. st. 1. toč. 4. kod definiranja lučkog područja ne uvažava takvu faktičnu mogućnost jer granicu lučkog područja izjednačuje s granicom pomorskog dobra.
- 27 Lučko područje kod luka otvorenih za javni promet utvrđuje Vlada RH u skladu s prostornim planom (čl. 47. st. 1. ZPDML-a).
- 28 V. čl. 3. st. 2. ZPDML-a.
- 29 V. čl. 4. st. 2. ZPDML-a.

odnosu na utvrđenje tog dijela kopna kao pomorskog dobra. Postavlja se pitanje je li svaki nasip ujedno i nasipavanje i obrnuto.³⁰ Smatramo da je zakonodavac pod nasipima razumijevao umjetno nastalo pomorsko dobro³¹ u svrhu zaštite od mora i u svrhu pomorskog prometa, a kod nasipavanja na ljudsko djelovanje u svrhu povećanja morske obale i kopna u odnosu na more, a u svrhu koja ne mora uvijek biti povezana s korištenjem mora. Vjerojatni razlog za određivanje morske obale nastale nasipavanjem pomorskim dobrom samo u dijelu koji služi iskorištavanju mora je da se nasipavanje mora provodilo desetljećima, te da su čitavi dijelovi jadranskih gradova i naselja nastali na takvim dijelovima kopna. Međutim, takav pragmatički pristup omogućio je daljnja nasipavanja i devastacije morske obale i pomorskog dobra jer nije određen vremenski okvir takvih nasipavanja. S obzirom na odredbe ZPDML-a o nasipima i dijelu kopna nastalom nasipavanjem, može se zaključiti da bi se u slučaju nasipa i nasipavanja koja su u vezi s korištenjem mora i služe iskorištavanju mora radilo o nekretninama koje čine pomorsko dobro, a što je faktično pitanje u svakom konkretnom slučaju.

Sprudovi, hridi, grebeni i plaže smatraju se pomorskim dobrom i zakonodavac ih je posebno izdvojio u odnosu na morsku obalu. Nekretnine koje se u naravi mogu utvrditi kao takve bile bi *ex lege* pomorsko dobro. Stoga je za utvrđenje tih nekretnina kao pomorskog dobra bitno faktično stanje, a ne formalno koje je eventualno upisano u zemljišne knjige.³² Neki autori smatraju da u slučaju kada je određena zemljišna čestica u zemljišnim knjigama upisana kao nekretnina prema kultur, koja se prema ZPDML-u smatra dijelom kopna koje je pomorsko dobro, ne treba utvrđivati faktično stanje jer se razumijeva da je cijela zemljišna čestica tada pomorsko dobro.³³ Mišljenja smo da takav pristup utvrđenju i određivanju nekretnina koje čine pomorsko dobro nije ispravan, iako se radi o pragmatičnom pristupu prema kojem bi se sve nekretnine, za koje je u zemljišnim knjigama navedena kultura koju ZPDML-u definira kao pomorsko dobro, automatizmom upisivale u zemljišne knjige kao pomorsko dobro bez potrebe provođenja postupka određivanja granica pomorskog dobra.

30 Taj problem nije postojao u vrijeme važenja PZ-a, jer je u čl. 50. st. 5. PZ-a bilo samo određeno da morska obala uključuje i dio kopna nastao nasipavanjem, bez navođenja u dijelu koji služi iskorištavanju mora.

31 Sambrailo dijeli pomorska dobra prema načinu postanka, na prirodna i umjetna. Prirodno pomorsko dobro je ono koje je nastalo djelovanjem prirodnih sila kao što su more, morska obala, prirodne luke, ušća rijeka i dr., a umjetno pomorsko dobro nastalo je ljudskom djelatnošću kao što su umjetne morske luke, umjetni morski kanali, nasipi i sl. (V. Sambrailo, *op. cit.*, str. 324. i 325. prema Zanobini, G.; Corso di diritto amministrativo, Milano, 1945. vol. IV, str. 30.).

32 Primjerice ako je neka zemljišna čestica upisana u zemljišne knjige s oznakom kulture u posjedovnici kao plaža, to još uvijek ne mora značiti da je ta zemljišna čestica ili njezin dio pomorsko dobro. Smatramo da je za pripadnost nekretnine pomorskom dobru bitna stvarna i faktična funkcionalna veza s morem, odnosno u slučaju plaže treba utvrditi da se zaista radi o nekretnini i zemljišnoj čestici koja služi u tu svrhu.

33 V. Frković, S., *Pomorsko dobro i praksa sudova te uloga države i državnog odvjetništva, Pomorsko dobro, Inženjerski biro, Zagreb, 2005.*, str. 181.

Može se zaključiti da je za utvrđenje zemljišnih čestica kao nekretnina koje čine pomorsko dobro (kopnena komponenta pomorskog dobra) u pravilu uvijek potrebno provesti postupak utvrđenja granica pomorskog dobra, čime se ujedno nedvojbeno utvrđuju nekretnine koje čine pomorsko dobro. Kada se radi o morskoj obali, koja je u pojasu od najmanje šest metara od crte viših visokih voda mora i koja je nesporno pomorsko dobro,³⁴ uvijek postoji mogućnost da je u funkcionalnoj vezi s korištenjem mora i širi pojas kopna, a to se jedino može utvrditi u postupku određivanja granice pomorskog dobra. Kod luka se granice pomorskog dobra uvijek određuju kroz određivanje lučkog područja temeljem odluke nadležnog tijela ili u postupku iz čl. 14. ZPDML-a. U drugim slučajevima nekretnina, koje su temeljem ZPDML-a *ex lege* proglašene pomorskim dobrom, jedino se u postupku određivanja granica pomorskog dobra može nedvojbeno i faktično utvrditi da su ispunjene zakonske pretpostavke za svrstavanje određene nekretnine u pravni status pomorskog dobra.

Građevine i drugi objekti koji se nalaze na zemljišnim česticama koje su utvrđene kao pomorsko dobro i koji su trajno povezani s pomorskim dobrom, smatraju se pripadnošću pomorskog dobra, a na pomorskom dobru nema mogućnosti stjecanja prava vlasništva niti drugih stvarnih prava.³⁵ Takva odredba ZPDML-a u skladu je s načelom jedinstvenosti nekretnine (*superficies solo cedit*), s time da u odnosu na nekretnine koje čine pomorsko dobro ne vrijedi iznimka od načela jedinstvenosti nekretnine predviđena u ZVDSP-u za zgrade i druge građevine koje od zemljišta ili općeg dobra pravno odvaja na zakonu zasnovana koncesija, koja svog nositelja ovlašćuje da na tom zemljištu ima takvu zgradu ili građevinu u svom vlasništvu.³⁶

Kod utvrđenja nekretnina koje čine pomorsko dobro poseban problem predstavlja odredba ZPDML-a u prijelaznim i završnim odredbama koja je suprotna općem pravilu o nemogućnosti stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na pomorskom dobru.³⁷ Tom je odredbom *argumentum a contrario* predviđena mogućnost postojanja prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava na pomorskom dobru, jer se njome određuje da su nevaljani upisi prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava na pomorskom dobru za koje se ne može dokazati valjani način

34 Osim iznimke iz čl. 4. st. 4. ZPDML-a.

35 V. čl. 5. ZPDML-a.

36 V. čl. 2. st. 3. i čl. 9. st. 1. ZVDSP-a te čl. 2. Zakona o zemljišnim knjigama (Narodne novine, broj 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08 i 126/10 – Odluka USRH – dalje ZZK). Iznimke od načela jedinstvenosti nekretnine postoje u slučaju postojanja stvarnog prava koje svojeg nositelja ovlašćuju da na tuđem zemljištu ima u svojem vlasništvu zgradu ili neku drugu građevinu, a što može imati temeljem prava građenja ili prava stvarne služnosti (čl. 280. – 296. i čl. 196. ZVDSP-a), kao i temeljem koncesije osnovane na zakonu dok ta koncesija traje (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZVDSP-a). Iznimka od načela jedinstvenosti nekretnine postojala bi i u slučaju prava puta u korist infrastrukturnih operatora sukladno odredbama čl. 27. i 28. ZEK-a.

37 Odredba čl. 118. st. 1. ZPDML-a predviđa da upisi prava vlasništva ili kojega drugoga stvarnog prava na zemljištu i građevinama na pomorskom dobru za koje se ne može dokazati pravno valjan način stjecanja su pravno nevaljani.

stjecanja. Kod takve odredbe ZPDML-a koja niti približno ne određuje što bi se moglo smatrati valjanim načinom stjecanja i u kojem vremenskom okviru, otvara se čitav niz dvojbi u vezi s određivanjem nekretnina koje čine pomorsko dobro i eventualne mogućnosti postojanja stvarnih prava na njima. Upravo pravni status pomorskog dobra kao općeg dobra dodatno komplicira ovakvo kontradiktorno rješenje ZPDML-a, a kao posljedica se javljaju problemi u svezi s zaštitom i korištenjem nekretnina u pravnom statusu pomorskog dobra. Ukoliko se ne mogu sa sigurnošću utvrditi nekretnine koje čine pomorsko dobro ili je sporno može li na njima postojati neko stvarno pravo, nije moguće niti učinkovito zaštititi i koristiti takve nekretnine.

Prema odredbama ZEK-a pravo puta određeno je kao teret na nekretnini na kojoj je izgrađena elektronička komunikacijska infrastruktura (čl. 2. st. 1. toč. 41. ZEK-a) u korist infrastrukturnog operatora koji je investitor gradnje novog objekta i ispunjava pretpostavke iz čl. 27. ZEK-a ili koji glede već izgrađenog objekta ispunjava pretpostavke iz čl. 28. st. 1. ZEK-a. Iz toga proizlazi da je pravo puta kao teret na nekretnini određeno u korist individualno određenoga infrastrukturnog operatora. Radi se zapravo o svojevrsnoj zakonskoj služnosti,³⁸ a slijedom toga o stvarnom pravu koje ZEK predviđa i na nekretninama općeg (pomorskog) dobra. ZEK je *lex posterior* u odnosu na ZPDML-a, pa bi proizlazilo da derogira odredbu ZPDML-a o nemogućnosti stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru. ZPDML s jedne strane isključuje mogućnost stjecanja stvarnih prava i isključuje opće iznimke od načela jedinstvenosti nekretnine predviđene u ZVDSP-u, a zatim u čl. 118. st. 1. zapravo dopušta postojanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava stečenih na valjan način. Takvu kontradiktornost nadopunjuju i odredbe ZEK-a u svezi s mogućnosti postojanja prava puta kao svojevrsne zakonske služnosti (tereta) na nekretninama općeg dobra na kojima je izgrađena elektronička komunikacijska infrastruktura i gdje pravo puta, stečeno sukladno odredbama ZEK-a, zasigurno predstavlja valjani način stjecanja stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra.

38 Gavella smatra da se kod „prava puta“, sukladno ZEK-u, radi o svojevrsnom pseudostvarnom pravu koje do stupanja na snagu ZEK nije postojalo i koje može izazvati zabunu s obzirom na to da pravila općega stvarnopravnog uređenja već nazivaju jednu vrstu tradicionalnih prava stvarnih služnosti – služnošću puta (čl. 190. – 191. ZVDSP-a). Gavella, N., *et al.*; Stvarno pravo – posebna pravna uređenja, Svezak 3, Narodne novine, Zagreb, 2011., str. 33.

3. POVIJESNI PREGLED PRAVNE REGULATIVE NEKRETNINA U PRAVNOM STATUSU POMORSKOG DOBRA

3.1. Razdoblje od početka 19. stoljeća do kraja Drugoga svjetskog rata

U doba rimskoga prava nekretnine koje su činile morsku obalu svrstavale su se u stvari koje su zbog svojih naravnih svojstava u općoj uporabi (*in usu comunis*), slijedom čega su bile stavljene izvan prometa. Vidljivo je da je takav pristup zadržan sve do danas, jer se morska obala u ZVDSP-u svrstava u opća dobra koja zbog svojih obilježja ne mogu biti u vlasti niti jedne osobe pojedinačno, nego na uporabi svih.³⁹ Kritika takvog svrstavanja morske obale u opća dobra navedena je u uvodu kod podjele općih dobara prema načinu stjecanja takva statusa.⁴⁰ U doba feudalizma morska obala i nekretnine, koje čine pomorsko dobro u današnjem smislu tog pojma, nisu bile predmetom razmatranja opće uporabe, a slijedom toga niti nema pravne regulative koja bi se mogla razmatrati. U odnosu na današnje područje RH tek početkom 19. stoljeća i donošenjem OGZ-a započinje pravna regulativa koja je značajna za nekretnine koje čine pomorsko dobro.

OGZ je u § 287., između ostalog, morsku obalu i luke svrstao u one stvari koje su namijenjene općoj uporabi te ih je odijelio od ničijih stvari i stvari koje čine državnu imovinu. Stoga su nekretnine koje čine pomorsko dobro prema OGZ-u bile u nevlasničkom pravnom režimu, bez obzira što se upotrebljavao i termin javno dobro kao sinonim za opće dobro u današnjem značenju tog pojma. To se posebno vidi iz Naredbe o provedbi zakonskog članka XXV. iz 1914. godine i o koncesiji na morskoj obali, u kojoj se koristi termin javno dobro kao sinonim za opće dobro. Navedenom naredbom regulirana su pitanja izvlaštenja nekretnina koje postaju javno dobro (opće dobro) i postupak upisa javnog dobra u zemljišne knjige, ali se propisuje da su nasipi u moru javno dobro te način uporabe javnog dobra (morske obale) na određeno vrijeme.

Sljedeći pravni propis koji je sveobuhvatno definirao pomorsko dobro, pa tako i nekretnine koje čine pomorsko dobro, je Uredba sa zakonskom snagom o pomorskom javnom dobru.⁴¹ Usporedbom određenja pomorskog dobra iz Uredbe/39 s onima iz ZPVDLP-a, ZP-a i ZPDML-a, dolazi se do zaključka da su određenja nekretnina koje čine pomorsko dobro iz Uredbe/39 zastupljena u svim kasnijim zakonima koji su regulirali pomorsko dobro. Osim definiranja pomorskog dobra i morske obale, Uredba/39 propisivala je tko u dvojbi odlučuje što je pomorsko dobro

39 V. čl. 3. st. 2. ZVDSP-a.

40 V. *supra* bilj. 2.

41 „Službene novine Kraljevine Jugoslavije“, broj 104. od 10. svibnja 1939. – dalje Uredba/39. Nekretnine koje čine pomorsko dobro navedene su u § 1. st. 1. Uredbe/39, a to su: morska obala, uvale, morske luke i pristaništa, lukobrani i nasipi. Morska obala definirana je u § 1. st. 2., kao onaj pojas državne teritorije uzduž mora, koji je izložen morskim valovima, ili po svojoj posebnoj prirodi služi ili može služiti za svrhu pomorskog prometa i morskog ribolova i za upotrebljavanje i iskorištavanje u opće državne i narodne svrhe.

i gdje su mu granice, te mogućnost pravne zaštite protiv odluka u svezi s takvim postupanjima.⁴² Posebno je zanimljiva odredba § 17. Uredbe/39 koja je predviđala mogućnost postojanja prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava na nekretninama koje su dio pomorskog dobra stečenog na pravovaljan način, u kojem slučaju je bilo propisano pravo na izvlaštenje uz odštetu.⁴³ U slučaju da držalac nekretnine koja je pomorsko dobro ne može dokazati pravovaljani način i naslov stjecanja pomorskog dobra, bilo je predviđeno putem parnice utvrditi postojanje pomorskog dobra i upis takve nekretnine u tome pravnom statusu u zemljišne knjige.⁴⁴ Uredba/39 predstavljala je temelj svih kasnijih pravnih regulativa pomorskog dobra, uključujući nekretnine koje čine pomorsko dobro, a čak se može ocijeniti da su rješenja iz Uredbe/39 u nekim dijelovima doktrinarno prihvatljivija nego u kasnijim rješenjima.

3.2. Razdoblje od 1945. do 1991. godine

Nakon Drugoga svjetskog rata temeljem Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. i za vrijeme neprijateljske okupacije⁴⁵ prekinut je pravni kontinuitet između propisa donesenih za vrijeme neprijateljske okupacije i onih koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941. Propisi koji su bili doneseni tijekom neprijateljske okupacije, bilo da su ih donijela tijela okupatora ili njihovih pomagača na teritoriju FNRJ, proglašeni su nepostojećim, dok je u odnosu na propise koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941. Zakon o nevažnosti propisao da su izgubili pravnu snagu.⁴⁶ Međutim, Uredba/39 i odredbe § 287. OGZ-a mogli su se i dalje primjenjivati kao pravna pravila jer je Zakon o nevažnosti predviđao takvu mogućnost pod određenim uvjetima za pojedine odredbe propisa koji su bili na snazi na dan 6. travnja 1941.

Zakon o iskorištavanju luka i pristaništa prvi je zakon nakon Drugoga svjetskog rata koji je sadržavao odredbe o nekretninama koje čine pomorsko dobro,

42 V. § 2.st. 2. i 3. Uredbe/39

43 V. § 17. st. 1. i 2. Uredbe/39. Slične su se odredbe kasnije nalazile u čl. 1038. PZ-a i 118. ZPDML-a, ali niti jedan zakon, uključujući Uredbu/39, nisu navodili što se smatra valjanim načinom stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava. Stoga je do danas ostala dvojba u svezi s primjenom odredbi o valjanom načinu stjecanja stvarnih prava na nekretninama koje čine pomorsko dobro, niti je određen vremenski okvir takvog stjecanja, a ni sadržaj osnove i načina stjecanja.

44 V. § 17. st. 3. i 4. Uredbe/39. U odnosu na rješenje u čl. 118. st. 2. i 3. ZPDML-a, do stavljanja izvan snage tih odredbi od strane Ustavnog suda RH (Odluka Ustavnog suda RH-a U-I-4445/2008 i U-I 2231/2009 od 4. listopada 2011.), koji je u takvim slučajevima predviđao da će državni odvjetnik prijedlogom zemljišnoknjižnom sudu zatražiti brisanje prava vlasništva ili nekoga drugoga stvarnog prava, u Uredbi/39 bilo je predviđeno da će se putem parnice ostvariti utvrđenje pomorskog dobra i upis takve nekretnine u zemljišne knjige. Smatramo kako je rješenje iz Uredbe/39 ispravno i znatno bolje nego u pozitivnom propisu, čija odredba je neprovediva i u suprotnosti s Ustavom RH.

45 Službeni list FNRJ, broj 86/46 – dalje Zakon o nevažnosti.

46 V. čl. 1. Zakona o nevažnosti.

kao i odredbe o njihovu iskorištavanju.⁴⁷ ZILP je definirao pojam morske luke,⁴⁸ odredio je da pravo korištenja na operativnim obalama, lukobranima i neizgrađenoj morskoj obali prelazi na općine na čijem se području nalaze te nekretnine, propisao je osnivanje poduzeća luke od strane općina (općinskoga narodnog odbora) te je odredio status lučke infrastrukture i suprastrukture.⁴⁹ Prema ZILP-u, općine, odnosno u to vrijeme općinski narodni odbori, upravljaju i koriste neizgrađenu morskou obalu, a mogu je davati rješenjem radnim i drugim organizacijama radi izgradnje operativne obale, a u svrhu osobitog iskorištavanja obale osim radnim i drugim organizacijama također, i građanima.⁵⁰

Zakon o pomorskom i vodnom dobru, lukama i pristaništima iz 1974. godine⁵¹ prvi je zakon nakon Uredbe/39 koji je sustavno regulirao pravni status pomorskog dobra, uključujući nekretnine koje čine pomorsko dobro. ZPVDLP tako određuje da je pomorsko dobro u društvenom vlasništvu u općoj uporabi, da njime upravlja općina, da se na pomorskom dobru ne može stjecati pravo vlasništva ili neko drugo stvarno pravo po bilo kojoj osnovi te da se iznimno pomorsko dobro može dati na korištenje po odredbama ZPVDLP-a ili nekoga drugog zakona.⁵² ZPVDLP također definira što čini pomorsko dobro⁵³ te predviđa mogućnost postojanja prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava na pomorskom dobru i propisuje provođenje izvlaštenja takve nekretnine koja čini pomorsko dobro.⁵⁴

ZPVDLP je jedini zakon do danas koji je propisao vremenski okvir, u kojem vlasnik ili nositelj nekog stvarnog prava na nekretnini koja je pomorsko dobro, mora dokazati to svoje pravo, jer će se u protivnom pokrenuti parnica radi utvrđenja takve

47 Službeni list FNRJ, broj 24/61, Službeni list SFRJ, broj 10/65, 23/67, 2/68, Narodne novine, broj 52/71 i 52/73 – dalje ZILP, koji je stupio na snagu 21. srpnja 1961.

48 U čl. 1. ZILP-a određeno je da pomorsku luku, odnosno pristanište unutarnje plovidbe čine kopneni i vodeni prostor s izgrađenim obalama, lukobranima, potrebnim slobodnim prostorom, uređajima, postrojenjima i drugim objektima namijenjenim pristajanju brodova, ukrcavanju i iskrcavanju putnika i robe, uskladištavanju i ostalim manipulacijama robom, kao i opskrbi, popravku i zaštiti brodova od nevremena.

49 V. čl. 14., 65. i 67. ZILP-a. Općine, odnosno općinski narodni odbori, na novoosnovana poduzeća luke bili su dužni prenijeti operativne obale i lukobrane kao osnovna sredstva tih poduzeća, dok se objekti lučke nadgradnje i podgradnje izuzimaju iz pravnog statusa pomorskog dobra i imaju status osnovnog sredstva. Poduzeća luke nisu mogla prenositi pravo uporabe dijela operativne obale ili lukobrana, osim što su iznimno uz suglasnost općine mogli davati u zakup operativne obale ili njihove dijelove drugim radnim organizacijama.

50 V. čl. 55. i 56. ZILP-a.

51 Narodne novine, broj 19/74, 39/75, 17/77 i 18/81- dalje ZPVDLP.

52 V. čl. 4. st. 2. – 4. ZPVDLP-a.

53 Pomorsko dobro su morska obala, luke, lukobrani, nasipi, sprudovi, hridi, grebeni, ušća rijeka koje se izlijevaju u more, kanali spojeni s morem te ostali dijelovi obalnog mora, njihovo podmorje (morsko dno i podzemlje) i u njima živa i neživa prirodna bogatstva (čl. 4. st. 1. ZPVDLP-a).

54 V. čl. 88. st. 1. ZPVDLP-a. Javni pravobranitelj je aktivno legitimiran za pokretanje postupka izvlaštenja takve nekretnine. Mogućnost postojanja stečenih stvarnih prava na nekretninama koje čine pomorsko dobro zadržana je u zakonskim rješenjima sve do danas i predstavlja jedan od osnovnih pravnih i faktičnih problema u svezi s nekretnina koje čine pomorsko dobro (čl. 118. st. 1. ZPDML-a).

nekretnine kao pomorskog dobra.⁵⁵ Taj vremenski okvir koji je predvidio ZPVDLP je da se za stečeno stvarno pravo na nekretninama koje čine pomorsko dobro mora dokazati da je stečeno prije stupanja na snagu ZILP-a, odnosno do 21. srpnja 1961. Takvo rješenje značilo bi da je ZPVDLP prihvaćao nemogućnost stjecanja stvarnih prava na nekretninama koje čine pomorsko dobro do stupanja na snagu ZILP-a. Smatramo da je takvo rješenje iz tog zakona bilo pragmatično, poštujući faktičnu situaciju na terenu, a poštovalo je i stečena prava do određenog datuma. Također je, kao i u Uredbi/39, bilo ispravno rješenje da se u parnici utvrđuje pripadnost nekretnine pomorskom dobru, a ne podnošenjem prijedloga zemljišnoknjižnom sudu koju je odredbu čl. 118. st. 2. i 3. ZPDML-a ukinuo Ustavni sud RH.⁵⁶

Odredba ZPVDLP-a koja je predviđala mogućnost dodjele nekretnina u pravnom statusu pomorskog dobra na korištenje izazvala je nejasnoće u usporedbi s pravom korištenja, upravljanja i raspolaganja na stvarima u društvenom vlasništvu i u odnosu na koje je temeljem odredbe čl. 362. st. 1. i 2. ZVDSP-a vrijedila predmnijeva o pravu vlasništva.⁵⁷

Zbog pogrešnog upisivanja u zemljišne knjige prava korištenja nekretnina u pravnom statusu pomorskog dobra došlo je do izjednačavanja tog obveznopravnog odnosa s pravima korištenja, upravljanja i raspolaganja u društvenom vlasništvu, a stupanjem na snagu ZVDSP-a dolazilo je slijedom toga do pogrešne primjene predmnijeva o stjecanju prava vlasništva takvih nekretnina i do upisa prava vlasništva na nekretninama koje su bile pomorsko dobro.

Nakon donošenja ZPVDLP-a 10. prosinca 1975. usvojen je Pravilnik o osnivanju i vođenju katastra pomorskog dobra⁵⁸ prema kojem su općinske skupštine bile zadužene za njegovo osnivanje na teritoriju na kojem se nalazi pomorsko dobro. Međutim, na temelju tog Pravilnika, koji nije oživotvoren u praksi, osnovan je katastar pomorskog dobra samo za jednu općinu.⁵⁹

55 V. čl. 88. st. 2. ZPVDLP-a.

56 O tomu v. *supra*, bilj. 44.

57 Frković tako navodi: „*Navedeni zakon (pri tome se misli na ZPVDLP, op. a.) koristio je jezično identične pojmove – pravo korištenja pomorskog dobra koje je imalo obveznopravni karakter i zapravo je značilo pravo na korištenje koje se trebalo knjižiti kao teret na listu „C“ u zemljišnim knjigama, te parastvarno pravo koje se knjižilo uz oznaku društvenog vlasništva u listu „B“ u vlastovnici. Dakle, egzistirala su dva prava korištenja različitog pravnog značenja, što je kod interpretacije zakona stvaralo zbrku.*“ V. Frković, S., Prikaz otvorenih pitanja u odnosu na pomorsko dobro, Inženjerski biro, Zagreb.

58 Narodne novine, broj 1/76.

59 To je bilo za područje bivše općine Omiš, i to za cijelo obalno područje, odnosno za katastarske općine Duće, Jesenice, Omiš, Rogoznica i Žežavica. Te je katastarske operete potvrdila i dopustila njihovu primjenu tadašnja Republička geodetska uprava rješenjem od 30. studenog 1985. V. Maršanić. D., Evidentiranje i obilježavanje pojasa pomorskog dobra, Geodetski list, godina 53 (76) 4, Zagreb, 1999., str. 269.

3.3. Razdoblje od 1991. godine do danas

Prvi zakon u neovisnoj RH koji je regulirao materiju pomorskog dobra, a slijedom toga i pravni status nekretnina koje čine pomorsko dobro je Pomorski zakonik iz 1994. godine.⁶⁰

Pomorsko dobro bilo je regulirano u trećem dijelu zakona u tri glave koje su se odnosile na osnovne odredbe, koncesije i red na pomorskom dobru. U ostalom dijelu PZ je regulirao morski i podmorski prostor RH, sigurnost plovidbe na unutarnjim morskim vodama i teritorijalnom moru RH, osnovne materijalnopravne odnose u pogledu plovniha objekata, ugovorne i druge obvezne odnose koji se odnose na brodove, postupke u pogledu upisa plovniha objekata, ograničenja brodarove odgovornosti te izvršenja i osiguranja na brodovima. Radilo se o zakonu, koji je s obzirom na opsežnost materije koju je regulirao u svezi s morem i pomorstvom, za cilj imao cjelovito i sveobuhvatno reguliranje svih odnosa iz tog područja. Osim toga, bilo je riječ o prvom zakonodavnom aktu u RH pod nazivom Zakonik (*lat. codex; franc. code; tal. codice; njem. Gezetsbuch*), a koji se koristi za značajne zakonodavne akte koji na cjelovit i sustavan način uređuju odnose u pojedinoj grani prava.⁶¹

PZ je po prvi put jasno definirao pomorsko dobro kao opće dobro u ne vlasničkom pravnom statusu, te je ista definicija zadržana i u važećem ZPDML-u.⁶² Također su vrlo slična određenja pomorskog dobra i morske obale,⁶³ s time da su pri donošenju PZ-a zbog previda ispuštene luke iz određenja pomorskog dobra. To je ispravljeno prvom novelom PZ-a iste godine, kada je dodano i kod određenja morske obale da se radi o pojasu koji je širok najmanje šest metara od crte koja je vodoravno udaljena od crte srednjih viših visokih voda.⁶⁴ ZIDPZ je stupio na snagu 26. listopada 1994., slijedom čega bi proizlazilo da su luke u razdoblju od 22. ožujka 1994. kao dana stupanja na snagu PZ-a, pa do 26. listopada iste godine kao dana stupanja na snagu ZIDPZ-a, bile izvan pravnog režima pomorskog dobra, odnosno da su bile u vlasničkopravnom statusu. To iz razloga što je u prijelaznim i završnim odredbama PZ-a određeno da prestaje važiti ZPVDLP (čl. 1053. st. 1. toč. 2.), a koji je do stupanja na snagu PZ-a luke definirao kao pomorsko dobro (čl. 4. st. 1. ZPVDLP-a).

Takva pravna situacija otvara čitav niz dvojbi u svezi s pravnim statusom luka, a posebno u svezi s ulaganja koja su izvršena u objekte u lukama temeljem valjanih pravnih osnova. Također, postavlja se pitanje može li se takvo postupanje svrstati u očigledne pogreške zakonodavca koje nema nikakve pravne posljedice

60 Pomorski zakonik je donio Hrvatski sabor 27. siječnja 1994., a stupio je na snagu 22. ožujka 1994.

61 V. Grabovac, I., Pomorski zakonik s pojmovnim kazalom, Zagreb, Informator, 1994., Predgovor.

62 V. čl. 48. st. 1. PZ-a.

63 V. čl. 49. i 50. st. 1. PZ-a.

64 V. čl. 1. i 2. Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika (Narodne novine, br. 74/94 – dalje ZIDPZ).

ili se ponovnim svrstavanjem luka u pomorsko dobro i ne vlasnički pravni status može smatrati oduzimanjem prava vlasništva koje je provedeno bez plaćanja naknade. Smatramo da su nekretnine luka u spornom razdoblju, osim nespornog pojasa od šest metara, bile izvan režima općeg dobra te su ulaganja i gradnje na tim nekretninama valjani način stjecanja stvarnih prava, odnosno da je ponovnim svrstavanjem luka u pravni režim pomorskog dobra temeljem ZIDZPZ-a došlo do oduzimanja prava vlasništva temeljem zakona.

Osim što luke nisu šest mjeseci činile pomorsko dobro, PZ je u prijelaznim i završnim odredbama u čl. 1054. odgodio primjenu odredbi o pomorskom dobru do stupanja na snagu Zakona o morskim lukama 5. siječnja 1996.⁶⁵ Slijedom takve odredbe u prijelaznim i završnim odredbama PZ-a, postavlja se pitanje je li uopće u pravnom sustavu RH u razdoblju od gotovo dvije godine postojala pravna praznina u svezi reguliranjem pomorskog dobra. Mišljenja smo da su se u tom razdoblju jedino mogle primjenjivati odredbe Uredbe/39 kao pravna pravila temeljem Zakona o nevažnosti, i na taj način ne bi postojala pravna praznina u navedenom razdoblju zbog odgode primjene odredbi čl. 48. – 80. PZ-a do stupanja na snagu ZML-a, a u situaciji prestanka važenja odredbi ZPVDLP-a o pomorskom dobru. Međutim, neshvatljivo je postupanje zakonodavca koji je donoseći PZ s ambicijama zakonika koji je trebao sveobuhvatno regulirati materiju, između ostaloga pomorskog dobra, da ju je propustio regulirati u razdoblju od gotovo dvije godine, odnosno propustio je barem produžiti djelovanje odredbi ZPVDLP-a u svezi s pomorskim dobrom.

PZ je propisivao nemogućnost stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama koje čine pomorsko dobro,⁶⁶ ali je istodobno u čl. 1038. st. 1. priznavao stečena prava vlasništva ili druga stvarna prava po valjanoj pravnoj osnovi i načinu stjecanja, a koja su postojala nakon stupanja na snagu ZPVDLP-a. U takvom slučaju PZ je predviđao izvlaštenje objekta na pomorskom dobru uz naknadu u vidu koncesije bez naknade koja bi trajala toliko vremena dok se ne izjednači s vrijednošću objekta koji je bio predmet izvlaštenja. Kod odredbe čl. 1038. st. 1. PZ-a odmah se primjećuje da se govori o postojanju stvarnih prava na pomorskom dobru, što znači ne samo na objektima već i na zemljištu kao nekretnini, a odmah zatim se predviđa izvlaštenje samo u odnosu na objekt, a ne i u odnosu na zemljište. Stoga je nejasno je li zakonodavac „zaboravio“ navesti i zemljište ili je zapravo razumijevao da na zemljištu nema mogućnosti stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, pri čemu je pravno razdvajao zemljište od građevina. Smatramo da je zakonodavac ipak mislio da se izvlaštenje može provesti samo na objektima, uz naknadu u obliku koncesije koja traje sukladno utvrđenoj vrijednosti objekta. Također, smatramo da je zakonodavac neizravno načinio iznimku od načela jedinstvenosti nekretnine.

PZ je kao vremensku granicu za mogućnost stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru uzeo datum stupanja na snagu ZPVDLP-a, a ZPDML ne određuje takvu vremensku granicu u čl. 118. st. 1. Ukoliko vlasnik pomorskog dobra ili nositelj stvarnih prava nije mogao dokazati pretpostavke za valjani način

65 Narodne novine, broj 108/95, 6/96, 137/99 i 97/00 – dalje ZML.

66 V. čl. 51. st. 1. PZ-a, koji je identičan odredbi čl. 5. st. 2. ZPDML-a.

stjecanja tih prava na pomorskom dobru, PZ je predviđao ovlast nadležnoga javnog pravobranitelja za pokretanje sudskog postupka da se nekretnina utvrdi kao pomorsko dobro.⁶⁷ PZ je prvotno predviđao da u slučaju dvojbe predstavlja li određeno dobro pomorsko dobro, odluku o tomu donosi nadležni ministar koji ujedno određuje granicu pomorskog dobra.⁶⁸ U praksi je određivanje granice pomorskog dobra postalo pravilo, a ne iznimka i to iz istih razloga kao što je danas u primjeni ZPDML.

PZ je predviđao mogućnost sužavanja ili proširenja granice pomorskog dobra na nekretninama morske obale ovisno o potrebama i namjeni opće uporabe ili ako je to zahtijevalo postojeće stanje na morskoj obali u konkretnom slučaju,⁶⁹ a određivao je i da su morska obala i nekretnine nastale nasipavanjem.⁷⁰ Prema PZ-u, upravljanje pomorskim dobrom je ovlast RH, koja ju obavlja neposredno ili putem županija.⁷¹ Za posebnu uporabu i gospodarsko korištenje nekretnina koje čine pomorsko dobro, kao i pomorskog dobra u cjelini, PZ propisivao potrebu ishođenja koncesije.⁷²

Donošenjem ZML-a koji je stupio na snagu 5. siječnja 1996. trebalo je biti završeno cjelovito pravno uređenje nekretnina koje čine pomorsko dobro, odnosno pomorskog dobra općenito, s obzirom na to da PZ nije regulirao morske luke te su se do donošenja ZML-a primjenjivale odredbe ZPVDLP-a koje se odnose na morske luke.⁷³ ZML uređuje razvrstaj morskih luka,⁷⁴ određuje lučko područje,⁷⁵

67 V. čl. 1038. st. 3. PZ-a. Takvo je rješenje u svakom slučaju doktrinarno pravilnije od onog koje je bilo predviđeno u čl. 118. st. 2. ZPDML-a, koji je propisivao u takvoj situaciji stavljanje prijedloga nadležnom zemljišnoknjižnom sudu.

68 V. čl. 50. st. 6. PZ-a. Ta je odredba izmijenjena temeljem čl. 1. st. 2. Zakona o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika (Narodne novine, broj 43/96 – dalje ZIDPZ/96) na način da je odluku o pripadnosti određene nekretnine pomorskom dobru, odnosno o određivanju granice pomorskog dobra donosila Vlada RH uz prethodno mišljenje državnog pravobranitelja.

69 V. čl. 50. st. 4. PZ-a koji bi odgovarao čl. 4. st. 4. ZPDML-a.

70 V. čl. 50. st. 5. PZ. Razlika u odnosu na rješenje iz čl. 4. st. 2. ZPDML-a je što je PZ bezuvjetno predviđao da je dio kopna koji je nastao nasipavanjem ujedno i dio morske obale i pomorskog dobra, a ZPDML smatra pomorskim dobrom samo onaj dio koji služi iskorištavanju mora. Rješenje iz PZ-a sankcioniralo je sva nelegalna nasipavanja mora, dok je ZPDML to sankcionirao djelomično.

71 V. čl. 56. st. 1. PZ-a.

72 PZ u čl. 59. – 72. regulira pitanja davanja koncesije, pravnog sljedništva koncesionara, prijenosa koncesije, sadržaja odluke o koncesiji, nadležnost tijela za davanje koncesije i rokove na koje se daje koncesija, opoziv, oduzimanje i prestanak koncesije.

73 V. čl. 68. ZML-a kojim su stavljene izvan snage odredbe ZPVDLP-a koje se odnose na morske luke.

74 Osnovna podjela morskih luka je prema namjeni kojoj služe, odnosno na luke otvorene za javni promet i na luke za posebne namjene, a mogu biti otvorene za međunarodni ili domaći promet (čl. 3. st. 1. i 2. ZML-a). Luke otvorene za javni promet dijele se prema veličini i značaju za RH na luke osobitoga (međunarodnoga) gospodarskog interesa za RH, luke županijskoga i luke lokalnog značaja (čl. 5. st. 1. ZML-a). Luke posebne namjene dijele se prema djelatnostima koje se u njima obavljaju (vojne, unutarnjih poslova, industrijske, športske, nautičkog turizma, ribarske idr.), te prema značaju na one županijskog značenja i od značaja za RH (čl. 5. st. 2. i 3. ZML-a). Podjelu morskih luka u cijelosti je na identičan način preuzeo i ZPDML.

75 Lučko područje, prema ZML-u, za luke otvorene za javni promet i luke posebne namjene određivalo se jednako kako to danas regulira ZPDML (čl. 8. i 28. st. 2. ZML-a).

lučke djelatnosti i njihovo obavljanje,⁷⁶ izgradnju i korištenje lučke nadgradnje i podgradnje,⁷⁷ osnivanje, ustrojstvo i djelatnost lučkih uprava,⁷⁸ te pretvorbu postojećih društvenih poduzeća luka.⁷⁹

ZML je posebno važan jer je tim zakonom izvršena pretvorba lučkih društvenih poduzeća, pri čemu je u vrijednost kapitala novoosnovanih trgovačkih društava trebalo procijeniti samo pokretnu imovinu, a ne i objekte izgrađene u lukama, odnosno na pomorskom dobru,⁸⁰ dok su novoosnovane lučke uprave trebale preuzeti upravljanje suprastrukturnim i infrastrukturnim objektima u luci koji su pomorsko dobro.⁸¹ Međutim, u praksi je dolazilo vrlo često do procjenjivanja objekata u vrijednost društvenog kapitala, a kasnije i do uknjižbe prava vlasništva na nekretninama unutar luka na novoosnovana trgovačka društva.⁸² U velikom broju slučajeva Hrvatski fond za privatizaciju (dalje – HFP),⁸³ odnosno njegov prednik Agencija za restrukturiranje i razvoj, kod pretvorbe⁸⁴ lučkih društvenih poduzeća procjenjivali su ulaganja u objekte lučke infrastrukture i suprastrukture, a što je sve bilo u suprotnosti s odredbama ZML-a i danas predstavlja značajan pravni problem u svezi s nekretninama koje čine pomorsko dobro.

ZML je osnovao lučku upravu kao tijelo za upravljanje i korištenje nekretninama koje čine pomorsko dobro unutar lučkog područja i koje je bilo ovlašteno za dodjelu koncesija za obavljanje lučkih djelatnosti, korištenje postojećih lučkih infrastrukturnih i suprastrukturnih objekata kao i onih čija se izgradnja i održavanje osigurava putem lučke uprave i drugim sredstvima iz državnoga i županijskog proračuna te za izgradnju novih objekata infrastrukture i suprastrukture.⁸⁵ Lučka uprava je također bila ovlaštena za dodjelu prvenstvene

76 V. čl. 9. ZML. Lučke djelatnosti obavljaju trgovačka društva na temelju koncesije (v. čl. 10. – 19. ZML-a u kojima se regulira način davanja koncesije, rok, sadržaj odluke o davanju koncesije, prestanak koncesije, oduzimanje koncesije).

77 V. čl. 21. – 27. ZML-a.

78 V. čl. 30. – 49. ZML-a.

79 V. čl. 59. – 64. ZML-a.

80 U čl. 62. ZML-a bilo je predviđeno da takva bivša društvena poduzeća koja nastavljaju obavljati lučke djelatnosti nakon pretvorbe imaju pravo na prvenstvenu koncesiju za obavljanje lučkih djelatnosti i korištenje objekta infrastrukture i suprastrukture na rok od 12 godina na temelju pisanog zahtjeva.

81 V. čl. 59. st. 3. ZML-a.

82 O uknjižbi prava vlasništva na nekretninama bivših društvenih poduzeća, v. Jug, J., Stjecanje i uknjižba prava vlasništva na nekretninama bivših društvenih poduzeća, Liber Amicorum Nikola Gavella, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2008.

83 V. Zakon o Hrvatskom fondu za privatizaciju (Narodne novine, broj 84/92, 70/93, 76/93, 19/94, 52/94 i 87/96 – ZHFP).

84 V. Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća (Narodne novine, broj 19/91, 83/92, 84/92, 94/93, 2/94, 9/95, 21/96 i 118/99 – dalje ZPDP).

85 V. čl. 10., 11. st. 2., 21. st. 2. i 21. st. 3. ZML-a. Iznimka je jedino za dodjelu koncesija za izgradnju novih objekata infrastrukture i suprastrukture u lukama iz članka 5. stavka 1. ZML-a za razdoblje od 12 do 33 godine koje daje Vlada RH, i za razdoblje od 33 do 99 godina koje daje Sabor RH.

koncesije za obavljanje lučkih djelatnosti trgovačkim društvima nastalim pretvorbom društvenih lučkih poduzeća.⁸⁶

4. MOGUĆNOST POSTOJANJA STVARNIH PRAVA NA NEKRETNINAMA POMORSKOG DOBRA

ZPDML u prijelaznim i završnim odredbama regulira mogućnost postojanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na zemljištu i građevinama koje su dio pomorskog dobra. U čl. 118. st. 1. ZPDML-a načelno se određuje da su nevaljani svi upisi prava vlasništva ili nekog drugog stvarnog prava na nekretninama koje su pomorsko dobro, a za koje se ne može dokazati pravno valjan način stjecanja. S obzirom na takvu odredbu ZPDML-a, mogu se izvesti dva pravno relevantna zaključka vezana uz problematiku mogućnosti postojanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra. Prvi je zaključak da na pomorskom dobru može postojati pravo vlasništva ili neko drugo stvarno pravo ako se dokaže valjan način stjecanja takvog prava.⁸⁷ Drugi zaključak je da je teret dokaza valjanog načina stjecanja stvarnog prava na zemljištu ili građevinama na pomorskom dobru na knjižnom nositelju tog prava. ZPDML propisuje obvezu dokazivanja postojanja valjanog načina stjecanja stvarnog prava na zemljištu i građevinama na pomorskom dobru knjižnom nositelju takvog prava, ali niti približno ne navodi što bi se moglo smatrati takvim valjanim načinom stjecanja te u kojim vremenskim granicama.⁸⁸ Osim toga, obveza da netko tko je u zemljišnim knjigama upisan kao vlasnik ili nositelj nekoga drugoga stvarnog prava, treba dokazivati valjanost stjecanja tog prava, u suprotnosti je s općim načelom zemljišnoknjižnog prava da se presumira da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje zemljišta.⁸⁹

86 V. čl. 62. ZML-a.

87 Takav zaključak proizlazi *argumentum a contrario* iz odredbe čl. 118. st. 1. ZPDML-a da su nevaljani upisi prava vlasništva i drugih stvarnih prava za koje se ne može dokazati valjan način stjecanja.

88 ZEK predviđa pravo puta kao teret na nekretnini na kojoj je izgrađena elektronička komunikacijska infrastruktura (čl. 2. st. 1. toč. 41. ZEK-a) u korist infrastrukturnog operatora koji je investitor gradnje novog objekta i ispunjava pretpostavke iz čl. 27. ZEK-a ili koji glede već izgrađenog objekta ispunjava pretpostavke iz čl. 28. st. 1. ZEK-a. Radi se zapravo o svojevrsnoj zakonskoj služnosti, a slijedom toga o stvarnom pravu koje ZEK predviđa i na nekretninama općeg (pomorskog) dobra. ZEK je *lex posterior* u odnosu na ZPDML pa bi proizlazilo da derogira odredbu ZPDML-a o nemogućnosti stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru, odnosno predstavlja valjani način stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru. I prije stupanja na snagu ZEK-a temeljem posebnih zakona kojima su osnovana javna poduzeća, a koja su kasnije postala trgovačka društva (primjerice, ZEK i Zakon o razdvajanju HPT-a), RH je unijela kao ulog stvari koje su predstavljale elektroničku i drugu infrastrukturu i bile su postavljene na nekretninama pomorskog dobra, pa se može tumačiti da se već tada radilo o valjanim stjecanjima stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra.

89 V. čl. 8. st. 2. ZZK-a.

Ukoliko osoba koja je u zemljišnim knjigama upisana kao vlasnik ili nositelj nekoga drugoga stvarnog prava na pomorskom dobru, ne može dokazati valjani način stjecanja prava vlasništva ili nekoga drugoga stvarnog prava, bila je predviđena sankcija da će nadležni državni odvjetnik podnijeti zemljišnoknjižnom sudu prijedlog za brisanje upisa prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava.⁹⁰ Smatramo da je odredba čl. 118. st. 1. ZPDML-a teško provediva u praksi te da je zakonodavac nastavio tradiciju navođenja mogućnosti postojanja stvarnih prava na pomorskom dobru, ali pri tomu propušta odrediti materijalne i formalne pretpostavke za postojanje takvih prava. Naime, nije jasno što bi predstavljalo valjan način stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru, ni na koji način bi netko mogao dokazati svoje valjano stjecanje, niti je bila pravilno propisana vrsta postupka i način brisanja prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava kod provedenih uknjižbi nevaljalih stjecanja takvih prava. Naime, zemljišnoknjižni sudovi ne mogu brisati nečije pravo vlasništva na nekretnini pomorskog dobra samo na temelju prijedloga državnog odvjetnika, jer zemljišnoknjižni sud ne može utvrđivati u zemljišnoknjižnom postupku sporne činjenice, a zemljišnoknjižni postupak je strogo formalan postupak u kojem se odlučuje na temelju stanja u zemljišnoj knjizi te prijedloga za upis s priložima.⁹¹

ZPDML je predvidio za postojeće građevine na pomorskom dobru koje se koriste za stanovanje, a izgrađene su ili stečene temeljem valjane pravne osnove, institut davanja na posebnu uporabu bez naknade, i to dok se građevine koriste za stanovanje.⁹² Radi se zapravo o institutu besplatne koncesije koju je korisnik građevine bio dužan zatražiti u roku od godine dana od stupanja na snagu ZPDML-a. Nije poznato da bi na toj osnovi bila dana koncesija za posebnu uporabu pomorskog dobra, a to iz razloga što ne postoje mjerila za utvrđenje valjanog načina stjecanja prava vlasništva ili drugih stvarnih prava na pomorskom dobru. Doktrinarno gledajući, odredbe čl. 118. st. 1. i 7. osim što nisu provedive u praksi, međusobno su kontradiktorne i suprotne ustavnom načelu kojim se jamči uživanje prava vlasništva.⁹³

Naime, iz čl. 118. st. 1. ZPDML-a *argumentum a contrario* proizlazi da postoji mogućnost stjecanja stvarnih prava na zemljištu i građevinama na pomorskom dobru, a to znači da se tada ne radi o nekretnini u pravnom statusu pomorskog

90 V. čl. 118. st. 2. i 3. ZPDML-a do donošenja odluka USRH-a, kojim su te odredbe stavljene izvan snage (v. *supra* bilj. 44. i *infra* bilj. 91.).

91 V. čl. 108. ZZK-a. USRH je u obrazloženju odluka U-I-4445/2008 i U-I-2231/2009 od 4. listopada 2011. kojim je ukinuo odredbe čl. 118. st. 2. i 3. ZPDML-a naveo da takvim uređenjem, u postupku brisanja vlasniku nije pružena mogućnost osporavanja propisane presumpcije, zbog toga jer osporeni članak 118. ZPDML nije predvidio postupovna pravila koja bi odstupila od općih pravila ZZK-a, koja predviđaju pisani postupak, bez rasprave i bez dostavljanja naknadnih dokaza ili iznošenja novih činjenica u žalbenom postupku. Dakle, proizlazi da se upisanom knjižnom vlasniku briše pravo vlasništva, s faktičnim učincima izvlaštenja, a bez prethodne mogućnosti sudjelovanja u sudskom (parničnom/kontradiktornom) postupku, u kojemu bi mu bila omogućena zaštita njegovih prava.

92 V. čl. 118. st. 7. ZPDML-a.

93 V. čl. 48. st. 1. i čl. 50. Ustava RH te čl. 33. st. 1. i 2. ZVDSP-a.

dobra (općeg dobra), već o nekretnini u običnom stvarnopravnom režimu. Mišljenja smo da u takvim situacijama, kada se primjerice radi o neprijepornih šest metara zemljišta od granice mora, postoje dvije mogućnosti. Prva je da se u postupku iz čl. 4. st. 4. ZPDML-a odredi granica pomorskog dobra na užem dijelu kopna, eventualno na samoj liniji mora, a druga je da se u postupku izvlaštenja oduzme pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo na određenoj nekretnini radi prelaska u pravni status općeg dobra,⁹⁴ uz naknadu tržišne vrijednosti. Kod toga smo mišljenja da institut besplatne koncesije za određene namjene takvih nekretnina može biti samo zamjena za pravičnu naknadu tržišne vrijednosti nekretnine u postupku izvlaštenja, i to samo na temelju sporazuma.

Isti pravno-doktrinarni problem prisutan je u našem pravnom sustavu još od donošenja Uredbe/39, koja je u § 17. predviđala mogućnost postojanja prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava na nekretninama koje su dio pomorskog dobra stečenog na pravovaljan način, u kojem slučaju je bilo propisano pravo na izvlaštenje uz odštetu.⁹⁵ U slučaju da držalac nekretnine koja je pomorsko dobro nije mogao dokazati pravovaljani način i naslov stjecanja pomorskog dobra, bilo je predviđeno putem parnice utvrditi postojanje pomorskog dobra i upis takve nekretnine u tom pravnom statusu u zemljišne knjige.⁹⁶ Doktrinarno gledajući, Uredba/39 imala je znatno pravilnija rješenja za istu situaciju, pa je tako jasno proizlazilo da je potrebno provesti izvlaštenje kod postojanja stvarnih prava stečenih na pravovaljan način na nekretninama koje bi inače bile dio pomorskog dobra, a samo u parnici se moglo utvrđivati na koji način je stečeno neko stvarno pravo.

ZPVDLP je također predviđao mogućnost postojanja prava vlasništva ili drugoga stvarnog prava na pomorskom dobru, gdje je propisivao provođenje izvlaštenja takve nekretnine koja čini pomorsko dobro.⁹⁷ ZPVDLP je prvi zakon koji je propisao vremenski okvir u kojem vlasnik ili nositelj nekoga stvarnog prava na nekretnini koja je pomorsko dobro mora dokazati to svoje pravo, jer će se u protivnom pokrenuti parnica radi utvrđenja takve nekretnine kao pomorskog dobra.⁹⁸ Dakle, mišljenja smo da je ZPVDLP u odnosu na ZPDML također doktrinarno pravilnije rješavao pitanje mogućnosti postojanja stvarnih prava na nekretninama koje bi inače bile dio pomorskog dobra, zbog toga što je predviđao izvlaštenje kod valjanog stjecanja stvarnih prava koje se moglo utvrditi samo u parnici, a jedini je definirao vremensku granicu za mogućost valjanog stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru.

PZ je propisivao nemogućnost stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama koje čine pomorsko dobro, ali je istodobno u čl. 1038. st.

94 V. čl. 33. st. 2. ZVDSP-a.

95 V. § 17. st. 1. i 2. Uredbe/39.

96 V. § 17. st. 3. i 4. Uredbe/39.

97 V. čl. 88. st. 1. ZPVDLP-a.

98 V. čl. 88. st. 2. ZPVDLP-a. Taj vremenski okvir koji je predvidio ZPVDLP je da se za stečeno stvarno pravo na nekretninama koje čine pomorsko dobro mora dokazati da je stečeno prije stupanja na snagu ZILP-a, odnosno do 21. srpnja 1961.

1. priznavao stečena prava vlasništva ili druga stvarna prava po valjanoj pravnoj osnovi i načinu stjecanja, a koja su postojala nakon stupanja na snagu ZPVDLP-a.⁹⁹ To bi značilo da je PZ kao vremensku granicu za mogućnost stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru uzeo datum stupanja na snagu ZPVDLP-a.¹⁰⁰ Ukoliko vlasnik pomorskog dobra ili nositelj stvarnih prava nije mogao dokazati pretpostavke za valjani način stjecanja tih prava na pomorskom dobru, PZ je predviđao ovlast nadležnoga javnog pravobranitelja za pokretanje sudskog postupka da se nekretnina utvrdi kao pomorsko dobro.¹⁰¹ PZ je stoga kao i Uredba/39 i ZPVDLP predviđao da se u parnici utvrđuju pretpostavke valjanog načina stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru, ali je predviđao izvlaštenje samo objekata na kojima je postojalo pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo stečeno na valjani način. Kod toga je predviđao pravo besplatne koncesije kao naknadu za takvo pravo, a ne pravičnu tržišnu naknadu.

U svakom slučaju doktrinarno najlošija rješenja u svezi mogućnosti stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru su upravo u ZPMDL-u, a osnovni problem kod svih propisa počevši od Uredbe/39 pa do ZPDML-a je da niti jedan propis nije barem primjerice, naveo kriterije po kojima bi se moglo utvrditi je li pravo vlasništva ili neko drugo stvarno pravo stečeno na valjani način i temeljem valjane pravne osnove. Kao vremensku granicu za stjecanje stvarnih prava na pomorskom dobru na valjani način, PZ i ZPVDLP odredili su dan stupanja na snagu ZILP-a ili 21. srpnja 1961. Smatramo da taj datum ne bi trebao biti granica nakon čega više ne bi bilo mogućnosti stjecanja prava vlasništva ili drugih stvarnih prava na pomorskom dobru. Budući da je i nakon toga dolazilo do postupanja nadležnih državnih tijela ili drugih osoba javnog prava, a temeljem kojih je dolazilo do stjecanja određenih prava u odnosu na nekretnine koje su pomorsko dobro.

Tako su se, primjerice, izdavale građevne dozvole za izgradnju objekata na dijelovima obale nastalim nasipavanjem mora, obavljana je procjena nekretnina ili ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru pri pretvorbi društvenih poduzeća te su prodavani stanovi prema posebnom zakonu¹⁰² koji se nalaze na pomorskom dobru.

99 U takvom slučaju PZ je predviđao izvlaštenje objekta na pomorskom dobru uz naknadu u vidu koncesije bez naknade, koja bi trajala toliko vremena dok se ne izjednači s vrijednošću objekta koji je bio predmet izvlaštenja. Kod odredbe čl. 1038. st. 1. PZ-a odmah se primjećuje da se govori o postojanju stvarnih prava na pomorskom dobru, što znači ne samo na objektima već i na zemljištu kao nekretnini, a odmah zatim se predviđa izvlaštenje samo u odnosu na objekt, a ne i u odnosu na zemljište. Stoga je potpuno nejasno je li zakonodavac „zaboravio“ navesti i zemljište ili je zapravo razumijevao da na zemljištu nema mogućnosti stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, pri čemu je pravno razdvajao zemljište od građevina.

100 S obzirom na to da je ZPVDLP u čl. 88. st. 2. predviđao da se za stečeno stvarno pravo na nekretninama koje čine pomorsko dobro mora dokazati da je stečeno prije stupanja na snagu ZILP-a, odnosno do 21. srpnja 1961., proizlazilo bi da je i prema PZ-u relevantno stjecanje do stupanja na snagu ZILP-a.

101 V. čl. 1038. st. 3. PZ-a.

102 V. Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (Narodne novine, broj 27/91, 33/92, 43/92 – proć. tekst, 69/92, 25/93, 26/93, 48/93, 2/94, 44/94, 47/94, 58/95, 103/95,

Postavlja se pitanje je li se u svim tim slučajevima moglo steći pravo vlasništva ili drugo stvarno pravo na nekretninama koje se nalaze na pomorskom dobru, ili se radi o pravno nevaljanim stjecanjima koja imaju za posljedicu gubitak svih prava stečenih na taj način. Ako bismo prihvatili da se sukladno općem načelu o nemogućnosti stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru (općem dobru) radi o nevaljanim stjecanjima, postavlja se pitanje odgovornosti same države i njenih tijela koji su bili dužni skrbiti o pomorskom dobru, a zapravo su postupali suprotno odredbama pozitivnog propisa koji je regulirao pravni status pomorskog dobra. Smatramo da u svim takvim slučajevima treba imati pragmatični pristup, i prije svega gdje je to moguće utvrditi nekretnine koje su dio pomorskog dobra i njene granice u užem dijelu kopna i izvan nekretnina na kojima su stečena neka od navedenih prava temeljem postupanja same države i njenih tijela (čl. 4. st. 4. ZPDML-a). U ostalim slučajevima trebalo bi primijeniti odredbe o izvlaštenju, kod čega kao jedan od načina naknade može biti i besplatna koncesija ili koncesija na određeno razdoblje.

4.1. Pretvorba i privatizacija na nekretninama pomorskog dobra

ZPDP je osnovni pretvorbeni zakon koji je regulirao pretvorbu društvenih poduzeća, pa tako i njihovih nekretnina, na koji se nadovezuje Zakon o privatizaciji.¹⁰³ Odredbama ZPDP-a, koji je stupio na snagu 1. svibnja 1991., uređuje se pretvorba poduzeća s društvenim kapitalom u poduzeće kojem je određen vlasnik.¹⁰⁴ Pretvorbom društvenog poduzeća nastaje dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću koje ima u cjelini poznatog vlasnika.¹⁰⁵ ZPDP se primjenjuje na sva poduzeća sa sjedištem u RH,¹⁰⁶ osim na banke i druge financijske organizacije i organizacije za osiguranja te druge pravne osobe koje su osnovane na temelju posebnih propisa.¹⁰⁷ Jedno od osnovnih pitanja prema ZPDP-u je utvrđenje društvenoga kapitala poduzeća, nad kojim kapitalom je izvršena pretvorba društvenog vlasništva. Kod toga su upravo nekretnine predstavljale najvrjedniji i najveći dio društvenoga kapitala nekog poduzeća.

Društveni kapital je, prema ZPDP-u, razlika između vrijednosti sredstava (ukupne aktive) poduzeća i vrijednosti obveza poduzeća uključujući obveze prema pravnim i fizičkim osobama na temelju njihovih trajnih uloga u poduzeću.¹⁰⁸ Društvena poduzeća bila su dužna dostaviti HFP-u, pri podnošenju zahtjeva za davanje suglasnosti na namjeravanu pretvorbu, određene isprave i dokumentaciju,¹⁰⁹

11/96, 11/97, 68/98, 163/98, 22/99, 96/99, 120/00, 94/01 i 78/02 – dalje: Zakon o prodaji stanova).

103 Narodne novine, broj 21/96, 71/97, 16/98 i 73/00 – dalje ZP.

104 V. čl. 1. ZPDP-a.

105 V. čl. 4. ZPDP-a.

106 V. čl. 3. st. 1. ZPDP-a.

107 V. čl. 1. st. 3. ZPDP-a.

108 V. čl. 2. st. 1. ZPDP-a.

109 V. čl. 11. ZPDP-a.

a za utvrđenje nekretnina koje čine društveni kapital poduzeća posebno su značajni bili elaborat o procjeni vrijednosti poduzeća koji sadrži knjigovodstvenu i procijenjenu vrijednost poduzeća kao i dokazi o pravu korištenja nekretnina. S obzirom na nesređeno zemljišnoknjižno stanje bilo je teško očekivati da bi se uvijek moglo dostaviti relevantni zk. izvadak kao dokaz prava korištenja određene nekretnine. Stoga su i donesene posebne upute¹¹⁰ kojima je određeno, između ostalog, da se kao dokaz prava korištenja u materijalno-pravnom smislu mogu koristiti zemljišnoknjižni izvadak, odluka suda, rješenje tijela uprave, ugovor i ostali valjani dokumenti o pravu korištenja nekretnina.

U praksi se kod procjene društvenoga kapitala često događalo da je HFP dao suglasnost na provođenje namjeravane pretvorbe, iako su procjenom bile obuhvaćene nekretnine koje nisu mogle biti predmetom procjene. S druge strane, bile su ispuštane iz procjene nekretnine koje su trebale biti procijenjene u društveni kapital. Kod utvrđenja i procjene društvenoga kapitala poseban problem predstavljala je procjena nekretnina koje su činile pomorsko dobro. Između društvenih poduzeća koja su bila obvezna provesti pretvorbu prema ZPDP-u bilo je i onih koja su u cijelosti ili dijelom imali imovinu koja se nalazila na pomorskom dobru.¹¹¹ Društvena poduzeća bila su dužna u procjenu vrijednosti društvenog kapitala uključiti sve nekretnine koje su vodili u svojoj poslovnoj aktivnosti i na kojima su bili nositelji prava korištenja.

Stoga je na početku pretvorbe društvenih poduzeća koja su imala imovinu na pomorskom dobru, HFP u vrijednost društvenoga kapitala procjenjivao zemljište i objekte koji su bili pomorsko dobro, da bi kasnije prestao s takvom praksom te je procjenjivao u vrijednost društvenoga kapitala samo ulaganja u objekte izgrađene na pomorskom dobru. ZPDP nije predviđao nikakav poseban postupak u odnosu na određena prava na nekretninama koja su nastala i postojala po tada važećim propisima na pomorskom dobru te su vođena u aktivnosti poduzeća i podlijezala pretvorbi.¹¹² Zbog podnormiranosti došlo je do situacije procjene objekata na pomorskom dobru u društveni kapital ili eventualno do procjene ulaganja u takve

110 V. Upute za provedbu čl. 11. Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća (Narodne novine, broj 26/91 i 99/03) koje je donio direktor Agencije za restrukturiranje i razvoj na temelju čl. 45. ZPDP-a.

111 Prema procjenama HFP-a radilo se o više od 150 poduzeća koja su se našla u takvoj situaciji da su imala imovinu na pomorskom dobru. O nepravilnostima i nezakonitostima pretvorbe i privatizacije pomorskog dobra u morskim lukama v. Hlača, V., Legalizacija nezakonite pretvorbe i privatizacije pomorskog dobra u morskim lukama, Vladavina prava, broj 2. – 3., 1997.

112 U početku primjene ZPDP-a na snazi je bio ZPVDLP, koji je u čl. 5. predviđao mogućnost davanja nekretnina koje su pomorsko dobro na korištenje, o čemu je odluku donosila nadležna općinska skupština, a temeljem koje se zaključivao ugovor o korištenju pomorskog dobra. Korisnik pomorskog dobra, koji je bio društveno poduzeće, mogao je na pomorskom dobru izgraditi građevinski ili drugi objekt koji su postajali dio pomorskog dobra. Međutim, vrlo često je temeljem sklopljenih ugovora o korištenju pomorskog dobra dolazilo do uknjižbe prava korištenja u zemljišne knjige, a zatim kod pretvorbe do procjene takvih objekata u vrijednost društvenoga kapitala.

objekte, što je kasnije imalo za posljedicu nemogućnost stvarnopravnog reguliranja takve procjene i uknjižbe bilo kakvih stvarnih prava u zemljišne knjige.

HFP je opravdavao takvo svoje postupanje u odnosu na procjenu ulaganja u objekte izgrađene na pomorskom dobru odredbom čl. 2. ZPDP-a, odnosno da je bio dužan u masu društvenoga kapitala poduzeća u pretvorbi uvrstiti i vrijednost ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru koje su na korištenju takvog poduzeća.¹¹³ S obzirom na takvo postupanje HFP-a kod pretvorbe društvenih poduzeća, koja su imala objekte izgrađene na pomorskom dobru, dogodile su se dvije pravne situacije. Ako je HFP kod pretvorbe u masu društvenoga kapitala uvrstio i procijenio zemljište i objekte koji su činili pomorsko dobro, dolazilo je nakon toga vrlo često do upisa prava vlasništva takvih nekretnina na novoosnovano trgovačko društvo. Nakon toga su slijedili sporovi u svezi s utvrđenjem takvih nekretnina kao pomorskog dobra koje je pokretala RH kao pravna osoba koja skrbi o zaštiti pomorskog dobra. Ako je HFP-a samo procijenio vrijednost ulaganja u objekte izgrađene na pomorskom dobru, a što je bio češći slučaj, tada novoosnovana trgovačka društva nisu mogla u odnosu na procijenjena ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru ostvarivati bilo kakva vlasnička prava ili druga stvarnopravna raspolaganja.

Posljedice pretvorbe društvenih poduzeća kojima su u masu društvenoga kapitala procijenjene nekretnine koje su dio pomorskog dobra, očitovale su se u tome da su trgovačka društva sljednici gubili sporove s RH, te su se takve nekretnine utvrđivale kao pomorsko dobro, a trgovačko društvo bi ostajalo bez imovine koja je bila predmet pretvorbe. Moglo se dogoditi da je na taj način trgovačko društvo izgubilo veći dio svoje imovine, a ponekad i cjelokupnu imovinu. Takvo trgovačko društvo bilo bi tada u još lošijem položaju u odnosu na ono gdje je došlo do procjene ulaganja u objekte izgrađene na pomorskom dobru. Ako su postupku privatizacije dionice kupili strani investitori postojala je opasnost od pokretanja međunarodnih sporova i arbitraža temeljem bilateralnih sporazuma o poticanju i zaštiti stranih ulaganja.¹¹⁴ Trgovačka društva koja su nastala pretvorbom društvenih poduzeća kod

113 Tako HFP u očitovanju Vladi RH od 16. rujna 1994. navodi: „Zakonodavac je propisao da je društveni kapital razlika između vrijednosti sredstava poduzeća (ukupne aktive) i vrijednosti obveza poduzeća. Budući da se sva ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru prema pozitivnim propisima iskazuju u ukupnoj aktivni poduzeća, ona obavezno čine sastavni dio društvenog kapitala poduzeća“. U očitovanju Vladi RH od 22. veljače 1995. HFP dodatno objašnjava svoje postupanje: „Društvena poduzeća su, na temelju odobrenja nadležne institucije, uložila značajni kapital u objekte na pomorskom dobru i pretvorili ih u aktivna poslovna sredstva za stvaranje dobiti, kao jedinog poduzetničkog cilja. Uloženi kapital registriran je u poslovnim knjigama poduzeća i potvrđen revizijom Službe društvenog knjigovodstva. Prema tome, uloženi kapital na pomorskom dobru se procjenjuje i predstavlja dio neto poslovne aktive poduzeća, vrijednost koja je osnovica za emisiju dionica. Tako definirana neto aktiva ima svoj puni poslovni sadržaj i može se dovesti u vezu s ciljem poslovanja – stvaranjem profita.“ Cit. iz Frković, S., Jug, J., Još o spornim pitanjima i što bi mogla donijeti izmjena Zakona o pomorskom dobru i morskim lukama, Pomorsko dobro, Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 6.

114 RH ima sklopljena 52 ugovora o poticanju i zaštiti ulaganja (izvor: <http://www.mingorp.hr>), u kojima su odredbe da se jamči strano ulaganje i da će se država domaćin suzdržati od bilo

čije je pretvorbe došlo do procjene ulaganja u objekte izgrađene na pomorskom dobru, a koja se nalaze unutar luka, vrlo često odbijaju sklopiti ugovore o koncesiji s lučkim upravama, pozivajući se na prava stečena ulaganjem njihovih prednika i koja su im procijenjena kod pretvorbe.

Izravna posljedica takvog stanja u svezi s pretvorbom i privatizacijom na nekretninama pomorskog dobra je nemogućnost gospodarskog razvoja trgovačkih društava koja su nastala temeljem tako provedene pretvorbe. Mišljenja smo da nije upitno da nekretnine pomorskog dobra nisu mogle biti procijenjene u masu društvenoga kapitala kod pretvorbe te da se temeljem takve pretvorbe nije moglo steći pravo vlasništva tih nekretnina.¹¹⁵ Međutim, smatramo da u tom slučaju treba ovim trgovačkim društvima priznati ulaganja u objekte na pomorskom dobru koje je izvršilo društveno poduzeće prednik, i to na isti način kao da je izvršena procjena ulaganja pri samoj pretvorbi. Ukupno svakako treba valorizirati i priznati procijenjena ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru jer i Ustav RH u čl. 49. st. 4. jamči da se prava stečena ulaganjem kapitala ne mogu umanjiti zakonom ili drugim pravnim aktom. Kao način ostvarenja prava iz procijenjenih ulaganja u nekretnine na pomorskom dobru najpogodnija je prvenstvena i besplatna koncesija u trajanju razmjerno vrijednosti procijenjenih ulaganja.

5. ZAKLJUČAK

Dvojba oko mogućnosti postojanja stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra direktno je povezana s pravnim statusom općeg dobra te vrste nekretnina. Svi pravni propisi u RH koji su regulirali pomorsko dobro sadržavali su kontradiktorno rješenje u svezi s mogućnosti stjecanja stvarnih prava na nekretninama pomorskog dobra. S jedne strane je pravni status općeg dobra isključivao mogućnost stjecanja prava vlasništva i drugih stvarnih prava, a s druge svi dosadašnji propisi priznavali su stečena prava vlasništva ili druga stvarna prava na pomorskom dobru, ako su stečena po valjanom pravnom osnovu i načinu stjecanja. Osnovni problem svih propisa od Uredbe/39 do ZPDML-a je da niti jedan propis nije naveo barem, primjerice, kriterije po kojima bi se moglo utvrditi je li pravo vlasništva ili neko drugo stvarno pravo na nekretninama pomorskog dobra stečeno na valjan način i temeljem valjane pravne osnove. Samo PZ i ZPVDLP su odredili vremensku granicu za mogućnost stjecanja stvarnih prava na pomorskom dobru na valjani način, dok ZPDML više ne spominje vremensku granicu.

kakvih radnji koje bi se mogle izjednačiti s oduzimanjem ili sličnim radnjama u odnosu na strana ulaganja. Naime, procjenu nekretnina koje su bile dio pomorskog dobra obavljala je pravna osoba kojoj je osnivač država, a s druge strane ta ista država kasnije je „oduzimala“ tako procijenjenu imovinu, što se prema praksi međunarodnih investicijskih arbitražnih sporova može izjednačiti s oduzimanjem prava vlasništva i povredom stranih ulaganja. Radi se o međunarodnim ugovorima koji su po snazi iznad zakona (čl. 140. Ustava RH).

¹¹⁵ To iz razloga što na pomorskom dobru nije moguće stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava.

U cijelom razdoblju postojanja odredbi o mogućnosti stjecanja stvarnih prava stečenih na valjan način na pomorskom dobru, dolazilo je do postupanja osoba javnog prava u odnosu na nekretnine koje su činile pomorsko dobro, pa se opravdano postavlja pitanje jesu li izdavanja građevnih dozvola za izgradnju zgrada na dijelovima obale, nastalim nasipavanjem mora ili prodaja stanova po Zakonu o prodaji stanova u zgradama na pomorskom dobru, valjani načini stjecanja prava vlasništva. Pravni status općeg dobra u svim tim situacijama bio je nepremostivi problem koji nije riješila niti sudska praksa.

Problem stečenog prava vlasništva i drugih stvarnih prava na valjan način na nekretninama pomorskog dobra potrebno je razriješiti postupkom određivanja pomorskog dobra tako da se takve nekretnine izuzimaju iz pomorskog dobra kao u slučaju vjerskih, povijesnih i drugih građevina, a iznimno ako to nije moguće, da se provede postupak izvlaštenja sukladno posebnom zakonu koji regulira postupak izvlaštenja. Kod toga se kao valjani način stjecanja stvarnih prava treba uzeti svaka ona izgradnja izvršena do stupanja na snagu novog zakona i koja je izvršena u skladu s važećim dozvolama nadležnih tijela te koja se može zadržati u prostoru sukladno prostornim planovima. U spornim slučajevima treba propisati da se samo u parnici može utvrditi da je neka nekretnina pomorsko dobro i da se samo na taj način može brisati nečije pravo vlasništva upisano u zemljišne knjige. Nekretnine ili ulaganja u te nekretnine koje su prednicima današnjih trgovačkih društava procijenjene kod pretvorbe društvenih poduzeća od strane HFP-a, ako se ne mogu izuzeti iz pomorskog dobra, treba priznati trgovačkim društvima putem prvenstvene koncesije na nekretninama pomorskog dobra u trajanju razmjerno vrijednosti nekretnine ili ulaganja.

Summary

PROPERTY RIGHTS ON MARITIME DEMESNE?

This paper questions the possibility of property rights existing on maritime demesne real estate. The focus is put on the implemented transformation and privatisation of socially-owned companies whose assets consisted of maritime demesne real estate. Despite the fact that the latter has always had the status of a general demesne, an exception to the impossibility to acquire property rights on maritime demesne real estate has been provided in all laws which regulate the legal status of this special type of real estate. This exception is related to valid acquisitions of ownership and other property rights, although no law has defined, even approximately, what could be deemed a valid manner of acquiring property rights nor has it set a time frame for such acquisitions. In introduction, a historical overview is given of the legal regulation of real estate with the status of maritime demesne and the way of declaring this special type of real estate which is the only one with the general demesne status.

Key words: maritime demesne, general demesne, property rights, transformation and privatisation

Zusammenfassung

SACHENRECHTE AM SEEGUT?

In der Arbeit wird der Zweifel an der Möglichkeit des Vorhandenseins von Sachenrechten an den Immobilien des Seegutes mit besonderem Rückblick auf die durchgeführte Umwandlung und Privatisierung der gesellschaftlichen Unternehmen, deren Eigentum aus Immobilien des Seegutes bestand, analysiert. Obwohl die Immobilien des Seegutes immer den Rechtsstatus des Sachgutes hatten, haben alle Gesetze, welche den Rechtsstatus dieser besonderen Art der Immobilie regulierten, die Ausnahme von der grundsätzlichen Unmöglichkeit der Sachrechterwerbungen an den Immobilien des Sachgutes vorgesehen. Die Ausnahme bezog sich auf die gültigen Erwerbungen der Eigentumsrechte und anderen Sachenrechte, obwohl kein Gesetz, auch nicht ungefähr, bestimmte, was man unter gültigem Sachenrechterwerbungen versteht oder welche die Zeitspanne für solche Erwerbungen ist. Einleitend wird historische Darstellung der Rechtsregelung von Immobilien im Rechtsstatus des Sachgutes und die Art der Feststellung dieser besonderen im Rechtsstatus des Sachgutes befindenen Immobilienart angegeben.

Schlüsselwörter: Seegut, Allgemeingut.

RIASSUNTO

DIRITTI REALI SUL DEMANIO MARITTIMO ?

Nel contributo si esamina la questione circa l'ammissibilità dell'esistenza di diritti reali su immobili del demanio marittimo, con particolare attenzione all'avvenuta privatizzazione delle compagnie sociali, i cui beni erano rappresentati da demanio marittimo. Sebbene gli immobili del demanio marittimo da sempre avessero la condizione dei beni demaniali generali, tutte le leggi nel regolamentare lo stato giuridico ed i particolari tipi di immobili hanno sempre previsto un'eccezione con riguardo al demanio marittimo, rispetto alla generale impossibilità di prevedere la costituzione di un qualsiasi diritto reale su beni di tale natura. L'eccezione si riferiva al valido modo d'acquisto del diritto di proprietà o di altri diritti reali, per quanto nessuna legge non abbia mai nemmeno lontanamente stabilito che cosa s'intenda per valido modo d'acquisto dei diritti reali, né ha mai definito un ambito temporale che a ciò si riferisse. All'inizio viene offerta una panoramica storica della disciplina normativa degli immobili soggetti al demanio marittimo, come anche le modalità di accertamento di particolari tipi di immobili che hanno tratti unitari all'intero della natura giuridica demaniale.

***Parole chiave:** demanio marittimo, demanio.*

NAČELO ZABRANE PROUZROČENJA ŠTETE KAO (MOGUĆE) JAMSTVO STVARNE (REALNE) NAKNADE ŠTETE

Dr. sc. Aldo Radolović, redoviti profesor
Pravni fakultet u Sveučilišta u Rijeci
Sudac Ustavnog suda RH

UDK: 347.426
347.513
Ur.: 12. veljače 2013.
Pr.: 11. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Ovaj rad razmatra načelo zabrane prouzročenja štete (čl. 8. ZOO iz 05.) u svjetlu cilja da svaki oštećenik koji je bez svoje krivnje pretrpio određenu štetu i stvarno (realno, efektivno) dobije pripadajuću naknadu. Rezultat analize je takav da taj cilj nije ni uvijek ni lako ostvariv i da su brojni razlozi koji djeluju protiv toga. Izlaz iz situacije vidi se u daljnjoj modernizaciji (europizaciji), djelomično i u stvaranju tzv. jamstvenih fondova koji bi značajno pomogli oštećenicima. Odštetno pravo u RH ne zaostaje bitno za europskim, ali u mnogim aspektima mora biti doručeno.

Ključne riječi: *Naknada štete, odštetno pravo, razvoj odštetnog prava RH, jamstveni fondovi naknade štete, europizacija i modernizacija odštetnog prava u RH.*

I. UVOD

Zakon o obveznim odnosima (ZOO) iz 05. (čl. 8.) sadrži važno pravilo: „Svatko je dužan uzdržati se od postupka kojima se može drugome prouzročiti šteta.“¹

1 Veliki građanski zakonici 19. stoljeća (Code civil, ABGB, Codice civile, BGB) nemaju izravno takvo pravilo ali ga odnosi pravni sustavi poznaju kao ustavno načelo „niemandem schaden“ kao „Grundrechtprinzip“ ili „allgemeiner Grundsatz“; u talijanskom pravu rabi se sintagma „non recare i danni ad altri“. Pravilo je preuzeto iz rimskog prava: „Honeste vivere, neminem laedere, sum quique tribuere“ (D. Ulpian); u njemačkom prijevodu ovo pravilo glasi: „Ehrlich leben, niemandem schaden, jedem das Seine zukommen lassen“. S tim u svezi upućujemo na jedan recentan, iznimno kvalitetan znanstveni rad u njemačkoj literaturi građanskog prava: Greiner/Gross/Nehm/ Spickhoff-Neminem laedere, Aspekte des Haftungsrechts, Festschrift fuer Dr. Gerda Mueller, Berlin 2009. (povodom 65. godišnjice života potpredsjednice njemačkog Saveznog vrhovnog suda).

Ova je odredba jedno od načela obveznog prava - načelo zabrane prouzročjenja štete. Činjenica da je riječ o „načelu“ znači da njime mora biti prožeto čitavo obvezno pravo, pa u izvjesnom smislu i čitavo građansko pravo.²

Analogno pravilu kaznenog postupka (str .1. čl. 1. ZKP) da nitko nedužan ne smije biti osuđen, a da svatko kriv treba biti kažnjen, valjalo bi i u odštetnom pravu (u mnogim elementima sličnom kaznenom pravu i kaznenom postupku) uspostaviti slično pravilo: da svaki oštećenik bude oštećen odnosno da svaki štetnik bude osuđen na popravljavanje (naknadu) štete.³

Takvog (pisanog) pravila u ZOO-u nema, ali uvodno navedenu odredbu iz čl. 8. tog Zakona valja tumačiti upravo u tom pravcu.

S ustavne razine gledano možemo se pozivati na načelo vladavine prava (čl. 3. Ustava RH) s obzirom na to da prouzročenje štete (umanjenje imovine ili povreda osobnosti) predstavlja protupravno zadiranje u tuđa prava i predstavlja poremećaj (disbalans) određene gospodarsko-socijalne ravnoteže.

Za područje neimovinske štete ustavni temelj možemo dodatno naći u čl. 35. („Svakome se jamči štovanje i pravna zaštita njegovog osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti“).⁴

Sociološki gledano nije moguće izbjeći sve štete (čak ni uz najbolje mjere posebno povećane pažnje), ali je zato vrlo važno da izazvane štete budu popravljene (nadoknađene). Nema egzaktnih pokazatelja o „sivim zonama“ nepodmirenih naknada štete. Ta je zona objektivno (i srećom) manja nego drugdje,⁵ ali samo zahvaljujući činjenici što u dosta visokom postotku naknadu štete jamče osobe koje odgovaraju za štetnike i koje su dosta solventne (osiguravajuća društva).

Odštetno pravo⁶ imalo je dug povijesni put vlastite evolucije; od sustava

2 Kako je poznato, Hrvatska nema Građanski zakonik, a nema ni izgleda da će ga skoro imati. No, u mogućoj perspektivi donošenja GZ-a zasigurno će upravo u njegov sadržaj ući ovakvo načelo kao doista važno načelo građanskog prava. Dok se pak to ne dogodi, ZOO će objektivno funkcionirati kao „mali Građanski zakonik“, a čl. 8. tog Zakona bit će pravilo za sveukupno građansko pravo.

3 Dakako između kaznenog i građansko-odštetnog postupka postoji bitna razlika: prvi je pretežito oficijozan, a drugi dispozitivan. Neke nove tendencije u kaznenom pravu (npr. nagodba o kazni) djelomično, ali ne bitno, smanjuju ove razlike.

4 Slično, ali uže pravilo sadrži i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 8./1: Svatko ima pravo na poštovanje svoga privatnoga i obiteljskog života, doma i dopisivanja“).

5 Npr. na području nepodmirenih alimentacija za djecu, prema medijskim napisima, siva zona neplaćenog iznosi čak 80%. Pokušali smo provjeriti ove tvrdnje, ali nadležno Ministarstvo i Državni zavod za statistiku ne vode evidencije o tome (!?). U širem smislu i alimentacijsko pravo (pravo na zakonsko uzdržavanje) spada u odštetno pravo i ima za cilj zaštitu istih vrijednosti.

6 Izraz „odštetno pravo“ koristi se pretežito u pravno-tehničkom (kolokvijalnom) smislu. Rabi ga, međutim, sve više i literatura (vidi npr. V. Vodinelić, *Građansko pravo - Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012., str. 490). Nama se čini da je još uvijek najprimjereniji izraz „pravni odnos odgovornosti za štetu“ jer se ne radi samo o „odšteti“ nego i o mnogim drugim pitanjima (taj standard rabe P. Klarić i M. Vedriš- *Građansko pravo*, Zagreb, 2006., str. 583.). Izraz „odštetno pravo“ (Schadenersatzrecht) koriste i Koziol-Welser (*Buergerliches Recht*, Band I, Wien, 2006, str. 299).

osvete, kazne pa do suvremenog stanja imovinske odgovornosti (proširene i na odgovornost osobe koje po posebnim pravilima odgovaraju za štetnike). Štetna radnja može u određenim slučajevima predstavljati kazneno djelo na što se onda nadovezuje i kaznena odgovornost. No kaznena odgovornost nije uvjet (barem u pravilu nije)⁷ za građansku odgovornost koja je – kako se to u praksi kolokvijalno kaže – „šira odgovornost“. Rezultat povijesne evolucije prava odgovornosti za štetu je i taj da građanskopravna sankcija za počinjenu štetu može biti samo imovinska, ne i osobna.⁸

Načelo imovinske sankcije kao načelo koje važi za čitavo građansko (privatno) pravo⁹ predstavlja, s jedne strane, izraz humanizacije građanskopravnih odnosa, ali s druge strane, ponekad izaziva nemogućnost podmirenja oštećenika.

Odštetno pravo pred ovim drugim razmišljanjem ne smije ostati indiferentno. Izlazna rješenja, naravno, ne treba tražiti u vraćanju sustava osobne odgovornosti, ali ima razloga tražiti ih u jače obogaćenim sustavima imovinske odgovornosti.

7 Po važećem hrvatskom pravu odgovornosti za štetu utvrđenje (postojanje) kaznenog djela kao pretpostavke odgovornosti predviđeno je samo u jednom slučaju (st. 4. čl. 1089. - kada je stvar uništena ili oštećeno kaznenim djelom učinjenim namjerno, sud može odrediti visinu naknade prema vrijednostima koju je stvar imalo za oštećenika). Radi se o tzv. afekcijskoj vrijednosti (*praetium affectionis*); to je posebna subjektivna vrijednost stvari koja nije procjenjiva objektivnim mjerilima (Klarić-Vedriš, op. cit., str. 89.). U praksi odštetnog prava „vječno“ je sporno pitanje može li se u građanskoj parnici pitanje postojanja kaznenog djela rješavati kao prethodno pitanje (posebno, npr. kada je pri izazivanju kaznenog djela njegov počinitelj umro); nama se čini da to ne bi smjelo biti sporno jer je u naravi opće kompetencije redovnog suda da sam rješava prethodna (prejudicijelna) pitanja (arg. iz čl. 12. ZPP, tako i Triva- Dika: *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., str. 96.-102.). Pravilo rezultira iz potrebe „uzajamnog povjerenja u pravilnost odluke nadležnog tijela“. Postoje i sustavi gdje propisi predviđaju odštetnu odgovornost samo pod točno određenim pretpostavkama, a ne općim, apstraktno postavljenim uvjetima (tako npr. Italija odgovornost za naknadu neimovinske štete predviđa samo za slučaj kaznenog djela – čl. 2059. *Codice civile*); sudska praksa je od toga „pobjegla“ konstrukcijom novih pojmova – „moralna šteta“, „biološka šteta“, „egzistencijalna šteta“. Vodinić (op. cit., str. 491.) posebno ukazuje na razlike (ali i sličnosti) u europskim sustavima ugovorne i izvanugovorne odgovornosti za štetu.

8 Tako V. Vodinić, op. cit., str. 41., 494.-495. Povijesna evolucija dosta tvrdokorno zadržava načelo krivnje kao bitnu pretpostavku odgovornosti, ali razlozi humanizacije prava išli su u pravcu pretežitog otklanjanja osobnih sankcija; iznimno takvih (osobnih) sankcija i danas ima u građanskom pravu (neimovinsko popravlanje neimovinske štete ili iseljenje zbog protupravnog useljenja u tuđi stan).

9 V. Vodinić, op. cit., str. 46.-47. govori o „porodici“ građanskog prava“. Taj bi proces - po našoj ocjeni - trebao dovesti (ponovno) do pojma „privatno pravo“ u koje će osim općeg građanskog prava ući i trgovačko (poslovno i pravo društava), obiteljsko, radno, pomorsko i općeprometno, međunarodno privatno i moguće još neko pravo. Proces će napose ubrzati dvije činjenice: integrativne tendencije u europskom pravu i sve veće približavanje pravne regulacije za fizičke i pravne osobe kao glavnih subjekata građanskopravnog odnosa (pravne osobe su nositelj prava osobnosti, kazneno odgovaraju, imaju relevantnu volju kod sklapanja pravnih poslova). Čini se da je npr. razloga za razlikovanje građanskog od trgovačkog prava sve manje i to bi trebalo dovesti do novih promjena u organizaciji pravne nastave, ali i u organizaciji sudskog sustava. Vodeća literatura građanskog prava u RH ipak zadržava postojeće razlike između građanskog i trgovačkog prava (Klarić-Vedriš, op. cit., str. 12.).

Živimo u vremenu, u kome se rizici šteta povećavaju, napose zbog silnog razvoja tehnike i tehnologije; u vremenu u kome su štete po svojoj količini i obujmu sve veće, toliko velike da ponekad (i sve češće) prelaze imovinske mogućnostima štetnika ili osobe koje za njega odgovara; u vremenu u kome na nastanak štete istovremeno djeluje sve više prirodnih i ljudskih čimbenika koji klasičnu teoriju uzročnosti (kauzaliteta) čine sve manje dostatnom za pravilno razrješavanje konkretnih slučajeva pravnog odnosa odgovornosti za štetu.

Jedan štetni događaj može doslovno uništiti život i egzistenciju čovjeka i njegove obitelji, pa čak i pravne osobe. Ljudsko društvo (hrvatsko također) sastoji se pretežito od srednjeg ili čak niže-srednjeg sloja (koji živi uglavnom od plaće ili relativno prosječnih drugih prihoda). Doživljeni štetni događaj može na pripadnike tih socijalnih skupina djelovati upravo razorno. Oštećenici u pravnom odnosu naknade štete ne traže ni milost ni socijalnu pomoć. Oni imaju pravo dobiti naknadu onog što su izgubili. Njihov pritisak na državu da im ostvarenje tog prava efektivno osigura, stoga je pravno potpuno legitiman i država je takvo stanje dužna osigurati.¹⁰

10 Načela građanskog prava u sve većoj mjeri postaju ustavna načela (vidjeti o Zbornik radova „Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani“ (Građansko pravo; ustavna europska i talijanska načela), Perugia, 25-26. ožujka 2011.). Novo je načelo „massimo espansione della tutela“ (maksimalno moguće proširenje pravne zaštite). To je svakako u izvjesnom smislu i snažna revitalizacija prirodnopravnog shvaćanja prava; uvodničar na tom savjetovanju (Cesare Salvi) i pored hvale upućene Ustavnom sudu Italije za veliku odluku u tom pravcu (odluka br. 317/2009) ne propušta zamijetiti da preostaje ovo novo načelo staviti u odnos ravnoteže s nekim drugim interesima koji također zaslužuju pravnu zaštitu. Isti je sud u jednoj prethodnoj odluci (poznati slučaj Schmidberger iz 2003.) rekao da je ograničenje korištenja svakog prava njegova socijalna funkcija („funzione sociale“) pa se čini da navedenu odluku iz 2009. valja također isčitati u tom svjetlu. Na pravno-filozofskom planu država i pravo moraju biti institucije koje osiguravaju napredak čovjeka kao osobe (G. Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit-Beograd, 1980., str. 75.). „Gemeinsames europäisches Deliktrecht“ (Jedinstveno europsko deliktno pravo) novi je pojam (vidjeti: Chr. von Bar, B1.I-II, 1996-1999) i sve je više imenovan. Sve više jedinstvena i jednoobrazna postaju i pravna sredstva zaštite (tako Y.Ader i P. Sirena: *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, Rivista di diritto civile, Padova, siječanj 2012. (The Concept of Remedies in the European Private Law; Koncept pravnih sredstava u europskom privatnom pravu).

II. PRIKAZ (I KRITIKA) ODŠTETNOG ZAKONODAVSTVA U RH

1. OGZ

Od 1852.¹¹ do 1946., odnosno 1978. godine¹² materija odgovornosti za štetu bila je regulirana pravilima austrijskog OGZ-a (ABGB-a).

Ovo razdoblje (126 godina) je na općecivilizacijskom planu predstavljalo značajan povijesni napredak za građane s hrvatskoga pravnog prostora i ne bi se smjeli prema tom dijelu naše povijesti odnositi s omalovažavanjem ili čak prijezirom.¹³

Na području odgovornosti za štetu austrijsko je pravo (OGZ pravo), dosljedno svojoj privatnopravnoj inspiraciji¹⁴ donijelo slijedeće bitne novosti:

- da štetnik (počinitelj štete) odgovara za štetu (samo) ako je kriv,
- da visina naknade štete koju štetnik mora platiti oštećeniku jako zavisi od stupnja njegove krivnje (veća krivnja = veća naknada i obratno),
- novi, prethodno temeljno izelaboriran pojam štete¹⁵ koji je izdržao povijesnu promjenu u ovih 200 godina postojanja OGZ-a te i danas vrijedi kao primjerično definiran pojam,
- pravila o nekim posebnim oblicima odštetne odgovornosti (odgovornost vještaka – par. 1299., šteta od nenadanog slučaja - par. 1311., šteta po „djelanju tuđem“ - par. 1313. i sl.).

Neke početne prednosti OGZ-a s vremenom su se pretvorile u njegove nedostatke, primjerice:

- odgovornost samo po krivnji odnosno pretežito po krivnji ostavilo je čitave zone šteta nesankcioniranim; oštećenici su s pravom „grmjeli“ da ih krivnja štetnika ne zanima, zanima ih primarno samo to da im šteta bude nadoknađena,

11 OGZ (ABGB) iz 1811. godine uveden je kao važeći propis za hrvatsko pravno područje 1852. godine. Od 1946. godine imao je samo uvjetnu važnost (čl. 4. Zakona o nevažnosti), ali dosta značajnu s obzirom na to da mnoge zone građanskog prava nisu bile pokrivene pozitivnim zakonodavstvom FNRJ odnosno SFRJ.

12 Ni ZOO iz 1978. nije pokrio baš sve (npr. ne regulira darovanje, ortakluk), ali su se i ti prostori mogli prosuđivati po općim pravilima ZOO-a iz 78. Zato se može uzeti da je „vladavina“ OGZ-a na našem pravnom prostoru prestala 1978. godine. Za pravni odnos odgovornosti za štetu posebno treba biti neprijeporno da ZOO regulira sve relevantne odnose i da u toj zoni više neposredna primjena OGZ-a nije potrebna.

13 Nažalost propustili smo priliku decentnije označiti 200-godišnjicu OGZ-a (1811.-2011.). Posebno što se ponekad OGZ navodi u kontekstu nečeg konzervativnog i zastarjelog. Radi se, naprotiv, o vrhunskom pravnom tekstu kao izrazu također vrhunske pravne škole prema kojoj se moramo odnositi s priznanjem i poštovanjem.

14 Poznato je da je glavni redaktor OGZ-a bio veliki austrijski pravnik Franz von Zeiller, sudac i profesor prirodnog prava na bečkom Sveučilištu. Zakonik je bio objavljen 1. lipnja 1811. u Beču pod naslovom „Allgemeines Buergerliches Gesetzbuch fuer die deutschen Erblaender“ (Opći građanski zakonik za njemačke nasljedne teritorije), poznat po skraćenici ABGB (u našem prijevodu OGZ - Opći Građanski zakonik).

15 Po par. 1293.OGZ-a - „šteta se zove svaki kvar (nazadak), učinjen komugod u imovini, u pravima ili njegovoj osobi. Od štete se razlikuje izmakla dobit, kojemu se tko po običnom hodu stvari može nadati“.

- isto vrijedi i za pravilo da stupanj krivnje štetnika određuje i visinu naknade štete,

- neki dijelovi danas zvuče kao pravni mehanizam,¹⁶ premda pritom valja priznati da su neki drugi dijelovi OGZ-a ipak primjereno osuvremenjeni¹⁷,

- postoje i dijelovi koji su preskromno pa, sa suvremenog znanstvenog stajališta, i pogrešno regulirani (npr. pravo osobnosti)¹⁸

Ukupno gledano povijesni učinak OGZ-a (ABGB-a) je i na području čitavog građanskog prava i na području njegovog dijela koji regulira odgovornost za štetu, više nego pozitivan.

2. Na OGZ se nadovezuje jugoslavensko odštetno pravo

Godine 1978. tadašnja federalna država (SFRJ) donijela je Zakon o obveznim odnosima (Sl. l. SFRJ 29/78). Zakon (ZOO) bio je „mali Građanski zakonik“; ne po svom nazivu ni ustavnoj pretenziji (jer Federacija u tom trenutku, po Ustavu iz 1974., već nije imala ovlasti donositi „pravi“ Građanski zakonik) ali je po širini svoje regulacije i obimu zahvata u društvene odnose.¹⁹ Zakon samo manjim dijelom nastavlja pravnu tradiciju austrijskog prava, a do izražaja više dolazi francuska civilnopravna škola.²⁰

Odgovornost za štetu je u ZOO-u iz 1978. regulirana u čl. 154.-209., pod nazivom „Uzrokovanje štete“.²¹

16 Npr. par. 1320. – odgovornost za štetu od životinja. Tu se propisuje presumirana krivnja, vlasnika životinja (presumirana krivnja je po OGZ-u iznimka), što je po ZOO-u iz 1978. (st. čl. 154.) postalo pravilo za sva područja subjektivne odgovornosti za štetu.

17 ABGB je i danas na snazi kao Građanski zakonik Republike Austrije (važi još i u Lichtensteinu). Odštetno pravo (Schadenersatzrecht) ostalo je uglavnom neizmijenjeno. Novosti su: odgovornost za proizvod (Produkthaftungsgesetz-PHG od 1988.), odgovornost države (Organhaftpflichtgesetz iz 1969.), zaštita potrošača i sl. U praksi su neki pomaci u suđenju neimovinske štete, pa se tako npr. kao relevantna šteta priznaje (od 1990.) i izgubljeni godišnji odmor (Koziol-Welser, Buergerliches Recht, Wien, 2007., str. 299.-391.). Teorija pledira i na nužnost veće europeizacije odštetnog prava.

18 OGZ sadrži pravilo (par. 16.) da svi ljudi imaju pravnu sposobnost. To je dosljedan izraz škole prirodnog prava koja, međutim, nije mogla zahvatiti i „pravnu osobnost“ kao temelj suvremenog učenja o pravu osobnosti koja zahvaća čovjeka u njegovoj različitosti. Vodinelić (op. cit.) ipak hvali OGZ kao propis koji je prvi nešto više rekao o pravu osobnosti.

19 ZOO iz 78. nije bio ni „Građanski zakonik“ ni „zakonik“ u nomotehničkom smislu te riječi. To je stvaralo ne male probleme u primjeni, posebno u konkurenciji drugih propisa koji ponekad zalaze u odštetno područje. Najveća konkurencija ZOO-u ipak je bio Zakon o udruženom radu iz 1976. (ZUR), jedan propis čisto ideologijskog karaktera, koji je kao propis kojeg je politička vlast favorizirala stavio u sjenu ZOO.

20 Poznato je da je glavni redaktor ZOO-a iz 1978. bio beogradski profesor Mihajlo Konstantinović (1897.-1982.) koji je bio francuski đak i doktorant. Podloga ZOO-a bila je njegova knjiga „Obligacije i ugovori, skica za zakonik o obligacijama i ugovorima“ iz 1969.; politička rasprava je tada ponešto „unakazila“ ovu Skicu, ali su i Skice i ZOO u cjelini pravni tekstovi najviše vrijednosti.

21 U Službenom listu br. 29/78 od 26. svibnja 1978. se, očitom, tiskarskom pogreškom, navodi „Uzrokovane štete“, umjesto „Uzrokovanje štete“.

Zakon (čl. 155.) donosi novi pojam štete,²² kojem valja prebaciti da su to zapravo oblici štete a ne sam pojam štete. Problem koji odatle proizlazi nije bezazlen jer otvara nove zone šteta bez sankcija (u odnosu na definiciju pojma štete iz OGZ-a to je bio korak unazad).

Krivnja ostaje prvi i najvažniji element odštetne odgovornosti (čl. 158.-163.), ali uz gotovo ravnopravnu konkurenciju odgovornosti za drugog (čl. 164.-165. i 170.-172.), objektivne odgovornosti od opasne stvari ili opasne djelatnosti (čl. 173.-183.) i odgovornost po pravičnosti (čl. 169.).

Oblici naknade dijelom su stari i dijelom modernizirani (naturalna restitucija, naknada u novcu, renta, popravljjanje neimovinske štete, imovinskim i neimovinskim sredstvima).

Po prvi put je u okviru tadašnjeg jugoslavenskog prava regulirana odgovornost za štetu od proizvoda kao odgovornost proizvođača (čl. 179.).²³

Također je po prvi put u kompleksu odgovornosti za štetu (iako dosta skromno) regulirano pravo osobnosti.²⁴

Mali „Građanski zakonik“, tj. ZOO ipak nije pokrio baš sve prostore odgovornosti za štetu pa jedan broj pravila o tomu nalazimo u drugim propisima (ZKP, javni mediji, zaštita na radu, propisi o radu itd.).

Premda s očitom željom da pokrije, ako ne baš sve, a ono barem pretežne pravne odnose odgovornosti za štetu, ZOO (ipak) nije dao niti temeljne konture nekih važnih pretpostavki odgovornosti: nužnost uzročne veze između štete i štetne radnje i opis te veze, ne donosi ni „popis“ štetnih radnji niti daje definiciju tog pojma, regulira objektivnu odgovornost za štetu, ali ne naznačuje što su to opasne stvari ili opasne djelatnosti,²⁵ nema ni opisa sadržaja i oblika države i državnih

22 Po čl. 155. ZOO-a iz 1978. šteta je „umanjenje društvenih sredstava odnosno nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njihova povećanja (izmakla dobit), a i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)“. To je nazadovanje u odnosu na OGZ, a ima za posljedicu sužavanja pojma štete.

23 To nije odgovornost prodavatelja proizvoda koji se napose u uvjetima subjektivne odštetne odgovornosti uvijek lako može osloboditi dokazom da nije kriv (prodavao je stvar kakvu je dobio od proizvođača). Po čl. 179. ZOO odgovara baš proizvođač, po mješovitom objektivno (st. 1.) - subjektivnom kriteriju (st. 2.). U st. 1. značajna je odredba (odgovornost i za nedostatak „... za koji on nije znao“, što pokriva tzv. konstrukcijske pogreške, tj. pogreške koje se nisu mogle izbjeći prema postojećoj znanosti i tehnologiji (izričaj je pomalo nespretan jer bi ispalo da se ne odgovara za nedostatke za koje se znalo; jasno je da se odgovara i za njih (čak prije svega za njih!), ali je važno da se odgovara i za one za koje se prema postojećem stanju tehnologije nije znalo.

24 Pravo osobnosti regulira se kao „pravo ličnosti“ (čl. 157., 199., ZOO). Sve bez definicije i navođenja pojedinih oblika prava. Odredbe su tada izazvale pravi šok u općoj i stručnoj javnosti, jer je to bilo prvo njihovo spominjanje u jednom zakonu. Premda skromne po obimu i stručno-znanstvenoj elaboraciji ove su odredbe dale dobar poticaj razvoju odgovornosti za neimovinsku (nematerijalnu) štetu.

25 Obično se kaže da se to „prepušta sudskoj praksi“. Sintagma ipak nije dobra jer bi praksa morala prethodno od zakonodavca dobiti barem temeljne parametre tih pojmova. Bitno je jedno: objektivnu odštetnu odgovornost treba vezati (najviše) uz razvoj tehnike i tehnologije. Svakako, pogotovo nekritičko, širenje pojma izvan ovih granica nije pravno prihvatljivo.

tijela.²⁶

U cjelini gledano ZOO iz 1978. predstavljao je daljnji korak naprijed u ovom dijelu građanskog prava, pa je RH po svom državnompravnom osamostaljenju 1991. godine taj Zakon preuzela u svoje zakonodavstvo (ZOO iz 78. bio je i zakon SR Hrvatske kao države u sastavu SFRJ, NN 53/91).

Valja dodati da su ovaj pozitivan zakonodavni trend pratile iznimno kreativna sudska praksa i znanost prava. Odštetno zakonodavstvo SFRJ bilo je na stupnju kojeg se, i s današnje točke gledišta, može okvalificirati kao zadovoljavajuće u visokom značenju te riječi.²⁷

3. Daljnji razvoj odštetnog prava

Republika Hrvatska je 2005. godine donijela svoj novi Zakon o obveznim odnosima (NN 35/05. i 41/08.). Arhitektonika Zakona bitno je izmijenjena (odštetna odgovornost je sada u drugom dijelu, čl. 1045.-1110.), ali sadržajno je jače izmijenjen samo dio koji se odnosi na neimovinsku štetu i pravo osobnosti.²⁸

U imovinskom dijelu jedino su jače i proširenije regulirane odgovornosti za proizvod (čl. 1073.-1080.)²⁹ i odgovornost za štete izazvane motornim vozilom u pokretu (čl. 1068.-1072.). „Sestrinski propisi“ na planu odgovornosti za štetu (ZKP, Zakon o zaštiti na radu,³⁰ Zakon o medijima i dr.) u bitnome ostaju „pratitelji“

26 Odredbe ZOO-a teško pokrivaju odštetnu odgovornost države i tadašnjih društveno-političkih zajednica. Stvar je bila prepuštena Zakonu o osnovama sustava državne uprave, što je s više aspekata bilo neprimjereno rješenje (materija se izučava u upravnom pravu, pa se dosljedno tomu i cjelokupna stvar promatra kao upravnompravni, a ne kao civilnompravni problem). Što je još gore od toga, ovakvu dihotomiju zadržava i pravni sustav državnompravno osamostaljene RH (?!).

27 Najveći problem odštetnog prava u bivšoj SFRJ bila je inflacija, stalni i prevelik pad vrijednosti novca koji je sve obezvrijeđivao, pa tako i visinu dosuđenih naknada štete. I pored načela nominalizma (čl. 394.) redaktori ZOO-a smogli su snage u odštetno područje ubaciti načelo monetarnog valorizma (st. 2. čl. 189.), t.j. da se naknada štete odmjerava prema vrijednosti stvari u vrijeme donošenja sudske presude. No, inflacija je uvijek bila „brža“, a vrijeme od donošenja sudske presude do njene ovrhe nije pokrila realna zatezna kamata (te su kamate tek 1989., za vrijeme savezne vlade Ante Markovića, bile podignute na stupanj koji se može ocijeniti realnim).

28 Bitna je novina stavljanje znaka jednakosti (sinonimije) između neimovinske štete i pravo osobnosti (čl. 1046.): povreda prava osobnosti je neimovinska šteta. Ovakav koncept nije bez prijepora jer se vodi računa o značajnoj činjenici da postoje povrede prava osobnosti uz nanošenje fizičkog ili psihičkog bola ili straha, ali i bez toga. Nama se čini, bez ulaženja u dublje nijanse ovih prijepora, da su bol i strah samo dodatni kvalifikatorni elementi kod dosude naknade štete (u pravilu trebaju dovesti do više naknade), ali da pravo na naknadu (popravljanje) neimovinske štete postoji i bez toga. Neke odluke iz njemačke sudske prakse govore čak o mogućnostima kumulacije ovih zahtjeva.

29 Odgovornost za proizvod proširen je i kvantitativno (čl. 1073.-1080.), a i kvalitativno. Jedini je (ali značajan!) korak naprijed da proizvođač više ne odgovara za konstrukcijske pogreške (vidi bilješku br. 23). Ovaj korak natrag nije slučajna i izraz je sličnih kretanja u Europi.

30 Po Zakonu o zaštiti na radu (čl. 6.) poslodavac radnicima odgovara za štetu po objektivnom kriteriju. U takvom slučaju odgovaraju i poslodavci koji su poduzeli sve potrebne mjere

ZOO-a i pokazatelj da ni ZOO iz 05. nema pretenziju pokrivati sva područja pravnog odnosa odgovornosti za štetu.

Novi, posve novi element u odštetnom pravu RH predstavljaju odluke i prakse Europskog suda za ljudska prava. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ušla je u pravni sustav RH kao ratificirani međunarodni ugovor (NN 18/97 i ostalo) koji je po svojoj pravnoj snazi ispod Ustava ali iznad zakona RH (arg. iz čl. 141. Ustava RH). Na užem odštetnom planu značajne su odredbe o pravu na slobodu i sigurnost (čl. 5.), pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života (čl. 8.), zabrana diskriminacije (čl. 14.), zabrana zloupotreba prava (čl. 17.) i dr., što i s praktičnog i s teoretskog stajališta pomaže gradnji i širenju pojma „štetne radnje“. Valja ipak reći da europsko konvencijsko pravo u najvećoj mjeri počiva na odlukama Europskog suda za ljudska prava i to je nova realnost s kojom se moramo suočiti.³¹

U ukupnosti gledano odštetno pravo u RH razvija se u dobrom smjeru. Izvjesni nedostaci postoje u odgovornosti države vezano za ratno i tranzicijsko razdoblje³²,

zaštite na radu. Njihova „pobuna“ je zbog toga ipak neopravdana jer jače zaštitne mjere smanjuju rizik štete, a uvijek im je na raspolaganju i osiguranje od odgovornosti koje je i nastalo uz objektivnu odštetnu odgovornost. U trenutku pisanja ovog rada u tijeku su bili jaki (po nama neopravdani) napor da se umanjí odgovornost poslodavaca.

31 Navest ćemo ovdje samo dva primjera iz konvencijskog odštetnog prava. U predmetu Olujić protiv RH (čl. 8., povreda prava na privatni život i dom zbog trpljenja pretjerane buke kroz dugi vremenski period) Europski sud proširuje područje štetne radnje kod prava na dom i područje oko doma. Domaći propisi (Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, čl. 110.) daju zaštitu samo zbog „prekomjernih imisija“. Sukob propisa (Konvencija, ZV) ovdje je više nego izgleđan. Drugi predmet (Lelas protiv RH, povreda čl. 1. Protokola 1 - pravo vlasništva) ne prihvaća zastaru prava na naknadu štete koju su zaključili redovni sudovi i Ustavni sud RH. Radilo se zapravo o isplati naknade za razminiranje terena (što i nije naknada štete u užem smislu ove riječi); djelatnosti koja je nedvojbeno opasna po život. „Zarađeni prihod“ Europski sud za ljudska prava kvalificira kao „pravo vlasništva“ i daje zaštitu tom pravu. Očito prekoručene zastarne rokove ESLJP uopće nije razmatrao. Nažalost zaštitu nije dao iz jednog drugog razloga: dug tužitelja (tužiteljima) priznao je (i priznao) neposredno nadležni časnik koji nije osoba koja zastupa po Zakonu državu (vojsku) i može jedino dati relevantnu izjavu o prekidu zastare. Objektivno tužitelj do nadležne osobe (Predsjednika Republike?, Vlade?, Ministra obrane?, Načelnika glavnog stožera?) nije mogao doći pa je, po našem shvaćanju, priznanje nižeg i neposrednog nadležnog časnika trebalo uzeti kao pravno relevantnu izjavu „punomoćnika po zaposlenju“. Ova dva primjera (a nisu, naravno, jedini) otvaraju mnoga važna pitanja: može li se „aršinima“ mnogo razvijenih zemalja Europske unije (a i Vijeća Europe) „mjeriti“ odštetnu odgovornost i u manje razvijenim zemljama, u koje objektivno spada i RH? U nekim dijelovima će nam ti stroži kriteriji pomoći (npr. da otklonimo sintagmu da je štetne imisije nemoguće zabraniti ako postoji dozvola za rad, dopuštena osnova - čl. 110/3 ZV). Doprinos poimanja odgovornosti za štetu je i standard o razumnom (poštenom) suđenju (čl. 6. Konvencija). Bez toga standardi bi i dalje „vukli“ sudske sporove stare po 20 ili 30 godina. Međutim, već s prethodno spomenutim primjerom buke, stvari postaju dvojbene. Naš turizam se bez buke jednostavno ne može razvijati. Buka je turizmu imanentno svojstvo. Zato je odnos domaćeg i europskog (konvencijskog i uskoro i komunitarnog) odštetnog prava vrlo kompleksan i treba ga mnogo sustavnije pratiti i istraživati.

32 Zakon o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom (NN 73/1995.) omogućio je državnu upravu nad imovinom koju su njihovi vlasnici prethodno napustili. Ustavni

ali za vjerovati je da je taj ne baš sjajan dio ipak pri kraju.

Nastavljanje stanja ZOO-a iz 1978. znači i nastavljanje njegovih nedostataka. Hoće li „europeizacija“ odštetnog prava s ovih povijesnih prostora³³ donijeti i neke bitne pomake, uskoro ćemo vidjeti i na ovom mjestu moramo ukazati i na (novi) Zakon o suzbijanju diskriminacije³⁴ (NN 85/08).

Moramo podvući i činjenicu (važnu za specifično područje popravljavanja neimovinske štete) da su postupovni propisi (ZPP prije svega) izrazito karentni (nedostatni). U regulaciji specifičnih pretpostavki suđenja takvih šteta i ta činjenica objektivno umanjuje napredak u ZOO-u na planu materijalnopravnog uređenja odgovornosti za neimovinsku štetu.³⁵

III. GUBITAK PRAVA NA (STVARNU, EFEKTIVNU) NAKNADU ŠTETE PO VAŽEĆIM PROPISIMA ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

Rizik gubitka parnice opći je rizik svakog tužitelja koji pokrene sudski spor.

Na području odgovornosti za štetu postoje specifični rizici koji su rezultat primjene zakonskih pravila o materijalnopravnoj odgovornosti za štetu. Ti su specifični rizici posebno određeni propisima, kriterijima odštetne odgovornosti, a i dokazom ostalih pretpostavki odgovornosti za štetu.

sud RH odbio je prigovor neustavnosti tog Zakona (Izbor odluka Ustavnog suda RH 1996.-2009., st. 6-7), ali je u postupku po ustavnim tužbama usvajao pojedinačne ustavne tužbe kojima su vlasnici nekretnina tražili određenu isplatu temeljem toga što su bez njihove volje njihove nekretnine koristile druge osobe (uvedene u posjed po odluci ovlaštenih tijela RH). Vrlo je zanimljiv i slučaj odgovornosti Države za terorizam. Čl. 180. ZOO-a iz 1978. bio je najprije suspendiran, a onda zamijenjen s novim Zakonom (Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, NN 117/03.) koji bitno umanjuje odštetnu odgovornost države: materijalne štete se rješava kroz Zakon o obnovi (bez subjektivnog prava na obnovu), a nematerijalna samo za neke slučajeve i samo do određene visine. Neposredna posljedica ove izmjene Zakona bila je ta da su tužitelji spor kojeg bi po čl. 180. ZOO iz 1978. (izvjesno) bili dobili u konačnici izgubili i bili posebno obvezani platiti visoki sudski trošak. ZPP u odnosu na pitanja parničnog troška u takvom slučaju nema rješenja.

- 33 Pojam „europeizacija odštetnog prava“ izričito navode Koziol-Welser, op. cit., str. 12.-13. Autori ističu da se ovo posebno odnosi na odštetno pravo.
- 34 Propisi o suzbijanju diskriminacije važni su upravo u kontekstu europeizacije prava u cjelini i odštetnog prava kao dijela građanskog prava. Hrvatski Zakon o suzbijanju diskriminacije, međutim, pati od značajnih nedostataka: u mnogim je dijelovima previše neodređen, „rastezljiv“ i ako bi diskriminaciju htjeli podići na razinu relevantne odštetne radnje, naišli bi na velik broj poteškoća.
- 35 ZPP je, gotovo do prije nekoliko desetljeća, u čl. 1. navodio da se odnosi na „imovinskopravne odnose“. Danas formulacija ističe „građanskopravne odnose“, što jasno implicira da se odnosi i na neimovinski dio građanskog prava - pravo osobnosti. Promjena je logičan rezultat pojave i razvoja prava prava osobnosti kao sastavnog dijela građanskog prava, baš od 80-ih godina 20. stoljeća. Hrvatskoj znanosti i praksi građanskog i građanskog postupovnog prava predstoji odgovorna zadaća iznalaženja specifičnih postupovnih pravila vezanih uz odlučivanje o pravima osobnosti.

Subjektivna odgovornost (odgovornost po krivnji) je i po ZOO-u iz 05. prvi, opći i najvažniji kriterij odgovornosti za štetu (arg. iz čl. 1045/1 ZOO). Odgovornost štetnika (tuženika) se presumira (samo za običnu nepažnju) i to konkretno znači da tužitelj inicijalno (na početku spora) ima vrlo povoljnu postupovnu poziciju, pravu prednost i tuženik je taj koji se mora „boriti“ ne bi li dokazao svoju nekrivnju.

Dokaz nekrivnje nije lagan, ali je moguć pa griješi svaki tužitelj koji pasivno vodi spor pouzdavajući se isključivo na navedenu inicijalnu prednost koju mu daje zakonska presumpcija.

Kod objektivne odgovornosti početna situacija za tužitelja je još povoljnija. Štetnik (tuženik) ne obara tužbeni zahtjev dokazom nekrivnje nego samo dokazom nekog od triju zakonom predviđenih eskulpacijskih razloga (više sile, radnje trećeg, radnje samog oštećenika- arg. iz čl. 1067. ZOO iz 05.). I tu je dokaz postojanja nekog od ovih eskulpacijskih razloga vrlo težak, ali je moguć i nije isključen.

U opisnim situacijama pod 1.1. i 1.2. u igri su posebna postupovna pravila o teretu dokazivanja.³⁶

Premda je područje građanskog postupovnog prava, učenje o teretu dokazivanja ipak je dominantno materijalnopravne prirode. Tek pravila o pravnim posljedicama neuspjeha dokazivanja predstavljaju domenu postupovnog prava.

Rečeno jednostavnim, praktičnim rječnikom primjena pravila o teretu dokazivanja ne jamči automatski uspjeh u sporu onoga koji se pouzda u određenu zakonsku presumpciju, nego će on uspjeti samo ako nakon rigorozne činjenične ocjene sudac zaključi da protudokaz nije uspio.

Ostale pretpostavke pravnog odnosa odgovornosti za štetu (šteta, štetna radnja, štetnik odnosno odgovorna osoba, uzročna veza između štete i štetne radnje) u pravilu, mora dokazati tužitelj (oštećenik). Nešto ćemo više reći o problemu uzročnosti (kauzaliteta). Domaće pravo nema razvijenu školu učenja o tom problemu, zbog toga što postojeća socijalna situacija, niža razina gospodarstva i sl. te probleme nije dovoljno problematizirala.³⁷

Na stupnju jednostavnijih šteta (gdje uzrok x neposredno izaziva posljedicu y) problem je „jasan“ i praktički ne postoji u nekoj većoj mjeri. Međutim, na području kompleksnijih šteta³⁸ problem izbija u ponekad dramatičnoj mjeri. Inzistiranje

36 Triva-Dika, op. cit., str. 498.-501. Pravila o teretu dokazivanja uvijek predstavljaju složen pravni problem čije rješavanje čini samu esenciju suđenja.

37 Koziol-Welser, op. cit., str. 309.-312., 334.-336. donose bitno obogaćeniju teoriju kauzaliteta (Die Verursachung-Kausalitaet): ekvivalentnu teoriju (Aequivalenztheorie) i adekvatnu teoriju (Aadaequanztheorie); govore također o alternativnom, kumulativnom i prijestignutom („ueberholende“) kauzalitetu. U talijanskoj znanosti G. Alpa i dr. (Istituzioni di diritto privato, Torino, 2005., str. 907.-913. govore o „causalita adeguata“ (adekvatni kauzalitet) koje se temelji na pravilima općeg iskustva („...sulla base di comune esperienza“). Kompleksnije štete danas su npr. vezane na medicinsko pravo, azbestozu posebno (o tome više naknadno u ovom radu).

38 Nove teze o tzv. presumiranom kauzalitetu nalazimo u Italiji (N. Coggiola, Nesso di causalita nel danno di amianto - esperienza italiana e inglese, Rivista di diritto civile, Padova, 2008., II, str. 321.-425.). Slično vrijedi i za medicinsko pravo (Vincenzo Zeno-Zenkovich, Una commedia degli errori? – La responsabilita medica fra illecito e inadempimento, Rivista, op. cit., II, str. 291.-297.).

na tužiteljskom dokazu postojanje relevantnog kauzaliteta ozbiljno bi u takvim situacijama dovelo u pitanje parnični uspjeh tužitelja. Protudokaz da je na nastanak spornog štetnog događaja djelovao i neki drugi uzrok, odnosno da uzrok kojeg tužitelj dokazuje u drugim sličnim slučajevima nije doveo do štete može ozbiljno „uzdrmati“ postupovnu poziciju tužitelja i smanjiti njegove šanse na postupovni uspjeh.

Teorija u takvim situacijama predlaže model dokaza presumiranog kauzaliteta koji inverzijom tereta dokazivanja vraća postupovnu prednost tužitelju.³⁹

Hrvatski ZOO o tome nema odredbi, a ni praksa za sada ne pokazuje veći smisao za to.⁴⁰

Postojanje presumiranog kauzaliteta nije put za prihvaćanje svake tvrdnje o njegovu postojanju. Sudac činjenicu o tome mora utvrditi barem u stupnju određene pravne (visoke) vjerojatnosti jer bi u protivnom tuženik bio stavljen u postupovno nemogući položaj.

Dokaz nekrivnje (npr. iz st. 2. čl. 1056. ZOO iz 05. - odgovornost roditelja za dijete starije od 7 godina) ponekad znači zalaženja u područja koja se ne mogu ni predvidjeti ili ne mogu jako teško predvidjeti.

Što znači da roditelj nije kriv za štetu koju je drugome nanijelo njegovo maloljetno dijete?

Propust u odgoju? Koji propust?

Pa to dijete odgaja i škola i društvo u cjelini. Kako onda „raspodijeliti“ tu krivnju?

Nije jasno čime će to roditelj dokazati da „nije kriv“. Roditelji vole svoju djecu i zasigurno ne žele da ona postanu delinkventi, zasigurno ih pokušavaju odgojiti kako najbolje znaju i što je bolje moguće.

Dokaz nekrivnje može u takvoj situaciji biti nemoguć. Postupovno je to dobro za tužitelja, no ne i za tuženika.

Strani teoretičari i tu upozoravaju da je na sceni zapravo „prikrivena objektivna odgovornost“⁴¹, jer su onda pravila igre jasnija i zakonodavac se ne mora sakrivati ispod demokratskih pravila o subjektivnoj odštetnoj odgovornosti.

39 Radno pravo pojam presumiranja kauzaliteta posebno poznaje (V. Maurini, *L'incapacita naturale*, Padova, 2002., str. 175.). U takvim sporovima tuženik (poslodavac) mora dokazati da sa svojim zaposlenicima postupa korektno jer se u protivnom uzima da je nekorektnost (stanje privremene prirodne poslovne nesposobnosti) postojalo i u vrijeme spornog događaja.

40 Pretežan broj odštetnih parnica pred hrvatskim sudovima potječe iz cestovnog prometa i radnih odnosa. Tu je problem kauzaliteta (posebno u cestovnom prometu) u pravilu jednostavniji; u radnom pravu (gdje je odgovornost poslodavca objektivna) stvari činjenično komplicira, npr. da je u istim okolnostima jedan zaposlenik doživio štetu, a drugi nije (o samo po sebi ne može isključivati postojanje relevantnog kauzaliteta kod zaposlenika koji je doživio štetu jer to što drugi zaposlenik nije povrijeđen nije dokaz da je prvi zaposlenik „sam kriv za svoju štetu“).

41 Tako npr. u talijanskoj pravnoj teoriji tvrdi E. Carbone, *La responsabilita aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpe fitizie*, *Rivista di diritto civile*, Padova, 2008/1., str. 1.-17. I nama se čini da je odgovornost (krivnja) roditelja više fiktivna no stvarna.

Ako bi sudska praksa dokaz nekrivnje u opisanim slučajevima olako prihvaćala, ozbiljno bi ugrozila opravdane pravne interese oštećenika kao tužitelja. Vjerovati tuženom roditelju da je učinio sve što je mogao da svoje dijete dobro odgoji nije nemoguć zaključak, ali (samo) to nije pravno relevantan dokaz njegove nekrivnje u odštetnom smislu te riječi.

Ostali specifično odštetnopravni rizici gubitka parnice radi naknade štete su sljedeći: nerelevantnost opisane štete i nerelevantnost navedene štetne radnje.

Zakonska definicija štete (čl. 1046. ZOO), uža i nekonzistentnija od definicije u par. 1293. OGZ-a, priječi dokaz ove pretpostavke odštetne odgovornosti u nekim vrlo osjetljivim slučajevima čineći ih pravno vrlo dvojbenim.⁴²

Sudskoj praksi se može preporučiti tumačenje pojma baš u smislu OGZ-a, jer teoretska – znanstvena vrijednost ovog Zakonika nije prestalo time što taj propis kod nas više nije na snazi kao pozitivan propis.

„Šteta“ je pravno-tehnički pojam („Fachbegriff“). To je svako materijalno ili nematerijalno (idealno) pogoršanje jednog pravnog dobra koje nastaje iz određene štetne radnje (arg. iz par. 249. njemačkog BGB-a.⁴³

Isto vrijedi za pojam „štetne radnje“ („das schaedigende Ereignis“).

ZOO o tomu uopće ne govori na apstraktnoj razini, to se međutim podrazumijeva. Teorija⁴⁴ navodi da je to „svaki čin ili propust štetnika koji uzrokuje štetu na strani oštećenika“ i dijeli štetne radnje u dvije osnovne grupe: građanski delikt i povredu obveznog odnosa.

„Građanski delikt“ sam po sebi implicira protupravnost, pa stoga valja reći da nema štetne radnje ako ova nije protupravna.⁴⁵

No, protupravnost je dosta širok pojam jer nije svaki društveno neprihvatljiv postupak normiran pravnim propisom. Neka neprihvatljiva ponašanja tek uz dodatak specifičnih konkretnih okolnosti dobivaju svojstvo protupravnosti (prekid ljubavne veze npr. sam po sebi nije delikt, ali to može biti ako ga prati povreda dostojanstva partnera).

42 Sekvestar tuđe imovine (vidi bilješku br. 32) donio je situacije da se dozvolom države drugi usele u stanove i kuće koje su njihovi vlasnici napustili. Vlasnici su se naknadno vratili i tražili naknadu štete za to što su drugi bez njihove suglasnosti koristili njihove domove. Po ZOO-u tu nema ni oštećenja imovine (ako je ima to je nesporno, ali ne zbog samog korištenja), a nema ni izmakle dobiti (teško je, zapravo nemoguće da bi u ratnim uvjetima dom iznajmljivali trećima). Nama se čini da bi za opisano najprimjerenija bila naknada u visini prosječnog najma koju bi sud utvrdio.

43 Takva definicija, a i definicija u OGZ-u, pokriva „sve štete“ (Wikipedija) i podiže mogućnost parničnog uspjeha oštećenika kao tužitelja.

44 Klarić-Vedriš, op. cit., str. 586.

45 Koziol-Welser, op. cit., str. 300. navode da štetnik mora postupati protupravno („rechtswirrig“) i skrivljeno (und „schuldhaftig“); vrlo zanimljivu definiciju štetne radnje donosi i Zakonik kanonskog prava (Glas Koncila, Zagreb, 1996., str. 57., kanon br. 128.: Tko drugom nezakonito (podcrtao A.R.) nanese štetu pravnim činom i svakim drugim činom namjerno ili iz neharmonosti, obvezan je nadoknaditi štetu“). Stanje je tu slično problemu presumiranog kauzaliteta (bilješke br. 38-39). Neka najnovija kretanja u Njemačkoj (priprema novog zakona o odgovornosti liječnika – Die Zeit, prosinac 2012.) donose pravila da liječnik dokazuje da nije kriv za izazvanu štetu pacijentu.

Neki aspekti protupravnosti proizlaze i iz pravila javnog morala ako ulaze u sklop „javnog poretka“.

Pritom je nužna doza visokog opreza jer ne možemo svako moralno pravilo pretvarati u prinudno pravilo javnog poretka.

Teret dokaza postojanja relevantne štetne radnje uvijek je na oštećeniku. To je pravilo odštetnog prava, koje međutim nije beziznimno.⁴⁶ Ako je to pravilo već „probilo“ radno pravo, nema zapreke da se isto (mada oprezno) učini i u odštetnom pravu.

Na aktualnom trenutku naše pravne stvarnosti treba posebno odgovoriti na pitanje jesu li konvencijska „legitimna očekivanja“ relevantna štetna radnja.

U nedavnoj odluci kojom je prihvatio neustavnost nekih odredbi Zakona o javnim ovršiteljima (ukidanje prethodno odobrene službe „privatnih“ ovršitelja) Ustavni sud RH je prihvatio tezu da je takav postupak Hrvatskog sabora povreda „legitimnih očekivanja“ izabраниh kandidata koji su ili dali otkaz na prijašnja zaposlenja ili se kreditno zadužili da osposobe poslovni prostor ili učinili nešto slično. Ustavni sud im je priznao pravo na naknadu štete.

Pitanje je što bi, međutim, bilo da se, npr. jave neki dužnosnici koji su prihvatili dužnosti u očekivanju povoljnije plaće, mirovine i sl., a onda su propisom takva prava ukinuta.

Čini se da bi pojam „legitimnih očekivanja“ trebalo i u znanosti jače izložiti i povezati ih s pojmovima klasične teorije građanskog prava: *causae* pravnih poslova, retroaktivne primjene propisa i stečenih prava. Sama po sebi „legitimna očekivanja“ teško mogu biti relevantan oblik štetne radnje.

Približavanjem, odnosno izjednačavanjem pojmova „neimovinska šteta“ i „pravo osobnosti“ prijetila je pandemija odštetnih sporova ove vrste koja se, međutim (i srećom) nije dogodila.⁴⁷

Događaju se ipak „incidenti“, „ekcesi“, bizarne presude barem gledano s nekih pravno-filozofskih pozicija.

Dosuđuju se npr. naknade štete zbog toga što je rođeno bolesno dijete kao posljedica liječničke pogreške (liječnik nije proveo zatraženi pobačaj), pa se čak pravi razlika u tomu je li uslijed toga rođeno dijete na svijet došlo zdravo ili bolesno.⁴⁸

Slični sporovi još nisu „udomaćeni“ u hrvatskoj sudskoj praksi, što ne znači da uskoro neće biti.

Trebalo bi na teorijskom i pravno-filozofskom planu jače izgraditi ove pojmove. To će zasigurno izazvati veće sukobe i protivljenja ali će to ujedno omogućiti njihovu pravilnu valorizaciju kao pravno relevantnih oblika štetnih radnji u građanskom pravu.

Ne bi nikada smjeli smetnuti s uma da je svaki propis (velikim dijelom) rezultat povijesti svakog naroda, te svakako nije samo pitanje trenutnog pravnog ili nekog drugog inženjeringa.

46 V. Maurini, op. cit., str. 175.-176.

47 C. Castronovo, *La nuova responsabilita' civile*, Padova, 2009., str. 286.

48 Koziol-Welser, op. cit., str. 21.

Ovdje valja upozoriti na problem zloupotrebe prava.

To je jedno od načela ZOO-a (čl. 6. ZOO iz 05., čl. 13. ZOO iz 78.). Zabranu zloupotrebe prava predviđa i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 17.).

Kod zloupotrebe prava štetnik naizgled ne krši zakon, postupa po zakonu, ali postupa s ciljem koji nije prihvatljiv, odnosno koji je protupravan. Štetnik od takve štetne radnje sam čak nema nikakve koristi i motiviran je isključivo željom da drugome izazove štetu.⁴⁹

Dizanje zloupotrebe prava na razinu relevantne štetne radnje pojačava materijalnopravnu i postupovnopravnu poziciju oštećenika. Otvara, međutim, i značajan problem činjenične i pravne ocjene, predstavlja li konkretno postupanje štetnika doista predstavlja takvu štetnu radnju.

Pravomoćno ishodena pozitivna odluka suda o pravnozaštitnom zahtjevu tužitelja (oštećenika) još ne predstavlja naknadu štete. Ova se tek mora dogoditi bilo dobrovoljnim bilo prinudnim ispunjenjem presuđene tražbine.

S obzirom na načelo imovinske sankcije, pravomoćna i izvršna presuda neće se moći provesti ako ovršenik (štetnik) nema imovine. Ovršni zakon poznaje načelo zaštite ovršenika posebno njegovo dostojanstvo čl. 6.) ali i načelo zaštite ovrhovoditelja kao vjerovnika.⁵⁰

Neki procesi (npr. u Španjolskoj) predviđaju opću zabranu nekih oblika ovrhe, ali je riječ o mjerama koje su dosta dubiozne i nije sigurno da doprinose stabilnosti pravnog sustava.

U određenim parnicama, odnosno u ovršnim postupcima temeljem njih, za oštećenike predstavlja pravu blagodat odgovornost (vrlo solventnih) osiguravajućih društava (Zakon o obveznim osiguranjima u javnom prometu – NN 151/2005.).

Činjenica je, međutim, da osiguravajuća društva osiguravaju samo do ugovorene visine (čl. 17., čl. 26. tog Zakona)⁵¹ što znači da eventualno veći iznos

49 Klarić-Vedriš, op. cit., str. 234. to nazivaju „šikanom“. V. Vodinić (op. cit., str. 299.) kao sinonime rabi riječi: „šikanozno, beskorisno, nesrazmerno, protivciljno, neprimereno, protivrečno, nemoralno ili nepravično“. Sjetimo se ovdje i slavne Bogišićeve definicije u Crnogorskom imovinskom zakoniku: Svojim se pravom služiti ne možeš tek drugom na štetu i dosadu. Rimsko pravo, kako je općepoznato, nije poznavalo pojam zloupotrebe prava i temeljilo se na načelu „*neminem laedit qui iure suo utitur*“ (nikome ne škodi onaj koji se služi svojim pravom). Moderan koncept zloupotrebe prava i njene relevantnosti kao štetne radnje djelo je pravne teorije s početka 20. stoljeća.

50 M. Dika (Građansko ovršno pravo, I knjiga Opće građansko ovršno pravo, Zagreb, 2007.) također govori o načelima zaštite ovršenika ali i ovrhovoditelja. S obzirom na to da ti interesi, međutim stoje u međusobnom odnosu suprotnosti, ovršni bi sudovi neku razumnu mjeru morali naći negdje u sredini između ova dva načela. U njemačkom pravu (Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda, str. 181.) npr. nije dopuštena provedba ovrhe iseljenja teško bolesnog psihijatrijskog bolesnika (pozivom na dostojanstvo ovršenika).

51 U praksi se to naziva „limit osiguranja“. Ne radi se, međutim, ni o kakvom limitu u smislu gornje moguće granice osiguranja nego o najnižoj svoti osiguranja koju zakonodavac prinudno nameće; nema zapreka ugovoriti veću svotu ako se želi, ali ni osiguravajuće kuće ni osiguranici ne pokazuju veći interes. Potrošeni „limit“ obično se uočava pri kraju parnice kada podnošenje nove tužbe protiv izravnog štetnika riskira zastaru.

pravomoćno presuđenog odštetnog zahtjeva ide po općim pravilima ovrhe i na imovinu štetnika kao ovršenika.

Ovrhe protiv izravnih štetnika, napose protiv fizičkih osoba nose u sebi veći potencijalni rizik ovršnog neuspjeha.⁵²

U sklopu pretpostavki odgovornosti za štetu na ovom mjestu valja obraditi i neka nova pitanja uglavnom vezana uz odgovornost države koju si ona samo nameće. Bez tog elementa (propisivanja, zakonskog nametanja) te odgovornosti po postojećim propisima, ne bi bilo ili bi bilo u velikoj zastari.

Tu mislimo na odštetnu odgovornost države najviše zbog šteta koja dobivaju pravnu relevantnost nakon promjena državnog i političkog sustava i sustava vrijednosti uopće.⁵³

Države su tu u procijepu između želje da ovakve štete poprave i financijskih mogućnosti da to stvarno učine.

„Pravična naknada“ neimovinske štete (čl. 1100/1 ZOO) mora voditi računa i o mogućnosti štetnika, posebno kada on svojom voljom ustanovljava odgovornost koje inače ne bi bilo.⁵⁴

Dvojbena je, međutim, iskazana namjera zakonodavstava da propisima (ne sudskom odlukom) određuju visine naknade štete.

U svakom slučaju to onda nije „naknada štete“ nego samo „naknada“.

Prosuđivanje zastare mora biti specifično. Svakako ne može teći od nastanka štete (recimo od 1950. ili sl.) nego po našoj ocjeni, od stupanja na snagu zakona koji odnosnu odgovornost utvrđuje.⁵⁵

52 Nažalost ne postoji relevantna evidencija o broju neuspješno provedenih ovrha; sudovi (u težnji prikaza povoljnijeg stanja broja riješenih predmeta) iskazuju predmet kao gotov čim na ovršni prijedlog stave klauzulu dozvole ovrhe što, jasno, samo po sebi i sa stajališta učinkovitosti ovrhe ne znači mnogo.

53 Slovenija se bavi, tzv. „izbrisanima“ (predmet ESLJP Kurić v. Slovenia); Srbija se muči s naknadom za Goli otok - Zakon o rehabilitaciji, Službeni glasnik Republike Srbije br.92/2011; u Hrvatskoj je na snazi Zakon o pravima bivših političkih zatvorenika (NN 34/1991., izmjene i dopune 164/08. i 109/2001.).

54 Njemačko pravo ima izraz „Genungtuung“ (zadovoljenje); to vrijedi za imovinsko i (rekli bi još više) za neimovinsko područje šteta. Jasno je, npr. da su naknade neimovinske štete (grubo rečeno) 5 do 7 puta veće u Njemačkoj, nego u Hrvatskoj. Toliki je, međutim, i relativni odnos nacionalnog dohotka i to znači da stupanj razvoja društva bitno određuje visinu naknade štete i da svako „zadovoljenje“ (Genugtuung) mora voditi računa o mogućnostima štetnika i društva u cjelini.

55 Koziol-Welser (op. cit., str. 306.-307.) navode pojmove „Wrongful birth“ i „wrongful life“ (pogrešno rođenje i pogrešan život); radi se o odštetnim parnicama zbog rođenja djeteta koji propustom liječnika nije pobačen u fazi zametka (!). Austrija čak razlikuje je li se dijete pritom rodilo zdravo (nema naknade), odnosno kada se rodilo bolesno (postoji pravo na naknadu štete). Vidi i navedeno pod III 1.6. Od mjeseca prosinca 2012. i talijanski Vrhovni kasacijski sud priznaje takve štete, i to bezuvjetno, tj. bez obzira je li se dijete rodilo zdravo ili bolesno. Prije toga su svi takvi zahtjevi bili odbijeni (podatci: RAI I – prvi program talijanske javne televizije, prosinac 2012.). Naše domaće praksa o tome nema, a i ne bi željeli takve predmete pa ni takva razmišljanja.

Provedena (kratka) analiza mogućeg parničnog i ovršnog neuspjeha oštećenika (tužitelja, ovrhovoditelja) pokazuje da su takvi ishodi često mogući, i kraj nepobitne činjenice da je oštećenik određenu štetu doista pretrpio.

Nismo se bavili postupovnim rizicima u užem smislu. Neke od tih rizika osobito aktualizira novija konvencijska sudska praksa.⁵⁶

Građansko postupovno pravo nije i ne smije biti puki instrument građanskog materijalnog prava, ima nedvojbeno svoj samostalni pravni značaj, ali ne neodvojeno od materijalnih propisa.

Premda građansko postupovno pravo nije samo sredstvo za ostvarivanje ciljeva koje postavlja materijalno pravo, ono mora biti u funkciji ostvarivanja zahtjeva materijalnog prava.

Ovdje ćemo naglasiti samo problem utvrđivanja činjenica, dakle dokazni postupak. U odštetnom pravu to je uvijek posebno odgovoran, težak i mukotrpan zadatak.

Parničnom sudu su na raspolaganju sva dokazna sredstva koja poznaje ZPP,⁵⁷ jasno (u pravilu) pod uvjetom da neka od stranaka te dokaze predloži a sud njihovo izvođenje prihvati (arg. iz st. 1. čl. 7. ZPP).

Sud nema pravo ne suditi o onome za što je nadležan (st. 2. čl. 2. ZPP), što ipak ne znači da nema pravo na neke aspekte „*actionem (non)denegare*“.⁵⁸

Na području odštetnog prava to bi neposredno značilo davanje povećane pažnje napose odštetnim predmetima iz ovih područja:

- naknade štete po afekcijskoj vrijednosti,
- suđenja naknade štete iz oblasti činjenično i vremenski složenijeg kauzaliteta
- prava osobnosti i neimovinska šteta; posebno onima koje nadilaze sada prevladavajuću rutinu (cestovni promet, štete na radnom mjestu),
- zaštita od štetnih imisija, dakle zaštita života i zdravlja ljudi (ekološka šteta) i
- naknada štete koja proizlazi iz ometanja prava na slobodni razvoj ljudske osobnosti.

To nije gotov „popis“; novo vrijeme će donositi i nove probleme.

„Europeizacija“ odštetnog prava nužna je i kod nas. Pritom nam se čini svrsishodnim i primjerenim ukazati na nužnost da taj proces ide preko austrijsko-

56 Mislimo tu na poznati predmet Bajić od 13. studenog 2012. Tu je jedan građanin kazneno i civilno tužio jednog renomiranog liječnika i krivio ga za smrt njegove sestre (intervenirao kasno, odnosno tek nakon što je navodno primio mito od 5000 tadašnjih DM). Domaći sudovi su sve odbijali, a ESLJP je povredu utvrdio zbog toga što su ključni dokaz vještačenja izveli tuženikove kolege s fakulteta.

57 I u odštetnim parnicama mogu se izvoditi samo oni dokazi koje poznaje ZPP. Neki „privatni dokazi“ (npr. tajne snimke kamerama) ne bi smjeli biti korišteni. Dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se upotrebiti na sudskom postupku (čl. 29/4 Ustava RH).

58 Složeni institut „*actionem (non) denegare*“ ima snažan upliv na odštetno pravo i pravo općenito (vidjeti o tomu: Šarac-Lučić, *Actionem denegare*, podrijetlo uskrate sudovanja, Zbornik radova „Zabrana uskrate pravosuđa i prava“, njemačko-hrvatski pravni simpozij, Split, 2007.). U praktičnom smislu to bi značilo ne samo postupovnu ekonomiju (npr. marginalizirati sitne odštetne predmete) nego i pravno-filozofsku anticipaciju prodora u veća i socijalno značajnija odštetna područja. St. 2. čl. 2. ZPP, međutim, prilična je zapreka u tom pravcu.

njemačkog prava od kojeg smo i preuzeli temelje prava pravnog odnosa odgovornosti za štetu.

Ti su temelji toliko jaki i dobri da će uklapanje u europsko konvencijsko i komunitarno pravo jako olakšati. Uostalom, u najbitnijem, hrvatsko je odštetno pravo i u ovom trenutku dostatno europsko.

IV. NEKI AKTUALNI (REGRESNI) OBLICI U OBLASTI PRAVA NA POPRAVLJANJE ŠTETE

Paralelno s općenito pozitivnim trendovima opće odštetne odgovornosti teku, nažalost, i neki negativni. Oni su ponajviše uvjetovani presnažnom ekspanzijom privatnih interesa i želje da se pod svaku cijenu ostvari extraprofit. Negdje su i (samo) rezultat objektivne nemogućnosti društvene zajednice da pokriva određene štete.

1. Izvanredni događaji

Izvanredni događaji (štete od potresa, poplava, požara i sl.) u pravilu su izvan zone odštetne odgovornosti.

Ti događaji, međutim, zbog svoje sve veće učestalosti i predvidljivosti,⁵⁹ sve manje ostaju ono što tradicionalno zovemo višom silom i što posljedično otklanja odštetnu odgovornost.

U praksi se već bilježe i slučajevi da tijela lokalne samouprave, npr. samo, dobrovoljno i barem djelomično preuzimanje pokrivanje dijela štete od poplava;⁶⁰ pravno se čini da je to samo akt dobre volje lokalne samouprave, ali bi se moglo govoriti i o subjektivnom pravu oštećenika kada je npr. predviđena točno određena ili barem provjerljivo određena visina naknade štete.

Teku i rasprave o tzv. jamstvenim (garantnim) fondovima. Italija, npr. potiče intenzivnu raspravu⁶¹ o tomu, ali kako izgleda jako izbjegavajući obvezu države. Nudi se konkretno obvezatno osiguranje (koje bi ipak palo na teret građana)

59 U svezi s težim potresom u Italiji (provincija Emilia 2012.) prihvaćena je čak i kaznena odgovornost stručnjaka, no ne zbog toga što nisu predvidjeli potres nego zbog toga što su jamčili da ga neće biti. Znanstveno se izvanredni događaji ne mogu sa sigurnošću predviđati, ali mogu sve više, a njihova učestalost doista je sve više razlog da se oni sve manje mogu smatrati višom silom.

60 Grad Velika Gorica je 2011. godine odvojio 2,5 milijuna kuna za štete od poplava (vidjeti: Centralni poslovni portal - 13/01/2011). Radi se o šteti na poljoprivredi i građevinama. Nismo mogli provjeriti postoji li o tome i neka normativna odluka Grada ili je riječ samo o pomoći građanima.

61 Vidjeti: YAHOO! Notizie (Vijesti od 21.5.2012). Predlaže se uvođenje tzv. „poreza na nesreće“ („tassa sulle disgrazie“) koju bi plaćali svi građani. Država, međutim, ne bi preuzela nikakvu novčanu obvezu, ali ovaj porez (koji je zapravo novi oblik obvezatnog osiguranja) preporučuje kao relativno bezbolan način značajne pomoći za one koji pretrpe štete od izvanrednih događaja.

koje zbog široke disperzije rizika ipak ne bi trebalo biti preskupo, a jamčilo bi oštećenicima za slučaj potresa, poplava, velikih požara i sl. barem određenu odštetu.

Na najvišoj teoretsko-apstraktnoj razini kreću prve rasprave o podizanju, tzv. pozitivnih obveza države na razinu subjektivnih prava građana.⁶²

Teorija i praksa ustavnopravnih pozitivnih obveza države ostavljaju državu ipak previše pasivnom u podmirivanju šteta koje od izvanrednih događaja trpe njeni građani.

Države će se, npr. sve manje moći braniti da za to nemaju novaca jer, npr. postoje očiti dokazi kako se javni novac nemilice troši za posve nepotrebne ili dvojbeno potrebne stvari⁶³ pa bi takvu ne baš odgovornu Državu pravom na tužbu valjalo prisiliti da npr. nešto uloži u navodnjavanje poljoprivrednog zemljišta.⁶⁴

Već tekući proces europeizacije odštetnog prava zasigurno će dosta intenzivno zahvatiti navedeni aspekt izvanrednih događaja.

To će biti ne samo novost nego prava „revolucija“ u europskom odštetnom pravu. Donijet će nove pojmove i kategorije, rušeći ujedno neke ranije stereotipe (npr. već spomenuti pojam više sile kao tradicionalnog razloga nepostojanja odgovornosti za štetu).

Moramo ići u vrijeme odgovornije Države, Države koja postoji zbog svojih građana, a ne zbog političkih elita. Takva Država mora i na preventivnom i na regresnom planu ulagati veće, daleko veće napore da i u odštetnom smislu građane zaštititi od posljedica izvanrednih događaja.

Zasad su ove tendencije, mada naznačene a ponegdje i znanstveno dobro elaborirane, tek u povojima i zasigurno će trebati dosta vremena i novih napora da one postanu sastavni dio zakonske regulacije.

2. Azbestoza

Ovdje ćemo navesti jedan još drastičniji primjer ne samo zaustavljanja nego čak i kretanja odštetnog prava unazad.

Riječ je o bolesti povezanoj uz azbest. Posljedica izloženosti (pogotovo dužoj izloženosti ovom materijalu) je vrlo često (ali ne i uvijek) teža plućna bolest i karcinom pluća koji vrlo brzo dovodi do smrtnog ishoda.

62 B. Smerdel, S. Sokol (Ustavno pravo, Zagreb, 2006., str. 105.) kao pozitivna prava građana, odnosno kao pozitivne obveze države navode sve ono što ona treba činiti u korist građana, ali napominju da se ta prava ne mogu štititi sudbenim putem. Nisu, dakle, i subjektivna prava građana. To, međutim, sve više postaje nadišlo (vidjeti: E. Russo: Il concetto di diritto soggettivo, Rivista di diritto civile, Padova, Godišnji dodatak za 2008, str. 1.-59.).

63 Države često neracionalno troše javni novac. Jedan od primjera je u RH gradnja četiriju velebnih sportskih dvorana za svjetsko prvenstvo u rukometu 2009. godine. Koštale su mnogo, dignuti su veliki krediti, a od dvorana su ostali dugovi, visoki troškovi održavanja koje nema tko pokrivati, a novac je - kako se to laički kaže - potrošen u nešto gotovo beskorisno. Sličnih rasipanja ima još, u drugim državama, također, negdje više negdje manje, dakako.

64 Poznato je tako da Albanija ima čak 30% navodnjenih poljoprivrednih površina, a Hrvatska svega 1% ili čak i manje od toga (!?). Stoga prethodno (60) djeluje zapanjujuće.

Znanost je odavno uočila iznimnu štetnost azbesta, pa su neke zemlje odavno zabranile njegovu uporabu (Italija, npr. 1992. godine).

U RH takve zabrane nema, ali postoji saznanje o štetnosti azbesta i praksa o naknadi štete za slučajeve teških tjelesnih oštećenja i smrti radnika koji su bili izloženi azbestu.

Odštetni zahtjevi rješavani su po općim propisima (ZOO prije svega) i Zakonu o zaštiti na radu koji predviđa objektivnu odštetnu odgovornost poslodavca.

Materija popravljanja štete zbog azbestoze se, u cjelini gledano, povoljno i pravilno razvijala, premda (što je ipak ozbiljan nedostatak) nije stvorila jače preventivne mehanizme zaštite i nije pridonijela razvoju tendencija da se zabrani uporaba azbesta.⁶⁵

Dosuđivanje naknade štete zbog azbestoze otvorilo je i kod nas veće zanimanje za problem kauzaliteta u ukupnom mehanizmu odštetne odgovornosti.

Praktički govoreći sasvim je moguće da jedan radnik biva 40 godina izložen azbestu i ne oboli od azbestoze, a drugi radi 4 godine i dobije azbestozu od koje umre.

Materija pravnog kauzaliteta očito je složenija od onoga kako se taj pojam rutinski shvaća i čini nam se da je koncept presumiranog kauzaliteta pravilan odgovor na ovaj problem.

U hrvatskom pravnom okruženju (npr. Italije) u tijeku je tendencija dosuđivanja većih odšteta zbog azbestoze⁶⁶ uz posebno apostrofiranje pravila da treba u mnogo većoj mjeri valorizirati subjektivnu poziciju oštećenika.

U hrvatskom pravu nažalost pošli smo nazad. Zakon o obeštećenju radnika profesionalno izloženih azbestu (NN 79/2007 i 139/2010) donosi posebno ove novine:

- pasivno legitimirano za naknadu štete zbog azbestoze je Republika Hrvatska (čl. 4.),

- postupak koji se po tome vodi je upravni (!) jer odluku donosi posebno državno Povjerenstvo, uz mogućnost upravnog spora pred Upravnim sudom (čl. 6.),

- određuju se i precizni koeficijenti koji izravno determiniraju iznos odštete (čl. 7.) i

- posve je izvjesno da će u ovakvoj konstelaciji pravne regulative i buduće prakse dosuđeni iznosi novčane naknade neimovinske štete biti manji.

Ovakva zakonska regulacija višestruko je suspektna.

⁶⁵ Preventivne mjere omogućale su više zakonskih odredbi (čl. 157. ZOO iz 78., čl. 110. ZV iz 1996.), ali većeg odjeka u praksi nije bilo.

⁶⁶ Praksa talijanskih sudova je takva da se u slučaju teških bolesti zbog azbestoze na dan dosuđuje 100 eura. U nedavnoj je odluci Vrhovni kasacijski sud Italije povećao taj iznos (zapravo izrazio stav da je naknadu potrebno povećati, budući da taj sud nema revizijskih ovlasti) jer da treba u mnogo većoj mjeri valorizirati subjektivni položaj oštećenika. Dosuđenu naknadu od 123 tisuće eura (to je bilo 100 eura na dan) ocijenio je prenisikom, upravo zbog tih subjektivnih elemenata (odluka br. 2251 iz 2011., vidjeti „Codice fiscale“ od 17.2.2012.).

S ustavnopravnog gledišta ozbiljno se može dovesti u pitanje ustavnost ovog zakona s obzirom na to da zakonodavna i pogotovo izvršna vlast zapravo preuzimaju funkciju suđenja.

Zakon zanemaruje i faktički značaj ZOO-a kao zakonika jer jednu čisto odštetnopravnu materiju regulira kao upravnu.

U postupovnopravnom smislu zanemarivat će se načelo traženja istine i sustava slobodne ocjene dokaza. Parnični sud koji sudi mora biti slobodan u izboru sredstava dokazivanja, u metodici ocjenjivanja i u ocjenjivanju njihove dokazne vrijednosti, a predviđeni upravni postupak i upravni spor nisu dostatni jamci pravilne primjene ovog načela.

Hrvatska opća i pravnička javnost nisu u očekivanoj mjeri protestno reagirali na pojavu ovoga Zakona.

Ne treba dvojiti da Zakon ima veze s najavljenom privatizacijom domaćih brodogradilišta (azbest je u najvećoj uporabi upravo u brodogradnji), a država koja inače ima ozbiljnih problema sa svojim proračunom preuzima još i obvezu koja je uvijek i svugdje građanskopravna obveza poslodavaca u brodogradnji.

Zakon će, izgledno, omogućiti veći profit budućih vlasnika brodogradilišta, ali neće biti doprinos humanizaciji radnopravnih odnosa putem pravedne valorizacije neimovinskih šteta od azbesta.

3. Osiguranje

Gotovo slične tendencije srećemo i u oblasti osiguranja.

Obvezatno osiguranje, prije svega ono vezana uz promet napose cestovni, ima u oblasti naknade štete veliku ulogu. Oštećenicima doista (barem za pretežiti dio šteta) jamče dosta solventne osiguravajuće kuće koje inače u tomu i same nalaze svoj imovinski interes (naplaćuju premije koje u pravilu nadmašuju iznose naknade koje se isplaćuju oštećenicima).

Osiguravajuće kuće su pod privatizacijom i zasigurno je i ovdje s tim povezano nastojanje da se Zakonom predvide manji iznosi odštete za neimovinske štete.⁶⁷

Naši prigovori su ovdje isti kao i oni vezani uz azbestozu.

Dvojimo, dakle, može li zakonodavac sam određivati iznose naknade i time zapravo preuzimati funkciju suđenja.

⁶⁷ Poseban objekt napada na tzv. trzajne povrede, za koje se predlaže smanjenje čak za 300% (3 puta). U Italiji se one zovu „colpo di frusta“ (udarac od biča, odnosno štete od toga; mislilo se nekad na povredu koja nastaje od trzaja koja slijedi nakon što se konja iznenada jače udari bičem). Italija bilježi čak 66% takvih povreda u ukupnoj masi povreda; Njemačka ima 40%, RH bi vjerojatno bila bliže Italiji. „Trzajne povrede vrata“ su ponekad (možda i pretežito) manje značajne, ali ima i teških, ozbiljnih pa čak smrtonosnih (slavni košarkaš Dražen Petrović poginuo je baš zbog trzajne povrede). Ne treba stoga ovaj oblik povrede baš banalizirati na načelnoj razini. Nisu sve trzajne povrede iste i ne zaslužuju istu naknadu.

Dvojimo i oko temeljne orijentacije da bi iznosi novčane naknade neimovinske štete općenito trebali biti manji.⁶⁸

Praksi hrvatskih sudova može se načelno uputiti prigovor da previše honorira male ponekad i beznačajne povrede, a ponekad zanemaruje one teške. Može se prigovoriti i tomu da Vrhovni sud nije u prilici dostatno ujednačavati sudsku praksu,⁶⁹ ali u cjelini gledano praksa naših sudova nije izvan okvira Ustava i Zakona, a valja joj priznati i to da je u određenim aspektima dosuđivanja neimovinskih šteta bila i izrazito kreativna.

Zato mislimo da nema razloga Zakonom propisivati iznose naknade neimovinske štete i smanjivati te iznose. Mora se i tu reći da bi pobjeda takvih tendencija na području obvezatnog osiguranja i dosuđivanju naknade neimovinskih šteta također bila neugodan korak unazad. Ostaje nada da se to (ipak) neće dogoditi.

4. Denacionalizacija

Ni područje imovinskog prava nije pošteđeno sličnih kretanja.

Tzv. Zakon o denacionalizaciji (zapravo: Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine, NN 92/96. i dr.) pretežito se temelji na ne vraćanju vlasništva nego na novčanoj naknadi koju plaća Država.

Proračunski limiti svakako otežavaju ispunjenje ovakve obveze, ali je upitno je li to opravdanje za propisivanje (pre)niskih iznosa naknade.

Mislimo ovdje na Pravilnik o mjerilima za utvrđivanje vrijednosti poljoprivrednog zemljišta, šuma i šumskog zemljišta (NN 18/04.) kojim se predviđa vrlo restriktivno, a time i dosta nisko utvrđivanje visine vrijednosti ovih nekretnina.

Prigovori koje smo istaknuli za azbestozu i osiguranje *mutatis mutandis* vrijede i ovdje.

Svaka je nacionalizacija u širem smislu izvlaštenje pa ustavno jamstvo (čl. 50/1 Ustav RH) o pravu na naknadu tržišne vrijednosti mora vrijediti i ovdje.

1.1. Denacionalizacija je nedvojbeno ispravljanje povijesne nepravde učinjene bivšim vlasnicima.

Današnja država u užem smislu riječi za to nije odgovorna, ali treba učiniti sve što je realno moguće da bivši vlasnici budu stvarno, a ne samo simbolički obeštećeni. Ako su novčane mogućnosti države nedostatne valjalo bi tražiti neka nova, druga, možda kombinirana rješenja.

68 Smisao „pravične novčane naknade neimovinske štete“ u svakom je slučaju dublji i kompleksniji. Naknada mora uvijek biti jedna razumna i pravedna rezultanta subjektivno doživljene traume i mogućnosti društvene zajednice. Ovo potonje mora, međutim, biti izraz jednog dugog ekonomskog stanja društva, a ne izraz nekih tekućih poteškoća. Kriteriji naknade ne bi se smjeli zbog toga improvizirati i na brzinu mijenjati.

69 Ujednačavanje sudske prakse ustavna je zadaća Vrhovnog suda RH. Međutim, tu obvezu ne prati mogućnost revizijskog obraćanja Vrhovnom sudu gdje (zbog visine vrijednosti predmeta spora) određen broj odštetnih predmeta ne može doći pred najviši sud.

V. ZAKLJUČAK

Provedena analiza omogućuje na kraju barem određene, manje ili više sigurne zaključke.

1. Čl. 8. ZOO iz 05. shvaćen i kao jamstvo svakom oštećeniku da će dobiti nadoknadu štete koju je pretrpio objektivno nije lako i uvijek ostvariv.

2. Brojni su razlozi koji djeluju protiv ostvarivanja ovog cilja, vrlo često su i „pokriveni“ urednom primjenom materijalnog i postupovnog prava.

3. Valja se iz tog razloga priključiti idejama za osnivanje, tzv. jamstvenih fondova za slučajeve kad oštećenici ne dobiju naknadu štete koja im pripada. To najčešće neće moći biti puna naknada štete, ali će i djelomična naknada oštećenicima biti od velike pomoći.

4. Ideja o jamstvenim fondovima u RH je na samom početku. U smislu subjektivnih prava oštećenika zapravo je još i nema (prevladava shvaćanje o „pomoci“) i na tome valja svakako jače poraditi.

5. Normativna regulacija odštetnog prava u RH utemeljena je na solidnoj pravnoj školi koja, međutim, valja ubrzanije dorađivati (novi oblici štetnih radnji, novi problem kauzaliteta, nova gledanja na obveze države).

6. Ulazak RH u EU valja napose iskoristiti za daljnju modernizaciju odštetnog prava upravo u smislu kojeg smo ovdje razmatrali; uostalom to će u okviru EU-a biti i naša obveza.

7. Ono što smo u ovome radu naznačili kao regresne tendencije (izvanredni događaji, azbestoze, osiguranje, denacionalizacija) zaslužuje kritiku i nije na crti modernog odštetnog prava. Toplo se nadamo da će ovaj rad potaknuti na ispitivanje ustavnosti ovakvih propisa ili njihovih projekata jer temelja za to ima (čl. 35. Ustava RH za neimovinsku štetu, čl. 50/1 za naknadu u denacionalizaciji), a i naši bi sudovi morali biti aktivniji u primjeni prava na *exceptio illegalitis* - čl. 37/2 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu RH.

8. Pravo osiguranja, prije svega pravo obvezatnog osiguranja imalo je i ima veliku ulogu u postizanju cilja obeštećenja građana koji su pretrpjeli štete. To pravo treba dalje razvijati ali ne samo sa stajališta interesa vlasnika osiguravajućih kuća nego i sa stajališta građana kao oštećenika.

9. Posebno valja prionuti stvaranju koncepcije pravne obveze države odnosno subjektivnog prava građana za naknadu štete od izvanrednih događaja jer postojeći ustavni koncept pozitivnih obveza države tu više nije dostatan.

10. Odštetno pravo ne može i ne smije „mirno spavati“; ono nužno mora (možda i više od svih drugih prava) slijediti buran i dinamičan razvoj ljudskog društva i mora odgovarati na izazove koje taj razvoj postavlja. Za građane to je uvijek od velike ponekad upravo od egzistencijalne važnosti.

Između načela zabrane uzrokovanja štete i načela (želje) da svaki oštećenik bude obeštećen još dugo (možda i nikada) neće biti znaka potpune jednakosti, ali je i pored toga iznimno važno pomicati granice između njih i približavati ih.

Odštetno pravo takav smjer kretanja nedvojbeno pokazuje. Ono je svoje „zvjezdane trenutke“ upravo i doživjelo kada se jače počelo baviti opravdanim

interesima oštećenika koji je bez svoje krivnje prikraćen u svojoj imovini, pravu osobnosti ili legitimnim pravnim interesima.

Te ciljeve oštećenik, međutim, neće moći postići ako se odštetnopravni odnos svodi isključivo na odnos oštećenik – štetnik. Područje obvezatnog osiguranja od odgovornosti (uvođenjem osiguranja kao subjekta koji pod određenim pretpostavkama odgovara za štetnika) već je dalo povijesno pozitivne rezultate. Isto vrijedi i za poslodavca, državu, roditelje, neke pravne osobe koje imaju moć nadzora nad nekim štetnicima itd.

Državu treba napose apostrofirati u tom složenom lancu odgovornosti za štetu. Ona kreira zakone, stvara uvjete za njihovu primjenu i putem odgovarajućih tijela (sudova prije svega) i primjenjuje te zakone.

Moramo stvarati i odštetno odgovornu (odgovorniju) državu. U filozofsko-pravnom smislu to će onda biti i općenito odgovornija država. To će ujedno biti i značajan doprinos demokratizaciji društva s obzirom na to da je samo demokracija podobna osigurati pravnu državu.⁷⁰

To je također jedini način da se načelo zabrane prouzročjenja štete, ako baš i ne potpuno izjednači, mnogo više približi načelu da svaki oštećenik koji nije odgovoran za svoju štetu bude obeštećen. Kretanja u europskom odštetnom pravu nedvojbeno idu u tom pravcu pa bi taj smjer kretanja trebalo slijediti i građansko pravo u RH.

70 G. Radbruch, op. cit., str. 293.

Summary

THE PRINCIPLE OF PROHIBITING THE CAUSING OF DAMAGE AS A (POSSIBLE) GUARANTEE OF ACTUAL (REAL) DAMAGES

This paper analyzes the principle of prohibiting the causing of damage (by virtue of Article 8 of the Croatian Obligations Act of 2005) in light of the objective according to which any injured party who without fault suffers damage receives actual (real, realistic) damages. The result of this analysis shows that this objective is not easy to achieve due to a number of reasons. A possible solution lies in further modernization (Europeanization) and partially in the creation of the so called guarantee funds which would assist injured parties. Although it is true that Croatian tort law is not miles away from European tort law, there is still ample room for improvement.

Key words: *damages, tort law, development of tort law in the Republic of Croatia, guarantee funds for damages, Europeanization and modernization of tort law in the Republic of Croatia.*

Zusammenfassung

DER GRUNDSATZ VOM VERBOT DER SCHADENSVERURSACHUNG ALS (MÖGLICHE) GARANTIE FÜR DEN TATSÄCHLICHEN (REALEN) SCHADENSERSATZ

Diese Arbeit betrachtet den Grundsatz des Verbots der Schadensverursachung (Art. 8 des Gesetzes über Schuldrechtsverhältnisse aus 2005) im Lichte des Ziels, dass jeder Geschädigte, welchem ohne seine Schuld ein Schaden verursacht wurde, auch tatsächlich (real, effektiv) den ihm zugehörnden Ersatz erhält.

Das Ergebnis der Analyse weist darauf hin, dass dieses Ziel nicht immer leicht zu erreichen ist und dass es zahlreiche gegen das Erreichen dieses Ziels wirkende Gründe gibt.

Ein Ausweg aus dieser Situation sieht man in weiterer Modernisierung (Europäisierung), und teilweise auch in der Schöpfung von Garantiefonds, welche dem Geschädigten wesentlich helfen würden.

Das Schadensersatzrecht in der Republik Kroatien ist bezüglich des europäischen wesentlich im Rückstand und muss auch in vielen Aspekten bearbeitet werden.

Schlüsselwörter: *Schadensersatz, Schadensersatzrecht, Entwicklung des Schadensersatzrechtes in der Republik Kroatien, Garantiefonds des Schadensersatzes, Europäisierung und Modernisierung des Schadensersatzrechtes in der Republik Kroatien.*

Riassunto

IL PRINCIPIO DI DIVIETO DI CAUSAZIONE DEL DANNO QUALE (POSSIBILE) GARANZIA DI UN REALE RISARCIMENTO DEL DANNO

Il presente contributo prende in considerazione il principio del divieto di causazione del danno (art. 8, ZOO del 2005) alla luce del fine che ciascun danneggiato, che senza sua colpa abbia patito un determinato danno, realmente ottenga il corrispondente risarcimento. Il risultato dell'analisi è tale che non sempre tale fine è realizzabile: numerose sono le ragioni che operano avversamente.

La via d'uscita da questa situazione s'individua nell'ulteriore modernizzazione (europeizzazione), in parte anche attraverso la creazione dei c.d. fondi di garanzia che sarebbero di grande aiuto per i danneggiati.

Il diritto risarcitorio in Croazia non è in ritardo rispetto al diritto europeo, ma sotto molti profili deve ancora essere perfezionato.

Parole chiave: *Risarcimento del danno, diritto risarcitorio, sviluppo del diritto risarcitorio in Croazia, fondi di garanzia per il risarcimento del danno, europeizzazione e modernizzazione del diritto in Croazia.*

DRŽAVNE NAKNADE ŽRTVAMA KAZNENIH DJELA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača,
izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 343.122:347.426(497.5)
Ur.: 12. veljače 2013.
Pr.: 12. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se obrađuje pitanje državnih naknada koje će žrtvama određenih kaznenih djela isplaćivati Republika Hrvatska. Danom prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju na snagu će stupiti Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela, kojim je propisano pravo na novčanu naknadu žrtvama kaznenih djela nasilja počinjenih s namjerom, pretpostavke i postupak za ostvarivanje toga prava, tijela koja donose odluke i sudjeluju u postupku odlučivanja o tom pravu, te tijela i postupak koji se primjenjuje u prekograničnim slučajevima. Država će neposrednim žrtvama isplaćivati naknade za troškove liječenja i izgubljenu zaradu, posrednim žrtvama naknadu za gubitak uzdržavanja, a osobi koja je taj trošak imala i naknadu za trošak pogreba neposredne žrtve. Za sve su te iznose propisana moguća umanjena po različitim osnovama (ponašanja same žrtve prije, tijekom i nakon što je postala žrtva, uračunavanje drugih naknada), kao i maksimalni iznosi u kojima se isplaćuju. O naknadi će u upravnom postupku odlučivati posebno tijelo, Odbor za novčanu naknadu žrtvama kaznenih djela. Posebno je propisan postupak u prekograničnim slučajevima. Ovim je zakonom Republika Hrvatska ispunila obveze iz Direktive 2004/80/EZ i obveze iz Europske konvencije o naknadi štete žrtvama kaznenih djela nasilja. U radu se detaljnije analiziraju odredbe koje definiraju ovlaštenike prava na naknadu i pretpostavke njegova stjecanja. Izražava se sumnja u to da bi naš sustav naknada mogao doprinijeti cilju koji je europski zakonodavac imao pri donošenju Direktive 2004/80/EZ, ne toliko zbog vlastitih slabosti (koje će se pokazati tek nakon početka njegove primjene), već zbog slabosti samog sustava naknađivanja na području Europske unije, postavljenog tako da ovisi o nacionalnim sustavima država članica. Upozorava se i na moguće posljedice isključivanja od prava na naknadu prema ovom Zakonu žrtava kaznenih djela koje imaju pravo na naknadu prema Zakonu o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija.

Ključne riječi: novčana naknada, žrtva kaznenog djela, troškovi liječenja, izgubljena zarada, gubitak uzdržavanja, Direktiva 2004/80/EZ, Europska konvencija o naknadi štete žrtvama kaznenih djela nasilja.

1. UVOD

Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela donesen je u srpnju 2008. g.,¹ izmijenjen 2011. g.,² a na snagu će stupiti danom prijama Republike Hrvatske u Europsku uniju. Predstavlja usklađenje s Direktivom 2004/80/EZ od 29. travnja 2004. koja se odnosi na naknade žrtvama kaznenih djela,³ ali i ispunjenje obveza prema Europskoj konvenciji o naknadi štete žrtvama kaznenih djela nasilja.⁴ Direktiva je državama članicama prepustila uređenje sustava naknada, propisujući samo da mora postojati mehanizam naknađivanja, države moraju imati tijela nadležna za odlučivanje o naknadi i suradnju s odgovarajućim tijelima u drugim članicama, te potencijalnim podnositeljima zahtjeva osigurati pristup bitnim informacijama. Konvencija je, pak, odredila temeljna načela naknađivanja i minimum prava koja bi žrtvama kaznenih djela nasilja potpisnice trebale priznati.

U kojoj je mjeri naš zakonodavac udovoljio zahtjevima navedenih propisa, budući da ZNNŽKD još nije stupio na snagu, možemo samo načelno procjenjivati, a tek će njegova primjena u praksi dati pravi odgovor na to pitanje. Međutim, smatramo da je i prije početka njegove primjene nužno upozoriti na neke nedostatke propisanih rješenja i moguće probleme koje bi u praksi oni mogli izazvati. Uz to, treba upozoriti i na činjenicu da na prostoru Europske unije sustav naknađivanja štete žrtvama kaznenih djela nije učinkovit u mjeri u kojoj se to očekivalo, odnosno da, iako su države osnovale nacionalne sustave i udovoljile obvezama iz Direktive, ona nije značajno doprinijela poboljšanju položaja žrtava kaznenih djela i u tijeku je rad na njezinim izmjenama.

2. RAZVOJ IDEJE O DRŽAVNIM NAKNADAMA ŽRTVAMA KAZNENIH DJELA U MEĐUNARODNOM, EUROPSKOM I POREDBENOM PRAVU

Ideja da država treba naknaditi barem dio štete koju na njenom teritoriju pretrpe žrtve kaznenih djela nije novog datuma. Još se šezdesetih godina prošlog stoljeća u nekim državama članicama Vijeća Europe počinju osnivati sustavi naknade štete iz državnih fondova kada oštećenik naknadu ne može dobiti od samog

1 NN 80/08., dalje u tekstu: ZNNŽKD.

2 NN 27/11. Izmjene su bile potrebne da bi se uskladio sa Zakonom o općem upravnom postupku.

3 *Council Directive 2004/80 EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims*, OJ L 261, 6.8.2004. (dalje u tekstu: Direktiva).

4 *European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes*, usvojilo ju je Vijeće Europe 24. studenog 1983. g., na snagu je stupila 1. veljače 1988. g. Republika Hrvatska je tu Konvenciju potpisala 7. travnja 2005. g. Sabor je 16. svibnja 2008. godine donio Zakon o njenom potvrđivanju (Narodne novine - Međunarodni ugovori, 4/08.), a na snagu je u odnosu na Republiku Hrvatsku stupila 1. studenog 2008. g. (Narodne novine - Međunarodni ugovori, 7/08.), dalje u tekstu: Konvencija.

štetnika niti iz drugih izvora.⁵ Ubrzo se došlo do zaključka da i stranci koji se kreću između država članica, posebno radnici migranti, također trebaju u tom smislu biti zaštićeni, te da bi bilo potrebno usvojiti akt obvezujuće snage. Tako je započeo rad na Konvenciji, konačno usvojenoj i otvorenoj za potpisivanje dana 24. studenog 1983. godine.⁶ Uskoro je i Deklaracijom Ujedinjenih naroda o osnovnim načelima pravednosti prema žrtvama zločina i zlorabe vlasti⁷ naglašeno da u slučajevima kada žrtve ne mogu naknaditi štetu od samog štetnika ili iz drugih izvora, država treba nastojati osigurati im tu naknadu, te u tu svrhu osnivati fondove.⁸

Bitno je naglasiti da su se pri donošenju Konvencije iznosili različiti argumenti za uključivanje države u naknađivanje te štete. Prema jednoj teoriji (*teorija državne odgovornosti za kazneno djelo*) država je obvezna žrtvi dati naknadu jer je propustila spriječiti to djelo učinkovitim mjerama kaznene politike, odnosno propisala je mjere koje su zakazale, a zbog zabrane samopomoći (osobne osvete) obvezna je zaštititi žrtvu. Prema drugoj se teoriji, koja je prevladala, državna intervencija temelji na *društvenoj solidarnosti i pravičnosti*.⁹ Kao ciljevi Konvencije navedeni su ujednačenje minimalnih odredbi o naknadi štete žrtvama nasilnih kaznenih djela obvezujućim odredbama i osiguranje suradnje stranaka Konvencije, posebno u promoviranju naknade štete za strane državljane države na čijem je teritoriju napad izvršen i međusobnoj pomoći stranaka u svim pitanjima naknade.¹⁰ Budući da su neke države već imale razvijene sustave naknada, Vijeće je odlučilo propisati minimalne odredbe, a ne model-zakon, da ne bi odvratio neke države članice od ratificiranja Konvencije.¹¹

5 U skladu s tim razvojem, pitanje naknade štete žrtvama nasilja postaje dio radnog programa Europskog odbora za kaznenopravne probleme 1970. godine (*Explanatory Report*, dalje u tekstu: *Obrazloženje*, Uvod, točka 2. Tekst dostupan na [www.http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/116.htm](http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/116.htm)). Vijeće ministara Vijeća Europe usvojilo je 1977. godine Rezoluciju (77) 27 o naknadi štete žrtvama nasilja, kojom je dana preporuka državama da osiguraju državnu naknadu žrtvama nasilja i od njih uzdržavanim osobama, ako se naknada ne može osigurati na drugi način. U idućih je nekoliko godina niz članica uvelo sustave državne naknade ili izmijenilo postojeće propise o toj materiji.

6 Opširnije vidi: *Obrazloženje*, Uvod, točka 3.- 5.

7 *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, tekst dostupan na: <http://www.hri.ca/uninfo/treaties/49.shtml>, prihvaćena je Rezolucijom 40/34 od 29. studenog 1985. godine.

8 Točke 12. i 13. Deklaracije. Spominje se naknada za pretrpljene teže tjelesne ozljede i narušavanje fizičkog ili mentalnog zdravlja, za same žrtve i novčana naknada obitelji žrtve, posebno uzdržavanim članovima, koja je uslijed kaznenog djela umrla ili postala tjelesno ili mentalno nesposobna.

9 *Obrazloženje*, Opća razmatranja, točka 9.-10.

10 *Obrazloženje*, Opća razmatranja, točka 11.

11 *Obrazloženje*, Komentar uz čl. 1., točka 12. i 13.

I na razini Europske unije pitanje naknade štete žrtvama kaznenih djela već je duže vrijeme predmet razmatranja.¹² Zelena knjiga iz rujna 2001.¹³ godine dala je pregled temeljnih pitanja naknade štete žrtvama kaznenih djela, do tada poduzetih mjera i inicijativa, pregled sustava naknada u državama članicama i problema koji proizlaze iz različitosti. Činjenice da sustavi državnih naknada nisu postojali u svim državama članicama i da su između postojećih sustava postojale značajne razlike, dovodile su do toga da je oštećenik, ovisno o tomu gdje ima prebivalište i u kojoj mu je državi članici šteta nanesena, mogao imati pravo na naknadu pune štete, a i ostati bez ikakve naknade. To je protivno cilju ustanovljavanja Europske unije kao područja slobode, sigurnosti i pravde za sve i zato se smatralo potrebnim utvrditi minimalne standarde naknade na području Unije, koji ne bi smjeli služiti kao opravdanje za snižavanje standarda u postojećoj praksi pojedinih zemalja.

U Prijedlogu Direktive¹⁴ se kao cilj navelo ustanovljavanje minimalnog standarda naknade žrtvama kaznenih djela i omogućavanje naknade u prekograničnim situacijama. Međutim, pokazalo se da se oko odredbi koje bi omogućile ostvarivanje ovog prvog cilja - minimalnog standarda naknade, neće (uskoro) moći postići suglasnost,¹⁵ pa je Direktiva na kraju usvojena bez njih. To je bilo kompromisno rješenje, jer se Direktivu željelo usvojiti što prije i učiniti prvi korak u izgradnji sustava naknada na razini Unije.¹⁶ Zato pri analizi odredbi ZNNŽKD-a treba imati na umu da je pri uvođenju sustava državnih naknada zakonodavac imao zadane relativno niske standarde zaštite žrtava nasilja, minimum prava iz Konvencije stare 30 godina, za koju je potpuno jasno da je morala izbjeći nametanje težeg financijskog tereta potencijalnim potpisnicama. Taj je konvencijski standard

12 Iako su prve inicijative, zaključci i aktivnosti na utvrđivanju minimalnih standarda koji bi trebali o tom pitanju vrijediti na području Unije prethodili terorističkim napadima 11. rujna 2001. u SAD-u, i 11. ožujka 2004. godine u Madridu, oba su snažno utjecala na ubrzanje navedenih aktivnosti. To je vidljivo iz pripremnih i radnih materijala vezanih uz donošenje Direktive.

13 *Green paper Compensation to crime victims COM (2001), 536 final, 28.9.2001.* (dalje u tekstu: *Green paper*)

14 *Proposal for a Council Directive on compensation to crime victims*, OJ 2003 C 045 E, 25.2.2003.

15 Prvo se postavilo pitanje postojanja pravnog temelja za Direktivu (Vidi: 13968/1/03 REV 1, 5.11.2003., Predsjedništvo - Vijeću, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/st13/st13968-re01.en03.pdf>), a vrlo se brzo postavlja pitanje treba li Drugo poglavlje, koje se odnosi na minimalne standarde naknade žrtvama, biti uključeno u Prijedlog Direktive ili može biti doneseno u posebnoj Rezoluciji koje bi usvojile države članice (14869/03, 19.12.2003., Buduće Predsjedništvo - Odboru za građanskopravna pitanja, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/03/st14/st14869.en03.pdf>).

16 Neposredno nakon terorističkog napada u Madridu, 11. ožujka 2004. godine, Predsjedništvo je pozvalo Vijeće da prije 1. svibnja 2004. godine usvoji Direktivu ili kako je predložena ili kao Direktivu uz Rezoluciju ili Direktivu uz jedan do dva članka koji će jamčiti da će svaka država članica imati sustav naknade. Izričito je navelo da je ovo zadnje kompromisni prijedlog, jer je, u svjetlu madridskog napada bilo bitno poslati jasnu poruku građanima Europske unije i učiniti prvi korak k sustavu naknade na razini Unije, bez prekludiranja daljnjih inicijativa i rada na minimalnim standardima (7752/04, 26.3.2004., Predsjedništvo - Vijeću, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07752.en04.pdf>).

daleko ispod minimalnog standarda koji je sadržavao Prijedlog Direktive, a prema kojem iznosi državnih naknada ne bi smjeli bitno odstupati od iznosa koji se mogu dobiti kao naknada štete prema pravilima građanskog prava te države.¹⁷

3. PRAVA ŽRTVE PREMA ZAKONU O NOVČANOJ NAKNADI ŽRTVAMA KAZNENIH DJELA

3.1. Opće odredbe

ZNNŽKD propisuje pravo na novčanu naknadu žrtvama kaznenih djela nasilja počinjenih s namjerom, pretpostavke i postupak za ostvarivanje toga prava, tijela koja donose odluke i sudjeluju u postupku odlučivanja o tom pravu, te tijela i postupak koji se primjenjuje u prekograničnim slučajevima (čl. 1.). U ovom ćemo se radu detaljnije osvrnuti samo na njegove odredbe kojima se definiraju žrtve, njihovo pravo na novčanu naknadu (vrste i opseg priznatih naknada) i pretpostavke njegova stjecanja, dakle, odredbe koje određuju minimum prava koje naš pravni sustav priznaje žrtvama kaznenih djela.¹⁸

Republika Hrvatska daje naknadu žrtvama na temelju načela društvene solidarnosti i pravednosti (čl. 2.). Izričito isticanje ovih načela jasno služi otklanjanju mogućnosti da se prava iz ovog zakona vežu za potencijalnu odgovornost države za štetu koju su pretrpjeli njihovi ovlaštenici. To nije naš jedini propis kojim se država obvezala isplatiti naknadu žrtvama kaznenih djela na temelju navedenih načela. Na njih se poziva i u čl. 2. Zakona o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija.¹⁹ Ovlaštenik koji ima pravo ostvariti naknadu prema odredbama ZOTAD-a, nema pravo na ostvarivanje naknade prema ZNNŽKD-u (čl. 48.).²⁰ Pravo na naknadu prema ZNNŽKD-u nemaju ni žrtve kaznenih djela protiv sigurnosti prometa (čl. 9.).

Iako ZNNŽKD o tomu ne sadrži izričite odredbe, solidarnost države ne isključuje njezinu potencijalnu odgovornost za konkretnu štetu. Činjenica da ovlaštenik ima prema odredbama ZNNŽKD-a pravo na naknadu od države, ne znači da u konkretnom slučaju ne može prema državi postaviti i zahtjev za naknadu

17 Vidi *infra*, 2.3.

18 I odredbe postupovne prirode bitno utječu na položaj žrtve, ali je, budući da zakon još nije stupio na snagu, čak i za načelnu ocjenu učinkovitosti propisanog sustava naknađivanja, ipak potrebno pričekati da taj mehanizam "proradi", odnosno početak njegove primjene.

19 NN 117/03., dalje u tekstu: ZOTAD. Iako ovaj Zakon u samom svom nazivu sadrži "odgovornost", država se prema oštećenicima jasno pozicionirala kao subjekt koji će im naknadu, pod određenim pretpostavkama, isplatiti zato što je s njima solidarna, a ne zato što za istu odgovara. Ovaj propis, problemi koji su prethodili njegovu donošenju i posljedice njegove retroaktivne primjene, čine jedno od najspornijih pitanja odgovornosti države u našem pravu, ali kao takvi prelaze okvire ovoga rada.

20 Više o problemu ovog isključivanja vidi *infra*, 4.

štete ako istu drži (su)odgovornom za nastalu mu štetu.²¹ Ovo smatramo potrebnim naglasiti zbog, nažalost, vrlo čestih situacija da se nakon nekog kaznenog djela s teškim posljedicama utvrdi da je žrtva bila duže vrijeme podvrgnuta nekom obliku nasilja počinitelja, da su o tomu bila obaviještena nadležna državna tijela i da je, jednostavno rečeno “sustav zakazao” u pravovremenom pružanju pomoći žrtvi i sprječavanju toga kaznenog djela.²² Pod pretpostavkom da će biti utvrđeno oštećenikovo pravo na naknadu štete od države kao odgovorne osobe, može se postaviti pitanje bi li ona trebala biti umanjena za iznose koje mu je država isplatila prema ZNNŽKD-u, a prema pravilima iz čl. 41. propisanim za slučajeve kada žrtva ostvari naknadu neposredno od počinitelja kaznenog djela. Iako smatramo da bi bilo moguće braniti i suprotno mišljenje, vjerujemo da će naši sudovi u takvim slučajevima odbiti iznose isplaćene na temelju solidarnosti od onih koje država duguje na temelju odgovornosti.

Pri donošenju Konvencije istaknuto je da načela solidarnosti i pravednosti ne znače da država treba intervenirati samo u slučaju da je žrtvi pomoć nužna, ali iznos naknade može ovisiti o financijskoj situaciji oštećenika (žrtve ili od nje uzdržavane osobe).²³ Smatramo dobrim rješenjem to što naš zakonodavac nije iznos naknade vezao uz financijsku situaciju oštećenika, tj. u čl. 14. nije ju izričito naveo kao okolnost koja bi mogla utjecati na visinu naknade. Može se postaviti pitanje bi li izuzetno dobra financijska situacija oštećenika mogla biti razlogom za odbijanje naknade ili njeno umanjeno temeljem čl. 14. st. 4., jer bi davanje iste bilo suprotno načelu pravednosti, morala ili javnom poretku?²⁴ Smatramo da ne bi trebala biti, ali i općenito nam je teško zamisliti situacije u kojima bi se isplata naknade žrtvi kaznenog djela koja se temelji na solidarnosti mogla kvalificirati suprotnom načelu pravednosti, morala i javnom poretku. Pretpostavljamo da je ovo samo otvorena mogućnost da se u nekoj, zaista ekstremnoj kombinaciji okolnosti pod kojima je kazneno djelo počinjeno, ostavi mogućnost da se naknada odbije ili umanj.

21 Pri tom, uz opća pravila našeg odštetnog prava (odredbe Zakona o obveznim odnosima, NN 35/05. i 41/08., dalje u tekstu: ZOO) i odredbe posebnih propisa o odgovornosti države, država može odgovarati i zbog povrede nekog od prava priznatih Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

22 Tako je Europski sud za ljudska prava u odluci u predmetu Branko Tomašić i drugi (Presuda od 15.01.2009., Zahtjev br. 46598/06, dostupna na: http://www.usud.hr/default.aspx?Show=c_pregled_izabrane_prakse_europskog_suda&m1=21&m2=91&Lang=hr) utvrdio da je Republika Hrvatska, nedostatkom odgovarajućih mjera za sprječavanje smrti M.T. i V.T. povrijedila članak 2. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

23 Uzimanje u obzir financijske situacije oštećenika bilo je kritizirano tijekom rada na usvajanju minimalnih standarda naknade štete žrtvama kaznenih djela na razini Europske unije. Međutim, kako ti minimalni standardi nisu usvojeni i nisu postali dio Direktive, države koje u svojim sustavima naknadu čine ovisnom i o financijskoj situaciji oštećenika nisu, za sada, obvezne napustiti taj kriterij.

24 *Naknada se može odbiti ili umanjiti i kad bi davanje potpune naknade bilo suprotno načelu pravednosti, morala ili javnom poretku* (čl. 14. st. 4. ZNNŽKD).

3.2. *Pretpostavke ostvarivanja prava na naknadu*

Kao ovlaštenike prava na naknadu ZNNŽKD priznaje neposredne i posredne žrtve.²⁵ Neposredna žrtva je, prema čl. 5. st. 2. osoba koja je pretrpjela teške tjelesne ozljede ili teško narušenje zdravlja²⁶ kao posljedicu kaznenog djela nasilja. Posredne žrtve su osobe koje imaju pravo na naknadu u slučaju kada je takvim kaznenim djelom prouzročena smrt neposredne žrtve (čl. 5. st. 5.). Ne priznaje se pravo na naknadu općenito za sva kaznena djela nasilja, već samo za:

a) kazneno djelo počinjeno s namjerom uz primjenu sile ili povredom spolnog integriteta i

b) kazneno djelo dovođenja u opasnost života i imovine općeopasnom radnjom ili sredstvom kojim je prouzročena smrt, teška tjelesna ozljeda ili teško narušenje zdravlja jedne ili više osoba, a propisano je kaznenim zakonom kao teži oblik temeljnoga kaznenog djela počinjenog s namjerom (čl. 5. st. 3.)²⁷

Osim osoba prema kojima je počinjeno neko od navedenih kaznenih djela, njegovom se neposrednom žrtvom smatra i osoba koja je pretrpjela teške tjelesne ozljede ili teško narušenje zdravlja za vrijeme njegova počinjenja, ako nije u njemu sudjelovala, u pokušaju njegova sprječavanja ili pri pružanju pomoći policiji ili samoj žrtvi (čl. 5. st. 4.).

Da bi se ostvarilo pravo na naknadu, navedena kaznena djela moraju biti počinjena protiv neposredne žrtve na području Republike Hrvatske, na hrvatskom brodu ili u hrvatskom zrakoplovu bez obzira gdje se žrtva nalazi u trenutku nastupanja posljedice kaznenog djela (čl. 6.). Naš je zakonodavac, dakle, prihvatio Konvencijom usvojeno načelo teritorijalnosti, prema kojem obveza plaćanja naknade tereti državu na čijem je teritoriju počinjeno kazneno djelo. To prema Konvenciji nije značilo da država ne može priznati i pravo na naknadu prema načelu državljanstva, tj. svojim državljanima priznati pravo na naknadu za štetu koju su

25 Prema Konvenciji ovlaštenici prava na naknadu jesu: neposredne žrtve, kojima treba smatrati i svakog tko je ozlijeđen ili ubijen u pokušaju sprječavanja napada ili pomaganja policiji u sprječavanju, te uzdržavane osobe ako je žrtva umrla od posljedica napada. Državama strankama Konvencije prepušteno je da definiraju pojam "uzdržavane osobe" prema pravilima nacionalnog prava (Obrazloženje, Komentar uz čl. 2., točka 20.). Ovlaštenike prava na naknadu može se, dakle, podijeliti u dvije osnovne grupe: neposredne žrtve i posredne žrtve (uzdržavane osobe) te treću grupu koju čine slučajne žrtve i pomagači.

26 Konvencija je nastojala zaštititi žrtve napada na život, tjelesni integritet i zdravlje. Konvencijski termin zdravlje može uključivati, ovisno o nacionalnom pravu svake države, duševno i tjelesno zdravlje. Uzimajući u obzir načelo solidarnosti koji podrazumijeva ublažavanje većih poremećaja i povreda i financijska ograničenja, Konvencijom nisu pokrivena lakše povrede ili povrede koje nisu neposredno prouzročene napadom, te povrede drugih interesa, posebno imovinskih. S obzirom na ozljede, ponekad se zahtijeva da moraju uzrokovati određeni stupanj nesposobnosti za rad, ili se općenitije traži da ozljeda bude ozbiljna, da bi žrtva imala pravo na naknadu (Obrazloženje, Komentar uz čl. 2., točke 18. i 19.).

27 O problemu određivanja polja primjene ZNNŽKD-a, vidi *infra*, 4.

pretrpjeli kao žrtve kaznenih djela u inozemstvu.²⁸ Čl. 17. Direktive izričito navodi da ništa ne sprječava države članice da uvedu ili zadrže odredbe u korist žrtava ili bilo koje druge osobe pogođene kaznenim djelom koje su za njih povoljnije, niti da uvedu ili zadrže odredbe radi naknađivanja štete žrtvama kaznenih djela počinjenih izvan njihova teritorija, sve dok su takve odredbe s njom u skladu. Takva rješenja, međutim, ako se povoljnije odredbe odnose samo na vlastite državljane, mogu dovesti do povrede načela nediskriminacije, kao u jednom francuskom predmetu u kojem je Europski sud pravde dao prethodno mišljenje.²⁹

Kao posredne žrtve (kojima priznaje pravo na naknadu zbog gubitka zakonskog uzdržavanja) ZNNŽKD priznaje bračnog druga, izvanbračnog druga, dijete, roditelja, posvojenika, posvojitelja, maćehu, očuha, pastorka neposredne žrtve i osobu s kojom je neposredna žrtva živjela u istospolnoj zajednici (čl. 5. st. 6.). Uz dodatnu pretpostavku da je između njih postojala trajnija zajednica života, a baka i djed su zamjenjivali roditelje, posredne žrtve su i djed, baka i unuk, ako je jedan od njih neposredna žrtva (čl. 5. st. 7). Krug osoba kojima je ZNNŽKD priznao pravo na naknadu zbog gubitka uzdržavanja puno je uži od kruga osoba kojima ZOO daje pravo na naknadu tog oblika štete. Naime, pravo osoba koje je poginuli uzdržavao propisuje čl. 1094. ZOO-a, koji te osobe nije taksativno odredio niti pravo na

28 Iako Konvencija nije predvidjela naknadu vlastitim državljanima koji su bili žrtve nasilja u inozemstvu, neke su europske države (Austrija, Danska, Finska, Francuska, Luksemburg, Portugal i Švedska) i to predvidjele, uz ispunjenje brojnih dodatnih pretpostavki, uključujući onu da žrtva prvo mora zatražiti naknadu u državi u kojoj je pretrpjela štetu. *Obrazloženje, Komentar uz čl. 3., točka 22., 23., Green paper*, str. 12.

29 ECJ 5 June 2008 - C-164/07, *Wood v. Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions* (2008) ECR I-4143. Radilo se o francuskom studentu koji je poginuo u prometnoj nezgodi u Australiji i njegova je obitelj postavila zahtjev za naknadu imovinske i neimovinske štete francuskom Garancijskom fondu. Nadležni je odbor bio prihvatio zahtjeve svih članova obitelji osim oca žrtve, s obrazloženjem da budući da je britanskog državljanstva ne udovoljava kriterijima propisanim odredbama francuskog zakona o kaznenom postupku, čl. 706.-3. Taj članak ograničava naknadu na francuske državljane i proširuje je na državljane članica Europske ekonomske zajednice ili one s prebivalištem u Francuskoj ako je kazneno djelo izvršeno na francuskom teritoriju, što ovdje nije bio slučaj. Tužitelj je smatrao da odbijanje zahtjeva za naknadu na temelju njegova državljanstva predstavlja diskriminaciju u smislu čl. 12. Ugovora o Europskoj zajednici (sada čl. 18. Ugovora o funkcioniranju Europske unije) i podigao tužbu protiv Garancijskog fonda. Od Europskog suda pravde zatražena je prethodna odluka o tomu je li čl. 706.-3. francuskog zakona o kaznenom postupku u skladu s pravom zajednice i posebno, s općim načelom nediskriminacije. On je dao mišljenje da je tužitelj, budući da je radio preko 20 godina u Francuskoj, koristeći svoje pravo na slobodu kretanja kao radnika, mogao računati na zaštitu od diskriminacije. Naglasio je da usporedive situacije ne smiju biti različito tretirane i različite situacije ne smiju biti tretirane na jednak način, a jedina razlika između situacije tužitelja i njegove partnerice (majke žrtve) kojoj je priznato pravo na naknadu jeste državljanstvo. Prema Europskom sudu pravde, ovo je jasniji primjer direktne diskriminacije i gospodin Woods je trebao također biti ovlašten da dobije naknadu. Prema čl. 17. Direktive države članice su slobodne uvesti i povoljnije odredbe za žrtve i priznati pravo na naknadu i za slučajeve kaznenih djela počinjenih izvan njihova teritorija, ali u tim odredbama koje nisu obvezne (opcijske odredbe) ne smije biti diskriminacije rezidenata, cit. prema: Helmut Koziol, Barbara C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2008., Tort and Insurance Law, Yearbook, Beč/New York, 2009.*, str. 649.

naknadu ograničio na zakonsko uzdržavanje, već je priznao svaki oblik uzdržavanja i redovitog pomaganja, čijim gubitkom oštećenik trpi štetu. Tako je postavljen krug potencijalnih posrednih žrtvi zbog gubitka uzdržavanja bio, očito, preširok za priznavanje prava prema ZNNŽKD-u.

ZNNŽKD je, uz neka manja odstupanja, u posredne žrtve uključio osobe koje imaju status posrednih oštećenika prema čl. 1101. ZOO-a, a to su osobe s pravom na pravičnu naknadu u slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta člana uže obitelji. Za izvanbračnog druga ZNNŽKD, za razliku od ZOO-a, ne postavlja dodatnu pretpostavku trajnije zajednice života, što je i logično jer je ona već sama po sebi pretpostavka da bi se određenoj osobi priznao status izvanbračnog druga.³⁰ U odnosu na ZOO, ZNNŽKD je za djedove i bake pretpostavku trajnije zajednice života postrožio dodatnim zahtjevom da su zamjenjivali roditelje, dok braću i sestre umrlog ne priznaje kao posredne žrtve. Ono što je pohvalno je proširenje kruga posrednih žrtvi osobama koje su s neposrednom žrtvom živjele u istospolnoj zajednici.³¹

Postojanje izvanbračne i istospolne zajednice prosuđivat će se prema propisima Republike Hrvatske (čl. 5. st. 8.).³² Dakle, i netko tko prema propisima države svog državljanstva ili prebivališta nije s neposrednom žrtvom bio u priznatoj zajednici života može imati pravo na naknadu od Republike Hrvatske. I obrnuto, pravo na naknadu neće imati osoba čija zajednica života s neposrednom žrtvom nije udovoljavala pretpostavkama propisanim našim pravom, bez obzira što je, prema propisima države svog državljanstva ili prebivališta, s neposrednom žrtvom živjela u izvanbračnoj ili istospolnoj zajednici. Nije propisano, pa nam se čini da bi u praksi moglo izazvati probleme, kojim se dokazima te činjenice trebaju dokazivati pred našim tijelima koja odlučuju o pravu na naknadu.³³

Pravo na naknadu ima žrtva koja je državljanin Republike Hrvatske ili u njoj ima prebivalište ili je državljanin države članice Europske unije ili u njoj ima prebivalište (čl. 7.). Već je Konvencija pri određivanju kruga osoba koje treba obuhvatiti pravom na naknadu nastojala od načela reciprociteta izuzeti radnike

30 Obiteljski zakon (NN 116/03., 17/04., 136/04., 107/07., 57/11. i 61/11.), pravne učinke izvanbračne zajednice priznaje životnoj zajednici neudane žene i neoženjenog muškarca, koja traje najmanje tri godine ili kraće, ako je u njoj rođeno zajedničko dijete (čl. 3.).

31 Budući da su homoseksualne osobe, nažalost, vrlo često žrtve nasilja upravo zbog takve svoje seksualne orijentacije, ovo priznanje statusa posredne žrtve nije od zanemarivog praktičnog značaja.

32 Za procjenu postojanja izvanbračne zajednice već navedeni čl. 3. Obiteljskog zakona, a istospolne čl. 2. Zakona o istospolnim zajednicama (NN 116/03.), prema kojem je to životna zajednica dviju osoba istog spola koje nisu u braku, izvanbračnoj ili drugoj istospolnoj zajednici, a koja traje najmanje tri godine te koja se temelji na načelima ravnopravnosti partnera, međusobnog poštovanja i pomaganja te emotivnoj vezanosti partnera.

33 Ovo posebno zbog toga što se i u našem pravu, ovisno o potrebama pojedinih postupaka, postojanje određene zajednice različito dokazuje, ovisno o pretpostavkama propisanim pojedinim posebnim propisom.

migrante.³⁴ Direktiva se poziva na potrebu uklanjanja prepreka slobodnom kretanju osoba i usluga između država članica, kao jedan od ciljeva Europske unije. S obzirom na odluku Europskog suda pravde u predmetu Cowan,³⁵ u kojem je sud odlučio da je kada pravo zajednice jamči pravo fizičkoj osobi da ode u drugu državu članicu, pravo te osobe na naknadu štete u toj članici na istom temelju kao i državljanin i osoba s prebivalištem u toj državi prirodna posljedica slobode kretanja.³⁶ S obzirom na to, žrtve nasilja u Europskoj uniji trebaju biti ovlaštene na pravičnu i primjerenu naknadu za ozljede koje su pretrpjele, bez obzira gdje je nasilje počinjeno u Uniji.

Većina država članica Europske unije koje su usvojile sustave naknada njima pokrivaju sve osobe koje su bile žrtve nasilja na njihovom teritoriju (uključujući i državljane država izvan Europske unije). Neke pri tom postavljaju dodatne pretpostavke da bi naknadu priznale i državljanima država izvan Unije, npr. da u njima imaju prebivalište ili da su iz država s kojima vezano uz naknadu postoji reciprocitet.³⁷

Pravo na naknadu prema ZNNŽKD-u žrtva može ostvariti samo ako je kazneno djelo evidentirano ili prijavljeno policiji ili državnom odvjetništvu kao kazneno djelo (čl. 8. st. 1.), neovisno o tomu je li počinitelj kaznenog djela poznat i bez obzira na pokretanje kaznenog postupka (čl. 8. st. 2.).

Prema čl. 2. Konvencije, kada naknadu štete nije u potpunosti moguće ostvariti iz drugih izvora, država treba dati naknadu čak i ako štetnik ne može biti procesuiran ili kažnjen. Načelo supsidijarnosti u svom najstrožem obliku znači da je državna naknada shvaćena samo kao krajnja mogućnost, da žrtva prije no što se obrati državi treba iscrpiti sve druge moguće izvore naknade (počinitelj, osiguranje...). Nešto manje strogo načelo supsidijarnosti primjenjuje se u državama koje traže od žrtve da iscrpi druge izvore u razumnoj mjeri, dok neke države uopće ne primjenjuju to načelo. Iako načelo supsidijarnosti samo po sebi nije sporno,

34 Prema Konvenciji, po načelu teritorijalnosti, država na čijem je području kazneno djelo počinjeno treba platiti naknadu štete državljanima stranaka Konvencije, te državljanima svih članica Vijeća Europe koji imaju prebivalište u državi na čijem je teritoriju počinjeno nasilje (čl. 3. Konvencije).

35 Sud pravde - predmet 186/87, European Court reports 1989, p. 195.

36 U navedenom se slučaju radilo o britanskom državljaninu (Jan William Cowan) koji je tijekom turističkog boravka u Francuskoj bio žrtva nasilničkog napada nepoznatih počinitelja. Njegov zahtjev za naknadu štete koji je postavio prema Francuskoj je odbijen, jer je tada u Francuskoj pravo na naknadu bilo priznato osobama francuskog državljanstva, državljanima država s kojima Francuska ima ugovor o reciprocitetu s obzirom na državnu naknadu i osobama s dozvolom boravka u Francuskoj. Budući da Cowan nije ispunjavao niti jednu od navedenih pretpostavki, njegov je zahtjev odbijen. Žalbeno je tijelo od Europskog suda pravde zatražilo rješenje prethodnog pitanja jesu li te odredbe u skladu sa zabranom diskriminacije propisanom čl. 7. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici. Sud je zauzeo stajalište da se u svakoj situaciji koja je pokrivena pravom zajednice, svaki državljanin države članice mora biti u potpuno jednakoj situaciji, pa pravo na naknadu ne smije biti uvjetovano državljanstvom, ugovorom o reciprocitetu ili dozvolom boravka.

37 *Green paper*, str. 12.

njegova stroga primjena može dovesti do toga da žrtva bude u boljem položaju ako štetnik ostane nepoznat, nego kada je poznat (jer tada mora čekati rezultat kaznenog postupka i odluku o njegovoj odgovornosti za štetu, bez obzira hoće li od njega uspjeti dobiti naknadu štete). Naš zakonodavac pravo na naknadu nije vezao uz prethodno iscrpljivanje svih drugih mogućih izvora, ali je odredio da se od iznosa naknade na koji žrtva ima pravo prema njegovim odredbama odbijaju sve druge naknade,³⁸ osim onih na temelju dobrovoljnih osiguranja koje je plaćala žrtva (čl. 15.). Isplatom naknade, po samom zakonu, na Republiku Hrvatsku prelaze sva prava žrtve prema počinitelju kaznenog djela, do isplaćenog iznosa (čl. 39. st. 1.).

3.3. Vrste i visina naknada koje isplaćuje država

Neposredna žrtva ima pravo na naknadu troškova zdravstvene zaštite i naknadu za izgublenu zaradu (čl. 10. i 11.), a posredna žrtva pravo na naknadu zbog gubitka uzdržavanja (čl. 12.). Pravo na naknadu uobičajenih troškova pogreba (ali najviše do 5.000,00 kn) ima osoba koja ih je platila (čl. 13.). Ovi se troškovi, dakle, priznaju i osobama koje nemaju status posredne žrtve. Dostatno je da dokažu da su platile pogreb neposredne žrtve.

Neposredna žrtva ima pravo na naknadu troškova zdravstvene zaštite u visini vrijednosti zdravstvenog standarda utvrđenog propisima obveznoga zdravstvenog osiguranja u Republici Hrvatskoj (čl. 10. st. 1.), a priznaje se samo ako nema pravo na pokriće tih troškova na temelju zdravstvenog osiguranja (čl. 10. st. 2.). Ova naknada zaista ne bi trebala predstavljati veliko financijsko opterećenje za naš proračun,³⁹ posebno stoga što se od iznosa u visini vrijednosti obuhvaćene našim obveznim zdravstvenim osiguranjem trebaju uračunati, tj. od njega odbiti i sve druge naknade po odgovarajućoj osnovi (čl. 15. st. 1.).

Pravo na naknadu za izgublenu zaradu priznaje se neposrednoj žrtvi u jedno-kratnom iznosu od najviše 35.000,00 kuna (čl. 11.). Budući da su prava prema ovom zakonu priznata samo za teške tjelesne povrede i teška oštećenja zdravlja, moramo pretpostaviti da će ista za sobom redovito povlačiti i duže razdoblje oporavka žrtve, duža bolovanja i stoga i značajnije iznose gubitka zarade. Ako se, u odnosu na prosječna primanja u Republici Hrvatskoj, ovako postavljeni iznos maksimalne naknade možda i ne čini jako nizak, on to za mogućeg ovlaštenika stranca, s visokim primanjima sigurno je.

Posredna žrtva koju je umrla neposredna žrtva uzdržavala, ima pravo na naknadu zbog gubitka zakonskog uzdržavanja (čl. 12. st. 1.). Ona se priznaje u

38 Kako će se ova odredba tumačiti i primjenjivati u praksi tek ćemo vidjeti. Ipak, budući da su prava priznata ovim Zakonom zaista minimalna i iznosi ograničeni, čini nam se da bi njihovo umanjivanje u pravilu moglo predstavljati njihov potpuni gubitak (ili, bolje rečeno, te bi računске operacije trebale završiti s rezultatom u negativnim brojevima).

39 Većina državljana Republike Hrvatske obuhvaćena je obveznim zdravstvenim osiguranjem, a pretpostavljamo da nije velik i broj osoba s državljanstvom ili prebivalištem na području Europske unije, koji boravi na teritoriju Republike Hrvatske bez zdravstvenog osiguranja.

jednokratnoj svoti na temelju aktuarske računice polazeći od najniže obiteljske mirovine prema Zakonu o mirovinskom osiguranju određene na temelju pet godina staža osiguranja i očekivanog trajanja razdoblja uzdržavanja posredne žrtve (čl. 12. st. 2.). Priznaje se samo ako posredna žrtva nema pravo na davanje iz obveznoga mirovinskog osiguranja (čl. 12. st. 3.) i to u iznosu od najviše 70.000,00 kuna ukupno za sve posredne žrtve (čl. 12. st. 4.).

Opseg prava koja se ZNNŽKD-om priznaju neposrednim i posrednim žrtvama zaista je minimalan. Uz to, svi su iznosi naknada ograničeni. Prema Konvenciji, naknada štete, ovisno o konkretnom slučaju, treba obuhvatiti barem gubitak zarade, medicinske troškove, bolničke troškove, troškove pogreba, te u odnosu na člana obitelji, gubitak uzdržavanja (čl. 4.). Sustav naknade štete može, ako je to nužno, postaviti za svaki ili neke od elemenata naknade, minimum ispod i maksimum iznad kojeg se naknada neće isplaćivati (čl. 5. Konvencije).⁴⁰ Konvencija, razumljivo, u tom smislu nije ni mogla postaviti čvrsta ograničenja (zbog velikih razlika u raspoloživim izvorima i životnom standardu država stranaka).

Budući da minimalni standard za područje Europske unije (još) nije usvojen, naš zakonodavac nije bio vezan nekim konkretnim okvirom minimalnih prava koja bi trebao priznati žrtvama. Ipak, smatramo potrebnim dati kratki prikaz ključnih odredbi neusvojenog minimalnog standarda, a to su one čl. 4. Prijedloga Direktive. On je nosio naslov Načela određivanja iznosa naknade i određivao da naknada treba obuhvaćati imovinsku i neimovinsku štetu koja je nastala kao neposredna posljedica tjelesne ozljede koju je žrtva pretrpjela ili, u odnosu na bliske srodnike ili potomke, smrti žrtve (st. 1.). Nadalje, prema st. 2., iznos naknade trebao bi biti određen: a) od slučaja do slučaja, s tim da ne bi smio značajnije odstupati od onog kojeg se može očekivati da bude dosuđen u skladu s građanskim pravom države odgovorne za plaćanje naknade ili b) prema unaprijed određenim tarifama za čitavu naknadu ili pojedine ili sve oblike gubitaka koje naknada uključuje. Ove tarife trebale bi odražavati prosječan iznos koji može biti dosuđen u sličnim slučajevima, u skladu s građanskim pravom države odgovorne za plaćanje naknade. Kao oblik derogiranja st. 2. državama članicama bilo bi dopušteno propisivanje maksimalnog iznosa ukupne naknade po jednom podnositelju, ali ne manjeg od 60.000 eura, te mogućnost ograničenja naknade za izgubljenu zaradu ili gubitak uzdržavanja, na temelju financijske situacije podnositelja na maksimalni iznos koji je definirala država članica (st. 3.).

Suglasnost se nije postigla oko ovako predloženog minimalnog standarda, pa je Direktiva usvojena bez njega. Ne čudi činjenica da države članice nisu bile spremne preuzeti obveze naknađivanja iznosa koji ne bi previše odstupali od iznosa naknade štete s naslova odgovornosti, ali je za očekivati da će, ako i kada takav standard bude usvojen, on ipak biti daleko iznad konvencijskog minimuma.

⁴⁰ Postojala je svijest o tome da će iznosi naknada značajno varirati od države do države, što će posebno biti uočljivo kada pravo na naknadu budu imali stranci (Obrazloženje, Komentar uz čl. 5., točka 29.-30.), ali je, jasno, bilo bolje da se države obvežu imati nekakav sustav naknade, nego da ga nemaju zbog previsokih financijskih tereta.

ZNNŽKD u čl. 14. propisuje koje sve okolnosti utječu na visinu naknade. Pri tom je naš zakonodavac iskoristio sve mogućnosti za odbijanje i/ili umanjivanje naknade koje će priznati žrtvama predviđene Konvencijom, osim financijske situacije podnositelja zahtjeva.⁴¹ U obzir se uzima postupanje neposredne žrtve prije, u trenutku počinjenja kaznenog djela i nakon toga, njen doprinos nastanku i obujmu štete, je li i u kojem roku prijavila kazneno djelo nadležnim tijelima, osim ako to nije mogla učiniti iz opravdanih razloga, te njena suradnja s policijom i nadležnim tijelima kako bi se počinitelj priveo pravdi (čl. 14. st. 1.).

Ako je pridonijela da šteta nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, neposredna žrtva ima pravo samo na razmjerno sniženu naknadu (čl. 14. st. 2.). Zahtjev za naknadu će se odbiti ili će se naknada umanjiti, ako se utvrdi da je žrtva uključena u organizirani kriminal, odnosno zbog njezinog udruživanja u zločinačku organizaciju (čl. 14. st. 3.). ZNNŽKD u čl. 14. st. 4. ostavlja mogućnost da se naknada odbije ili umani kad bi davanje potpune naknade bilo suprotno načelu pravednosti, morala ili javnom poretku. Ako se isključe sve ove ranije navedene okolnosti (postupanje neposredne žrtve, njen doprinos nastanku i obujmu štete, uključenost u kriminal...), zaista se postavlja pitanje što bi to na strani same neposredne žrtve moglo biti razlogom koji isplatu naknade čini suprotnom načelu pravednosti, morala ili javnom poretku?⁴² Sve navedene okolnosti na strani neposredne žrtve, odnosno njeno ponašanje, uzimat će se u obzir i pri procjeni prava posredne žrtve na naknadu (čl. 14. st. 5.).

Od naknade na koju žrtva ima pravo na temelju ZNNŽKD-a, odbijaju se sve druge naknade (primanja na temelju zdravstvenog, mirovinskog ili drugog osiguranja i drugih osnova), osim onih na temelju dobrovoljnih osiguranja koje je plaćala neposredna ili posredna žrtva (čl. 15.). Prema čl. 9. Konvencije, da bi se spriječilo dvostruko obeštećenje, država ili nadležna vlast može oduzeti od naknade ili tražiti povrat svakog iznosa primljenog radi ozljede ili smrti od štetnika, socijalnog osiguranja ili osiguranja ili iz bilo kojeg drugog izvora. Konvencija je državama strankama prepustila da odrede koji će se iznosi tako odbijati. Naš je zakonodavac ostavio široku mogućnost odbijanja naknada (uključivši “i druge osnove”), ali je, ipak, isključio dobrovoljna osiguranja. Moguće je, smatramo, predvidjeti da se dvostruko obeštećenje neće u potpunosti moći spriječiti, ili će, u krajnjem slučaju, to biti vrlo teško. Pri odlučivanju o pravu na naknadu, tijela koja sudjeluju u postupku ipak prvenstveno raspolažu činjenicama na koje se poziva podnositelj zahtjeva, pa je, posebno u prekograničnim situacijama, pribavljanje informacija o svim osnovama po kojima žrtva može ostvariti neku naknadu otežano i sigurno ne doprinosi brzini postupanja.

41 Naknada može biti umanjena ili odbijena na račun financijske situacije podnositelja zahtjeva (čl. 7. Konvencije), ponašanja žrtve ili podnositelja zahtjeva prije, za vrijeme ili nakon nasilnog akta ili u odnosu na ozljedu ili smrt, umiješanosti žrtve ili podnositelja zahtjeva u organizirani kriminal ili članstva u organizaciji koja se koristi aktima nasilja, te ako bi njezina dodjela, odnosno dodjela punog iznosa bila suprotna osjećaju pravednosti ili javnom poretku (*ordre public*) (čl. 8. Konvencije).

42 Ovo se smatra vrlo nepreciznim i neodređenim kriterijem za odbijanje zahtjeva, jer ostavlja prevelik stupanj diskrecije u sustavu naknade. *Green paper*, str. 30.

Na prijenos i nasljeđivanje prava na naknadu na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZOO-a (čl. 16.).

3.4. Postupak i rok za ostvarivanje prava na naknadu

O pravu na naknadu odlučuje Odbor za novčanu naknadu žrtvama kaznenih djela (dalje u tekstu: Odbor), koji čine predsjednik i četiri člana, a imenuje ga Vlada Republike Hrvatske.⁴³ Predsjednik i njegovi zamjenici su suci Vrhovnog suda Republike Hrvatske, dok su članovi, odnosno njihovi zamjenici: zamjenik Glavnog državnog odvjetnika Republike Hrvatske, predstavnik civilnog društva iz područja zaštite žrtava kaznenih djela, predstavnik ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa i stručnjak iz područja zdravstva ili socijalne skrbi.

U postupku značajnu ulogu ima policija, koja je dužna osobe koje imaju pravo na naknadu o tomu informirati i dati im obrasce za podnošenje zahtjeva (čl. 21.) i ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa koje za Odbor obavlja stručne i administrativno-tehničke poslove, surađuje s nadležnim tijelima drugih država u prekograničnim slučajevima, informira o pravu na naknadu, zaprima i prosljeđuje zahtjeve u prekograničnim slučajevima (čl. 22.).

ZNNŽKD je u čl. 23. detaljno propisao obveze u svezi s informiranjem žrtvi o pravu na naknadu i tijelu kojem se radi njega mogu obratiti. Informiranje o sustavu naknade kao obveza države propisana je i Konvencijom i Direktivom. Stranke Konvencije moraju osigurati dostupnost informacija o sustavu naknade potencijalnim podnositeljima zahtjeva (čl. 11. Konvencije). U državama sa sustavima naknada iz fondova, često se dolazilo do zaključka da se oni relativno rijetko koriste. To je, uglavnom, bila posljedica neznanja za njihovo postojanje, te je izražena potreba njihova propagiranja. Tijekom godina bilo je dosta promjena na tom planu, ali, premda broj podnesenih zahtjeva značajno varira od države do države, glavni zaključak istraživanja o primjeni Direktive bio je da je primijenjena u vrlo malo slučajeva.⁴⁴

Zahtjev za pokretanje postupka podnosi se ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa (čl. 24. st. 1.) najkasnije u roku od 6 mjeseci od dana kada je počinjeno kazneno djelo zbog kojeg se zahtijeva naknada (čl. 25. st. 1.). Ako postoje opravdani razlozi zbog kojih žrtva to nije mogla učiniti u navedenom roku, zahtjev može podnijeti u roku od tri mjeseca od njihova prestanka, ali najkasnije u roku od tri godine od kada je počinjeno kazneno djelo (čl. 25. st. 2.). Za žrtve maloljetnike i osobe lišene poslovne sposobnosti za koje zahtjev nisu podnijeli njihovi zakonski zastupnici u propisanom roku, rok od šest mjeseci počinje teći od dana stjecanja punoljetnosti ili dana kad je po tom stjecanju pokrenut kazneni postupak ili od dana kad je osobi vraćena poslovna sposobnost (čl. 25. st. 3.).

43 ZNNŽKD u čl. 17.-20. propisuje sastav Odbora, uvjete koje moraju ispunjavati njegovi članovi, postupak njihova imenovanja i pretpostavke za razrješenje te osnovna pravila o načinu rada Odbora.

44 Vidi *infra*, 3.2.

ZNNŽKD detaljno propisuje sadržaj zahtjeva (čl. 26.) i isprave koje mu se prilažu (čl. 27.), te obvezu dostavljanja informacija i isprava o okolnostima i činjenicama bitnim za donošenje odluke (čl. 28.). Za položaj žrtve izuzetno su značajna pravila da se u postupku za ostvarivanje naknade ne naplaćuju upravne pristojbe, te da troškovi prevođenja i troškovi vještačenja terete državni proračun (čl. 29.). Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa odboru priprema materijal za sjednice i nacрте odluka (čl. 30.), ali radi utvrđivanja činjeničnog stanja Odbor može i sam izvoditi dokaze, u pravilu čitanjem isprava, a iznimno se može provesti saslušanje svjedoka i/ili podnositelja zahtjeva, odnosno vještačenje, o čemu se sastavlja zapisnik ili službena zabilješka (čl. 31.). Odbor donosi rješenje⁴⁵ o pravu na naknadu većinom glasova, pri čemu moraju biti nazočni i predsjednik (ili njegov zamjenik) i svi članovi (ili njihovi zamjenici), u roku od 60 dana od dana primitka potpunog zahtjeva (čl. 32.), koje se dostavlja podnositelju zahtjeva bez odgode (čl. 34. st. 3. i 4.). Protiv toga rješenja nije dopuštena žalba, ali podnositelj zahtjeva može pokrenuti upravni spor (čl. 34. st. 5.).

Na temelju rješenja Odbora ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa isplatit će naknadu u roku od 30 dana od dana dostave rješenja kojim je određeno plaćanje naknade (čl. 37.). Ovom isplatom na Republiku Hrvatsku prelaze sva prava žrtava prema počinitelju kaznenog djela, po samom zakonu, do iznosa isplaćene naknade, a zastara za Republiku Hrvatsku počinje teći od dana kada je državno odvjetništvo obaviješteno o isplati naknade žrtvi (čl. 39.).⁴⁶ Evidenciju o podnositeljima zahtjeva i donesenim odlukama vodi ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa (čl. 43.).

4. OBVEZE IZ DIREKTIVE I NJENA PRIMJENA U PRAKSI DRŽAVA ČLANICA

4.1. Obveze država članica

Direktiva je uspostavila sustav suradnje država članica koji omogućava ostvarenje prava na naknadu žrtvama nasilja u prekograničnim situacijama. On treba djelovati na temelju nacionalnih sustava naknada država članica, stoga oni moraju postojati u svim članicama.⁴⁷ One moraju osigurati da kada je namjerno nasilno kazneno djelo izvršeno u državi članici različitoj od države članice u kojoj žrtva ima prebivalište, podnositelj zahtjeva ima pravo podnijeti zahtjev ovlaštenom tijelu u ovoj drugoj državi (čl. 1.) Naknadu treba platiti nadležno tijelo države članice na

45 Odbor će: 1. odbaciti zahtjev kao nepravodoban ili nedopušten, 2. odbaciti zahtjev kao neuređan ili nepotpun uz uvjet da je podnositelj zahtjeva pozvan da ga ispravi ili upotpuni, ali to nije učinio u ostavljenom roku, 3. prihvatiti zahtjev, u cijelosti ili djelomice i odrediti iznos naknade, 4. odbiti zahtjev kao neosnovan (čl. 33.).

46 Pravo subrogacije države u prava oštećenika prema trećima, u visini plaćene naknade propisuje čl. 10. Konvencije.

47 Direktiva, Uvod, točka (7).

čijem je teritoriju kazneno djelo izvršeno (čl. 2.). Države članice moraju osnovati ili odrediti jedno ili više tijela kojima se podnose zahtjevi (asistirajuće tijelo), te onih koji odlučuju o naknadi (tijelo koje odlučuje), s tim da trebaju nastojati zadržati samo minimum administrativnih formalnosti koje će se zahtijevati od podnositelja zahtjeva za naknadu (čl. 3.).

Postupci u prekograničnim slučajevima propisani su čl. 36.-38. ZNNŽKD-a. Domaći prekogranični slučajevi su kada je kazneno djelo počinjeno na području Republike Hrvatske i o pravu na naknadu odlučuje Odbor, a zahtjev je podnesen nadležnom tijelu u drugoj državi članici Europske unije u kojoj žrtva ima prebivalište (čl. 36. st. 2., čl. 37.). Strani su prekogranični slučajevi oni kada je kazneno djelo počinjeno u drugoj državi članici Europske unije i za odlučivanje o pravu na naknadu je nadležno tijelo te države, a zahtjev za naknadu podnosi osoba koja ima prebivalište u Republici Hrvatskoj (čl. 36. st. 3., čl. 38.).

Države članice moraju osigurati da potencijalni podnositelji zahtjeva za naknadu imaju pristup bitnim informacijama o mogućnostima prijave za naknadu svim sredstvima koje smatraju primjerenim (čl. 4.). U čl. 5.-8. Direktiva precizira obveze asistirajućeg tijela i tijela koje o zahtjevu odlučuje prije no što će odluka biti donesena.⁴⁸ U čl. 9. predviđa mogućnost saslušanja ako tijelo koje odlučuje, u skladu s pravom vlastite države, odluči saslušati podnositelja ili bilo koju drugu osobu poput svjedoka ili vještaka.⁴⁹ Nakon donošenja odluke, tijelo koje je odlučivalo o naknadi mora poslati odluku o zahtjevu korištenjem standardnih formi iz čl. 14.⁵⁰ podnositelju i asistirajućem tijelu što je moguće prije (čl. 10.). U čl. 11. Direktiva sadrži precizna pravila o jeziku na kojem se pružaju informacije, jeziku teksta odluke i izvješća o saslušanju.⁵¹ Zabranjuje da se za usluge koje je pružio

48 Asistirajuće tijelo treba opskrbiti podnositelja informacijama iz čl. 4. i obrascima zahtjeva koji se traže u skladu s uputama iz čl. 13. st. 2., na zahtjev podnositelja osigurati mu opću pomoć i informacije kako popuniti zahtjev i koja se popratna dokumentacija traži, a ne smije učiniti nikakvu procjenu zahtjeva (čl. 5.).

Asistirajuće tijelo mora prenijeti zahtjev i prateću dokumentaciju što je moguće prije tijelu koje odlučuje, koristeći standardnu formu iz čl. 14., jezik zahtjeva i dokumentacije treba biti određen u skladu s čl. 11. st. 1. (čl. 6.) Nakon što tijelo koje o njemu odlučuje primi zahtjev treba poslati sljedeće informacije što je moguće prije asistirajućem tijelu i podnositelju zahtjeva: kontakt osobu ili odjel odgovoran za rješavanje predmeta, potvrdu primitka zahtjeva, ako je moguće indicaciju približnog vremena u kojem će odluka biti donesena (čl. 7.).

49 U tom slučaju tijelo koje odlučuje može kontaktirati asistirajuće tijelo u svrhu organiziranja: da osobu neposredno sasluša tijelo koje odlučuje, korištenjem telefonske ili video-konferencije ili da osobu sasluša asistirajuće tijelo, prema pravu vlastite države, koje će nakon toga prenijeti izvješće o saslušanju tijelu koje odlučuje. Neposredno saslušanje dopušteno je jedino uz suradnju s asistirajućim tijelom i na dobrovoljnoj bazi bez mogućnosti prisilnih mjera koje je odredilo tijelo koje odlučuje.

50 Komisija je propisala poseban obrazac za prijenos zahtjeva i odluka u prekograničnim slučajevima (*Commission Decision of 19 April 2006 establishing standard forms for the transmission of applications and decisions pursuant to Council Directive 2004/80/EC relating to compensation to crime victims*, OJ L 125, 12.5.2006.).

51 Informacije koje se prenose trebaju biti izražene na službenom jeziku ili jednom od jezika države članice tijela kojem se šalju, a koji korespondira jednom od jezika institucija Unije

asistirajuće tijelo troškovima terete podnositelj ili tijelo koje je odlučivalo, te da se za obrasce i dokumente zahtijeva ovjera ili bilo kakve ekvivalentne formalnosti.

Odgovarajuće odredbe sadržane su u čl. 37. i 38. ZNNŽKD-a. Propisane obveze imaju jasan cilj: podnositelja zahtijeva što bolje informirati i omogućiti mu brzo i jednostavno ostvarenje prava na naknadu. U kojoj će mjeri postupci u prekograničnim slučajevima prema čl. 36.-38. ZNNŽKD-a ostvariti cilj Direktive, odnosno hoće li u njima propisana pravila zaista osigurati brzu i učinkovitu suradnju naših i nadležnih tijela drugih država članica Europske unije, moći će se procijeniti tek nakon određenog razdoblja njihove primjene. Ono što nam se već sada čini spornim je odredba čl. 48. ZNNŽKD-a, kojom su ovlaštenici koji imaju pravo na naknadu prema odredbama ZOTAD-a, isključeni od prava na naknadu prema ovom Zakonu, što znači da bi u prekograničnim slučajevima ostali izvan tog sustava suradnje.⁵²

Drugi dio Direktive nosi naziv Nacionalni sustavi i određuje da njome propisana pravila o pristupu naknadi u prekograničnim situacijama trebaju djelovati na temelju nacionalnih sustava državnih naknada, a da sve članice moraju osigurati da njihova nacionalna pravila predviđaju postojanje takvih sustava naknade žrtvama nasilnih namjernih kaznenih djela počinjenih na njihovom teritoriju koji će jamčiti pravičnu i primjerenu naknadu žrtvama (čl. 12.). Treći dio Direktive sadrži implementirajuće odredbe,⁵³ kojima su države obvezane na poduzimanje potrebnih koraka u određenim rokovima i dostavu podataka o pitanjima bitnim za usklađivanje s njezinim odredbama.⁵⁴

Direktiva ne sprječava države članice, sve dok su takve odredbe s njom u skladu, od uvođenja ili zadržavanja povoljnijih odredbi u korist žrtava ili bilo koje druge osobe pogođene kaznenim djelom; uvođenja ili zadržavanja odredbi u svrhu naknade štete žrtvama kaznenih djela počinjenih izvan njihova teritorija, ili bilo kojoj drugoj osobi pogođenoj tim kaznenim djelom, a pod uvjetima određenim od države članice (čl. 17.).

ili drugom jeziku institucija Unije za koji je država članica indicirala da može prihvatiti. Izuzetak su potpuni tekst odluke tijela koje odlučuje (kada uporaba jezika treba biti određeno pravom njegove države) i izvješća nakon saslušanja pred asistirajućim tijelom (kada uporabu jezika treba odrediti asistirajuće tijelo, sa zahtjevom da taj jezik odgovara jednom od jezika institucija Unije).

52 Više o tom spornom pitanju vidi *infra*, 4.

53 Čl. 13.-21. Direktive.

54 Rok za donošenje zakona, propisa i upravnih odredbi nužnih za usklađivanje s Direktivom bio je 1. siječnja 2006., a za osnivanje nacionalnih sustava naknade 1. srpnja 2005. (čl. 18. st. 1.). Državama je bila ostavljena mogućnost propisivanja da se nužne mjere za usklađivanje trebaju primijeniti samo na one podnositelje čije će ozljede biti posljedice kaznenih djela počinjenih nakon 30. lipnja 2005. (čl. 18. st. 2.).

4.2. Primjena Direktive u dosadašnjoj praksi država članica

Prema Izvješću o primjeni Direktive koje je Komisija podnijela 20. travnja 2009. godine,⁵⁵ Direktiva je uspostavila sustav za suradnju i olakšani pristup naknadi žrtvama kaznenih djela u prekograničnim situacijama, koji djeluje na temelju nacionalnih shema država članica. U svom uvodu istraživanje sadrži dvije vrlo znakovite rečenice: da svaka država ima svoj jedinstveni sustav naknađivanja, te da je uspostavljanje baze podataka s ključnim kontaktima unutar Europske unije glavno postignuće tog projekta.⁵⁶ Države članice imaju organizirane sustave naknade, imenovale su nadležna tijela, propisale postupak i objavile informacije o tim sustavima (dostupne na nacionalnim web stranicama ili atlasu⁵⁷). Međutim, podatci o praktičnoj primjeni Direktive bili su vrlo ograničeni, jer je od sudionika izostao odgovor na velik broj postavljenih pitanja. Stoga je glavni zaključak provedenog istraživanja da ima vrlo malo slučajeva primjene Direktive u praksi.⁵⁸ Iako i asistiraјуća tijela i tijela koja odlučuju općenito imaju pozitivno mišljenje o djelovanju samog sustava, relativno nizak postotak odgovora otvorio je pitanje opsega u kojem ta tijela zapravo taj isti sustav koriste.⁵⁹ Oštećenici su mnogo manje pozitivno ocijenili postupak za ostvarivanje prava na naknadu nego vlasti. Postupak prijave smatraju kompliciranim i dugotrajnim. Jezične prepreke, nedostatnost informacija i pravnog savjeta označili su kao glavne probleme.⁶⁰

Komisija je zaključila da se u određenim aspektima djelotvornost Direktive može poboljšati. Države trebaju prikupljati podatke o primjeni Direktive da bi bolje mogle procijeniti djelotvornost postupka, te trebaju što prije osigurati da više informacija o Direktivi i nacionalnim shemama bude dostupno građanima, budući da se čini da je jako malo potencijalnih ovlaštenika na naknadu upoznato sa svojim pravima. Potrebno je poštivanje odredbi o jeziku propisanih Direktivom, a vrlo je bitna i jasnoća i transparentnost ključnih elemenata nacionalnih sustava naknada, što se posebno odnosi na pitanja koja su kaznena djela uključena u sustav naknađivanja i koje su povrede njime pokrivena. Zbog kratkog razdoblja primjene i ograničenog

55 Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on the application of Council Directive 2004/80/EC relating to compensation to crime victims [SEC(2009) 495] /* COM/2009/0170 final */ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0170:FIN:EN:HTML>, dalje u tekstu: Izvješće. Izvješće se odnosi na razdoblje od 1.1.2006. do 31.12.2008., odnosno prve dvije godine primjene Direktive, a temelji se na rezultatima istraživanja koje je proveo *Matrix Knowledge Group*. Rezultati navedenog istraživanja (dalje u tekstu: Istraživanje) u cijelosti su objavljeni i dostupni na: http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/2008_comp_study_empirical_report_en.pdf

56 Vidi str. 6. Istraživanja.

57 European Judicial Atlas in Civil Matters: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cv_information_en.htm.

58 Vidi toč. 3.3. Izvješća s tabličnim prikazom broja slučajeva koji su do tada rješavani u pojedinoj državi članici.

59 Ibid., toč. 3.3.1.

60 Loc. cit.

praktičnog iskustva u istoj, Komisija tada nije predložila izmjene Direktive, već je smatrala da se implementacija može poboljšati i na temelju važećih odredbi.⁶¹

Međutim, već dvije godine kasnije, 2011. g., Komisija je planirala predložiti izmjene Direktive.⁶² Odlučila je provesti posebno istraživanje svih aspekata naknada da bi se identificiralo sve postojeće teškoće i njihove uzroke, te ovisno o njegovim rezultatima, predložile odgovarajuće izmjene. Budući da je već ranije utvrđeno da glavni uzroci problema nisu u samoj Direktivi (jer ona propisuje samo zabranu diskriminacije i postupke u prekograničnim slučajevima), jasno je da će izmjene biti usmjerene na probleme koji proizlaze iz primjene nacionalnih sustava naknada.

5. POLJE PRIMJENE KAO POTENCIJALNO NAJSPORNIJE PITANJE ZNNŽKD-a

U primjeni ZNNŽKD-a moglo bi se pojaviti dosta spornih pitanja, od kojih se, logično, prvo nameću ona vezana uz definiranje slučajeva u kojima će taj Zakon uopće doći u primjenu. Prema čl. 1. ZNNŽKD-a, njime se uređuje pravo na novčanu naknadu žrtvama "kaznenih djela nasilja počinjenih s namjerom". Ne postoje kaznena djela nasilja kao posebna kaznena djela, pa je tim zakonom bilo nužno odrediti koja će se djela smatrati takvima. „*Kaznenim djelom nasilja smatra se:*

– *kazneno djelo počinjeno s namjerom uz primjenu sile ili povredom spolnog integriteta,*

– *kazneno djelo dovođenja u opasnost života i imovine općeopasnom radnjom ili sredstvom kojim je prouzročena smrt, teška tjelesna ozljeda ili teško narušenje zdravlja jedne ili više osoba, a propisano je Kaznenim zakonom kao teži oblik temeljnoga kaznenog djela počinjenog s namjerom“ (čl. 5. st. 3.).*

Dakle, u upravnom će se postupku (postupak je detaljno uređen čl. 24.-38., a na pitanja koja nisu uređena navedenim člancima, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe zakona kojim je uređen opći upravni postupak (čl. 4. ZNNŽKD)), utvrđivati je li djelo, kojim je šteta počinjena kazneno djelo i to počinjeno s namjerom. Budući da je kvalifikacija određenog ponašanja kao kaznenog djela, a posebno utvrđivanje namjere njegova počinitelja, u isključivoj nadležnosti kaznenog suda u kaznenom postupku, to može imati učinak samo u ovom postupku, radi priznavanja prava oštećenika na državnu naknadu. Jasno je da je zbog interesa oštećenika (što traži

61 Točka 5. Izvješća.

62 Stockholmskim programom (Programom za pravosuđe i unutarnje poslove usvojenim 2009. za razdoblje 2010.-2014. godine) pozvane su Komisija i države članice da istraže mogućnost izgradnje jednog zajedničkog instrumenta zaštite žrtava. Komisija je u svibnju 2011. usvojila, tzv. Victims' Package, unutar kojeg je i prijedlog za horizontalnu Direktivu kojom bi se utvrdio minimum standarda prava, podrške i zaštite žrtava.

Vidi ROADMAP iz rujna 2011. godine, Commission proposal for the revision of Directive 2004/80 relating to compensation of crime victims, http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2012_just_019_crime_victims_en.pdf.

i Konvencija) bilo potrebno minimalizirati utjecaj samog kaznenog postupka i njegovih rezultata, pa i isključiti. Zato se u čl. 8. st. 2. izričito propisuje da je pravo ovlaštenika neovisno o tomu je li počinitelj kaznenog djela poznat i pokretanju samog kaznenog postupka. Odbor je, slijedom navedenog, ovlašten određeno ponašanje kojem je ovlašteniku prouzročena šteta, kvalificirati takvim da iz njega proizlazi pravo ovlaštenika na naknadu, što ne znači da je to određeno kazneno djelo počinjeno s namjerom u kaznenopravnom smislu.

Smatramo da je osnovni problem koji se može pojaviti u području primjene ZNNŽKD-a u praksi, isključenje ovlaštenika koji imaju pravo ostvariti naknadu prema odredbama ZOTAD-a (čl. 48. ZNNŽKD). Jasno je da država želi onemogućiti da ovlaštenik povodom istog štetnog događaja po dva propisa ostvaruje pravo na naknadu od države, pri čemu se u oba radi o državnoj solidarnosti i isplati naknade na načelu pravičnosti. Međutim, nije nam jasno što točno znači formulacija da je netko ovlaštenik koji "ima pravo ostvariti naknadu". Je li to osoba čije je pravo već utvrđeno u postupku provedenom povodom zahtjeva postavljenog prema ZOTAD-u⁶³ ili će Odbor sam procijeniti da bi ta osoba mogla ostvariti pravo na naknadu prema ZOTAD-u i zato će njen zahtjev odbaciti kao nedopušten? Mogu li oni koji nisu uspjeli sa svojim odštetnim zahtjevom prema ZOTAD-u, naknadno podnijeti zahtjev prema ZNNŽKD-u, s tim da im se kao dan podnošenja toga zahtjeva računa dan podnošenja onog prema ZOTAD-u? Budući da žrtva u trenutku podnošenja zahtjeva često ne zna (niti treba znati) točnu kvalifikaciju djela kojim joj je šteta počinjena, svakako bi bilo dobro da se zahtjevi za ostvarenje prava po oba zakona mogu podnijeti istom tijelu. Znači li to što oštećenik nema pravo na naknadu prema ZNNŽKD-u, da nema ni "pravo na postupak" prema ZNNŽKD-u, odnosno da su u prekograničnim slučajevima ti oštećenici ostali izvan sustava suradnje država članica?

Što konkretno za oštećenika koji je štetu pretrpio kao žrtva terorističkog akta ili drugog kaznenog djela na koja se primjenjuje ZOTAD (on propisuje „*odgovornost za štetu počinjenu aktima terora i drugim aktima nasilja poduzetim s ciljem teškog narušavanja javnog reda zastrašivanjem i izazivanjem osjećaja nesigurnosti građana te uslijed demonstracija i drugih oblika masovnog izražavanja raspoloženja na javnim mjestima*“ (čl. 1. st. 1.), pri čemu se terorističkim aktom smatra „*osobito akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana*“ (čl. 1. st. 2.)) može značiti primjena, odnosno neprimjena ZNNŽKD-a? S obzirom na minimum prava koja ZNNŽKD priznaje, načelno se može reći da je oštećenik koji ima pravo na naknadu prema ZOTAD-u ipak u nešto povoljnijem položaju u pogledu visine naknade koju može ostvariti. Njime je priznato pravo na naknadu štete koja je posljedica smrti, tjelesne povrede ili oštećenja zdravlja, i to 60% iznosa utvrđene štete, s tim da ukupna

63 Taj zahtjev oštećenik podnosi Državnom odvjetništvu Republike Hrvatske. S njim sklopljena izvansudska nagodba ima snagu ovršne isprave. U slučaju neprihvatanja ponude Državnog odvjetništva ili ako ono u roku od 60 dana ne odluči o podnesenom zahtjevu, oštećenik svoje pravo može ostvarivati pred sudom, u žurnom postupku (čl. 9. ZOTAD).

šteta ne može biti naknadena u iznosu većem od 350.000,00 kn (čl. 7. ZOTAD). Međutim, ako uzmemo u obzir dosadašnju primjenu ZOTAD-a i činjenicu da se prava prema istom jako teško ostvaruju (u pravilu nakon dugogodišnjih sporova protiv države), čini nam se da bi i tim oštećenima trebalo primjenom ZNNŽKD-a omogućiti dobivanje državne naknade, čiji bi se iznosi kasnije, u slučaju da uspiju i sa zahtjevom prema ZOTAD-u, odbili od već priznate ili isplaćene naknade.

Trebaju li nam dva različita propisa, po kojima postupaju različita tijela u različitim postupcima, da bi se ostvarilo pravo na državnu naknadu u sličnim situacijama i sa sličnim posljedicama? Ima li opravdanja za različiti položaj žrtava (i njihovih srodnika) s pravom na naknadu s obzirom na vrstu kaznenog djela čije su bile žrtve, kada su te posljedice iste – teške tjelesne ozljede ili teško narušenje zdravlja ili smrt? Hoće li uspostavljanje sustava naknada prema ZNNŽKD-u zapravo umanjiti prava žrtava teških kaznenih djela na javnom mjestu (potencijalnih ovlaštenika prava prema ZOTAD-u), jer će ih se “usmjeriti” na sustav naknada manje financijski težak za državu i postupak u kojim će brže i jednostavnije ostvariti pravo na naknadu? Hoće li to dovesti do uskog tumačenja polja primjene ZOTAD-a? Je li uopće opravdan bitno različiti položaj žrtve kaznenog djela nasilja na javnom mjestu koji se temelji samo na motivu s kojim je djelovao počinitelj? Smije li država biti „solidarnija“ prema nekim žrtvama s obzirom na motive počinitelja djela nasilja, posebno s obzirom na to da će kod nepoznatih počinitelja oni ostati nepoznati, odnosno u zoni nagađanja? Ova pitanja postavljamo radi ukazivanja na opasnost da u postupku ujednačavanja s europskim pravom dođe do umanjenja prava određene grupe žrtava, što svakako treba izbjeći. Smatramo da bi žrtve kaznenih djela nasilja trebale imati jednaka prava prema državi i zato treba razmisliti o jedinstvenom sustavu naknađivanja, po istom postupku u kojem će odlučivati isto tijelo. Načela društvene solidarnosti i pravednosti ne bi smjela postati izvor nepravednih rezultata konkretne primjene propisa koji se temelje na njima.

Postojanje više propisa o istoj materiji koji daju različita prava, a međusobno se isključuju, svakako nije dobro rješenje. To je zbnunjujuće za žrtve, a posebno ako se radi o stranim državljanima. Ako već i postoje različiti izvori prava i postupak za njihovo ostvarivanje, onda smatramo da bi i žrtvama kaznenih djela za koja postoji odgovornost države prema ZOTAD-u trebalo omogućiti dobivanje naknade prema ZNNŽKD-u, uz mogućnost da se iste odbiju od eventualno kasnije dosuđene naknade štete.

Iako bi se za većinu obveza prema Direktivi načelno moglo zaključiti da ih je naš zakonodavac ZNNŽKD-om formalno ispunio, isključenje ovlaštenika prava prema ZOTAD-u iz ovog sustava naknađivanja nije u skladu s ciljem Direktive. Upravo ona kategorija žrtava zbog koje se i “požurilo” s donošenjem Direktive pa je usvojena bez minimalnog standarda, u biti je ostala izvan odgovarajućeg sustava (minimalne) zaštite u našem pravu. Smatramo nespornim da bi žrtve terorističkih akata i dugih akata nasilja na javnom mjestu, u slučaju ispunjavanja ZNNŽKD-om propisanih pretpostavki, također trebale imati pristup sustavu suradnje država članica u prekograničnim slučajevima. Ako ih je već naš zakonodavac namjeravao

izdvojiti (odnosno zadržati) kao posebnu kategoriju u pogledu materijalnih prava prema državi, u postupovnom ih je smislu morao izjednačiti, odnosno osigurati da oštećenici mogu svoje zahtjeve za državnu naknadu u prekograničnim slučajevima podnositi prema pravilima ZNNŽKD-a propisanim za te slučajeve. U tom smislu će određene izmjene odredbi ZNNŽKD-a i/ili ZOTAD-a svakako biti nužne.

6. ZAKLJUČAK

Načelno možemo zaključiti da je sustav naknađivanja prema ZNNŽKD-u u skladu s osnovnim načelima naknađivanja propisanim Konvencijom. Ali, kako smo već naglasili, to je minimum prava usvojen prije 30 godina, koji je trebao države koje nisu žrtvama priznavale nikakva prava pokrenuti u tom smjeru, uz za njih prihvatljive financijske obveze. Zato, iako ih smatramo zaista minimalnim, državne naknade koje će Republika Hrvatska isplaćivati žrtvama određenih kaznenih djela, ipak predstavljaju pozitivnu novinu u našem pravu. Brojnost država članica Europske unije i različitost njihovih sustava naknada (kao što je naglašeno u istraživanju, svaka ima svoj unikatni sustav), onemogućio nam je donošenje općih zaključaka o tome koliko je neki od postojećih sustava zaista bolji za same žrtve i samim time bliži ispunjenju osnovnog cilja Direktive. U nekoj idealnoj situaciji država bi svakoj žrtvi kaznenog djela mogla naknaditi svu štetu koju ova pretrpi, a ne može je naknaditi od samog počinitelja, ali potpuno je jasno da većina država takve obveze ne može i/ili ne želi preuzeti. Stoga nam se učinilo da usporedba našeg (budućeg) sustava naknada s nekim od postojećih sustava država članica, trenutno nije od većeg praktičnog značaja, posebno s obzirom na činjenice da neke od njih već desetljećima imaju razvijene te sustave i da su financijske mogućnosti naše države i većine država članica ipak bitno različite.

Ono na što svakako moramo upozoriti jest činjenica da se ostavljanjem žrtava terorizma i drugih akata nasilja na javnom mjestu izvan primjene ZNNŽKD-a, te žrtve ostavilo i izvan sustava suradnje država članica u prekograničnim situacijama. To ukazuje na moguću nepravilnost pri implementaciji Direktive, te zapravo apsurdnu situaciju, da su u našem poretku izvan zaštite koju je namjeravala pružiti ostali upravo oni zbog kojih je ista prvenstveno i donesena. Za ocjenu koliko će naš sustav naknada biti učinkovit i postići osnovni cilj, da žrtve kaznenih djela zaista brzo dobiju pravičnu i primjerenu naknadu, bez nepotrebnih administrativnih prepreka i troškova, treba pričekati početak njegove primjene. Međutim, budući da je Komisija krajem 2011. godine zaključila da sustav naknađivanja kako je zamišljen Direktivom nije djelotvoran, pri čemu su osnovni uzroci problema u nacionalnim sustavima, ne čini nam se realnim očekivati da će naš sustav biti bitno bolji od nacionalnih sustava većine drugih članica. Očekuju se izmjene Direktive kojima bi se poboljšalo djelovanje nacionalnih sustava, pa je moguće da će naš sustav trebati mijenjati i prije no što isti zaživi u praksi.

Summary

STATE COMPENSATIONS FOR VICTIMS OF CRIME IN THE REPUBLIC OF CROATIA

This paper deals with state compensations for victims of some types of crime which are to be paid by the Republic of Croatia. The Act on the Compensation for Victims of Crime will come into force on the day of the Croatian accession to the European Union. It stipulates the right to compensation to victims of violent crimes committed with intent, assumptions and procedures for the exercises of this right, decision-making bodies, and other bodies which take part in the process of deciding on the right and procedure to be applied in cross-border cases. The state will pay compensation for medical expenses and lost earning to victims of crime, compensation for loss of maintenance to their dependants as well as the victim's funeral cost. All elements of compensation have an upper limit above which such compensation shall not be granted. Amounts of compensation can also be reduced on various grounds (e.g. victim's conduct before, during or after the crime; payments from other sources). Furthermore, the Committee on compensation for victims of crime makes a decision on compensation in the administrative procedure. There are however, special rules for such procedures in cross-border cases. The Republic of Croatia has implemented cross-border cooperation measures from the Directive 2004/80/EC and complies with the obligations under the European Convention on the Compensation of Violent Crimes. In this paper attention is given to the provisions which define persons authorized to compensation and conditions under which it may be granted. The author expresses doubts as to whether the Croatian compensation scheme will achieve the goal of the Directive 2004/80/EC. The reason for that is the weakness of the compensation system in the European Union, which depends on the national systems of the Member States. Possible consequences of exclusion of victims who are entitled to compensation under the Act on the Liability for Damage Caused by Terrorist Acts and Public Demonstrations from the right to compensation are also emphasized.

Key words: *compensation, victims of crime, medical expenses, lost earning, loss of maintenance, Directive 2004/80/EC, European Convention on the Compensation of Violent Crimes.*

Zusammenfassung

STAATLICHE ENTSCHÄDIGUNG FÜR STRAFTATSOPFER IN DER REPUBLIK KROATIEN

In der Arbeit wird die Frage der staatlichen Entschädigungen bearbeitet, welche die Republik Kroatien den Opfern von bestimmten Straftaten auszahlt. Am Tag der Beitritt der Republik Kroatien in die EU wird das Gesetz über Geldentschädigung für Straftatsopfer in Kraft treten, welches Folgendes vorschreibt: das Recht auf Geldentschädigung für Opfer von Gewalttaten, die Voraussetzungen und das Verfahren zur Verwirklichung dieses Rechtes, die Organe, welche Entscheidungen treffen und am Verfahren der Entscheidung über dieses Recht teilnehmen, und die in grenzüberschreitenden Fällen angewandten Organe und Verfahren. Der Staat wird den unmittelbaren Opfern die Entschädigung für Behandlungskosten und verlorenes Einkommen auszahlen, den mittelbaren Opfern die Entschädigung für verlorenen Unterhalt und der Person, welche diese Kosten getragen hat, auch die Entschädigung für die Kosten der Bestattung des unmittelbaren Opfers auszahlen. Es werden sowohl mögliche Einschränkungen gemäß verschiedenen Gründen (das Verhalten des Opfers vor, während und nach der Opferwerdung, Zurechnung anderer Entschädigungen) für alle diesen Beträge vorgeschrieben, als auch maximale Beträge, welche ausgezahlt werden. Ein besonderes Organ, der Ausschuss für die Geldentschädigung der Straftatsopfer, wird im Verwaltungsverfahren über die Entschädigung entscheiden. Das Verfahren in grenzüberschreitenden Fällen wird gesondert vorgeschrieben. Durch dieses Gesetz hat die Republik Kroatien die Verpflichtungen aus der Richtlinie 2004/80/EG und des Europäischen Übereinkommens über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten erfüllt. In der Arbeit werden Bestimmungen analysiert, in welchen Berechtigte zum Entschädigungsrecht und Voraussetzungen dieses Rechtserwebs definiert werden. Es wird der Zweifel ausgedrückt, dass unser System der Entschädigungen dem Ziel des europäischen Gesetzgebers bei der Erlassung der Richtlinie 2004/80/EG beitragen könnte, nicht so sehr wegen eigener Mängel (welche erst nach dem Beginn seiner Anwendung gezeigt werden), sondern wegen Mängel des Systems der Entschädigungen in der EU, welches so aufgerichtet wurde, dass es von den Mitgliedsstaaten abhängt. Es wird vor möglichen Folgen des gemäß diesem Gesetz vorgeschriebenen Ausschlusses der Entschädigung für die Straftatsopfer gewarnt, welche das Recht auf Entschädigung gemäß Gesetz über die Haftung für den durch terroristische Aktivitäten und öffentliche Demonstrationen entstandenen Schaden haben.

***Schlüsselwörter:** Geldentschädigung, Straftatsopfer, Behandlungskosten, verlorenes Einkommen, verlorener Unterhalt, Richtlinie 2004/80/EG, Europäisches Übereinkommen über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten.*

Riassunto

LE INDENNITÀ STATALI PER LE VITTIME DI REATI PENALI IN CROAZIA

Nel contributo si prende in esame la questione delle indennità statali che verranno versate dallo Stato croato alle vittime di determinati reati penali. Con l'ingresso della Croazia nell'Unione europea entrerà in vigore la legge sulle indennità alle vittime di reati penali, con la quale viene stabilito: il diritto all'indennità alle vittime di reati penali dolosi violenti; i presupposti ed il procedimento per la realizzazione di tale diritto; gli organi che prendono parte al procedimento decisionale relativo a tale diritto; gli organi ed il procedimento che si applica nei casi extraterritoriali. Lo Stato verserà alle vittime dirette l'indennità per le spese di cura e per il mancato guadagno; mentre alle vittime indirette verserà l'indennità per la perdita del mantenimento ed alla persona che ha sostenuto le spese funebri della vittima diretta rimborserà anche tale costo. Per tutti questi importi sono previste delle diminuzioni su diverse basi (comportamento della vittima prima, durante e dopo l'offesa subita, computo di diverse indennità), come pure i massimali delle somme rimborsabili. Circa l'indennità da versare è chiamato a decidere un particolare organo nel corso di un procedimento amministrativo, ossia il comitato per l'indennità alle vittime di reati penali. Il procedimento relativo ai casi che presentano elementi di extraterritorialità trova disciplina specifica. Con la presente legge la Croazia ha rispettato gli obblighi derivanti dalla Direttiva 2004/80/CE, come pure quelli derivanti dalla Convenzione europea sull'indennità alle vittime di reati penali violenti. Nel contributo si esaminano nel dettaglio le disposizioni che disciplinano i titolari del diritto all'indennità ed i presupposti della costituzione del diritto medesimo. Si avanzano alcune perplessità sul fatto che il nostro sistema possa dare un reale contributo allo scopo prefissosi dal legislatore comunitario con la Direttiva 2004/80/CE; ciò non tanto per delle debolezze interne al sistema nazionale (le quali del resto emergeranno appena dopo l'entrata in vigore della legge in questione), bensì per le debolezze esistenti già a livello europeo, visto che il sistema di versamento delle indennità dipende dai singoli Stati membri. Si mette in guardia anche dalle possibili conseguenze derivanti dall'esclusione dal diritto all'indennità in base alla presente legge di quelle vittime che invece hanno diritto all'indennità in base alla legge sull'indennità in seguito ad atti terroristici o dimostrazioni pubbliche.

Parole chiave: *indennità, vittima di reato, spese di cura, mancato guadagno, perdita del diritto al mantenimento, Direttiva 2004/80/CE, Convenzione europea sull'indennità alle vittime di reati penali violenti.*

POLITIKA PRIMITAKA U KREDITNIM INSTITUCIJAMA U EUROPSKOM I HRVATSKOM PRAVU

Dr. sc. Dionis Jurić, izvanredni profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.761(4)
336.761(497.5)
Pr.: 5. veljače 2013.
Ur.: 19. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Europska komisija je kao odgovor na financijsku krizu u razdoblju od 2008. do 2009. godine donijela Preporuku o politici nagrađivanja u sektoru financijskih usluga iz 2009. godine. Preporuka se trebala primjenjivati na sve financijske institucije. Na uvrštene financijske institucije su se primjenjivale i ranije Preporuke Europske komisije o politici primitaka u uvrštenim dioničkim društvima iz 2004., 2005. i 2009. godine. Različita praksa država članica u implementaciji neobvezujućih preporuka u nacionalnim pravnim porecima dovela je do neusklađenosti te je ugrozila postizanje ciljeva koje je postavila Europska komisija. Stoga su 2010. godine Europski parlament i Vijeće donijeli Direktivu o kapitalnim zahtjevima III koja je posebno uredila politiku primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima. Odbor europskih bankovnih nadzornika (CEBS) iste je godine izdao Smjernice o politici i praksi primitaka u financijskom sektoru, kako bi olakšao primjenu odredbi iz Direktive. Na taj se način želi osigurati usklađenost nacionalnih pravnih poredaka država članica Europske unije u kreiranju, provedbi i nadzoru politike primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima. U Republici Hrvatskoj je Vlada RH krajem 2012. godine izradila prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, radi njegovog usklađivanja s odredbama o politici primitaka Direktive o kapitalnim zahtjevima III. Hrvatska narodna banka izradila je i nacrt Odluke o primicima radnika, podzakonski akt koji detaljnije uređuje politiku primitaka u kreditnim institucijama.

Ključne riječi: *politika primitaka, kreditne institucije, Direktiva o kapitalnim zahtjevima III, Europska unija, Republika Hrvatska.*

1. UVOD

Europska komisija bavi se problematikom uređenja politike primitaka u dioničkim društvima već čitavo desetljeće. Pojava financijskih skandala u uvrštenim dioničkim društvima potkraj 20. stoljeća i početkom 21. stoljeća u SAD-u i Europi uvjetovala je potragu za mehanizmima poboljšanja korporativnog upravljanja u uvrštenim dioničkim društvima. Pritom su rješenja u SAD-u išla u smjeru poboljšanja sustava revizije godišnjih financijskih izvješća i jačanju objave podataka o politici primitaka. U Europi je naglasak stavljen na jačanju uloge neovisnih članova nadzornih organa uvrštenih dioničkih društava u kreiranju politike primitaka te uređenju strukture primanja za rad članova upravnih organa tih društava.¹

Financijska kriza koja se pojavila u financijskim institucijama u razdoblju od 2007. do 2009. godine usmjerila je pozornost na rad kreditnih institucija i pitanje je li rizičnom poslovanju kreditnih institucija doprinijela neodgovarajuća politika primitaka. Brojne američke i europske kreditne institucije su u tom razdoblju primile državnu pomoć uz uvođenje određenih ograničenja u politici primitaka tih institucija.² Slična su ograničenja potom uvele i neke kreditne institucije koje nisu primile državnu pomoć. Europska komisija je u ovom razdoblju donijela nekoliko preporuka koje reguliraju materiju politike primitaka u uvrštenim dioničkim društvima.³ Praksa je pokazala da je većina država članica navedene preporuke unijela u nacionalne kodekse korporativnog upravljanja koji se primjenjuju na uvrštena dionička društva. Njihov neobvezujući karakter uvjetovao je neusklađenu primjenu tih preporuka u različitim državama članicama Europske unije.⁴ Kada

1 Jurić, Dionis, Primanja za rad i objavljivanje podataka o primanjima za rad članova uprave i nadzornog odbora dioničkih društava, u knjizi Čulinović Herc, Edita, Jurić, Dionis, Žunić Kovačević, Nataša (urednici), *Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2011., str. 118–119.

2 Primjerice u Velikoj Britaniji su takvu pomoć primile Lloyds Bank i Royal Bank of Scotland, u Njemačkoj Commerzbank, u Francuskoj BNP Paribas, Société Générale, Crédit Agricole, Caisse d'Épargne, u Nizozemskoj Fortis i ING, u Švicarskoj UBS. Vidi u Ferrarini, Guido, Ungureanu, Maria Cristina, *Economics, Politics, and the International Principles for Sound Compensation Practices: An Analysis of Executive Pay at European Banks*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 64., No. 2/2011., str. 457.-463.

3 Preporuka o primicima direktora u uvrštenim dioničkim društvima iz 2004. godine (Commission Recommendation on fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies, 2004/913/EC), Preporuka o ulozi članova nadzornih odbora ili neizvršnih direktora u uvrštenim dioničkim društvima i o komisijama nadzornog/upravnog odbora iz 2005. godine (Commission Recommendation on the role of non-executive or supervisory directors and on the committees of the (supervisory) board, 2005/162/EC), Preporuka o režimu primitaka direktora uvrštenih dioničkih društava iz 2009. godine (Commission Recommendation complementing Recommendations 2004/913/EC and 2005/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies, 2009/385/EC). Podrobnije vidi u Jurić, D., op. cit., str. 120.-131.

4 Neke su se države članice odlučile te preporuke unijeti u svoje nacionalne zakone, čime su osigurale obvezatnost njihove primjene (npr. Njemačka, Slovenija). Vidi u Jurić, D., op. cit., str. 132.-143.

se radi o financijskim institucijama, Komisija je 2009. godine donijela Preporuku o politici primitaka u sektoru financijskih usluga,⁵ uzimajući u obzir posebnosti korporativnog upravljanja u financijskim institucijama. I ovdje se pojavio problem neusklađene primjene preporuka u državama članicama, pa su Europski parlament i Vijeće 2010. godine donijeli Direktivu o kapitalnim zahtjevima III,⁶ koja obvezuje države članice na usklađivanje svojih nacionalnih propisa koji se odnose na politiku primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima.

2. POSEBNOSTI KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA U KREDITNIM INSTITUCIJAMA

Korporativno upravljanje u kreditnim institucijama u određenoj se mjeri razlikuje od korporativnog upravljanja u ostalim dioničkim društvima. Te su razlike uvjetovane posebnostima gospodarske djelatnosti koje obavljaju kreditne institucije.⁷ Dioničari kreditnih institucija i članovi njihovih upravnih organa skloniji su poduzimanju rizičnih poslovnih odluka koji premašuju okvire ekonomske i socijalne učinkovitosti, uz manjkavosti primjerene regulative i nadzora nad poslovanjem kreditnih institucija.⁸ Uloga kreditnih institucija kao glavnih kreditora u nacionalnim ekonomijama potiče više razine rizika u poslovanju uz opasnost nastanka viših gubitaka na duže razdoblje. One su izvor likvidnosti u nacionalnim ekonomijama, osiguravaju održavanje depozita uz državna jamstva te koordiniraju nacionalni sustav plaćanja. Uspješnost sustava kreditnih institucija bitno utječe na stanje nacionalnog gospodarstva.⁹

5 Commission Recommendation on remuneration policies in the financial services sector, 2009/384/EC.

6 Directive 2010/76/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards capital requirements for the trading book and for re-securitisations, and the supervisory review of remuneration policies.

7 Ferrarini, Guido, Ungureanu, Maria Cristina, Unique Features in the Governance of Bankers' Compensation, http://www.clfge.org/files/gf_unique_features_in_the_governance_of_bankers_c.pdf, 23. siječnja 2013., str. 2.

8 Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., Economics, Politics, and the International Principles for Sound Compensation Practices..., str. 439.

9 Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., Unique Features in the Governance of Bankers' Compensation, str. 2. Posebnosti kreditnih institucija očituje se i u tome što članovi izvršnih organa moraju voditi računa o interesima dioničara, depozitara, vjerovnika i ostalih dionika. Poslovanje kreditnih institucija je izloženo i vanjskim utjecajima koji proizlaze iz obveza objave podataka na financijskom tržištu i nadzora revizora, djelatnosti rejting agencija. Konačno, djelatnost kreditnih institucija u velikoj je mjeri posebno i detaljno regulirana, sa značajnim utjecajem nacionalnih nadzornih i regulatornih tijela. Vidi u Hopt, Klaus J., Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis, u knjizi Wymeersch Eddy, Hopt, Klaus J., Ferrarini, Guido (editors), Financial Regulation and Supervision – A Post-Crisis Analysis, Oxford University Press, 2012., str. 341.-343.

Kreditne institucije su zaduženije u odnosu na ostala dionička društva, što za posljedicu ima akutniji sukob interesa između dioničara i vjerovnika.¹⁰ Struktura imovine kreditnih institucija razlikuje se od ostalih dioničkih društava. One imaju relativno mali iznos temeljnog kapitala u odnosu na druga dionička društva te se prvenstveno financiraju zaduživanjem.¹¹ Obveze kreditnih institucija uglavnom su u obliku depozita, koji su dostupni depozitarima i vjerovnicima na njihov zahtjev, dok imovinu kreditnih institucija u značajnoj mjeri čine krediti s dugim rokovima dospijeca. Ovakav nerazmjer između likvidnih obveza i nelikvidne imovine predstavlja problem u kriznim situacijama, kada depozitari nastoje povući svoje depozite iz kreditne institucije, koja u rezervi ima samo dio prikupljenih depozita. Takve se pojave nastoje spriječiti sustavom osiguranja depozita.¹² S druge strane, sustav osiguranja depozita potiče dioničare i članove upravnih organa kreditnih institucija na prekomjerno rizično poslovanje. Taj rizik osobito dolazi do izražaja u slučaju približavanja stanju nesolventnosti poslovanja kreditne institucije, koja i dalje privlači nova financijska sredstva, s obzirom na to da dioničari ne snose gubitke rizičnih ulaganja, već mogu uživati i određene koristi iz takve situacije.¹³ Konačno, u kreditnim institucijama supstitucija imovine relativno je lakša negoli u nefinancijskim dioničkim društvima. To omogućava fleksibilniju i bržu promjenu rizika u poslovanju, što za posljedicu ima povećanje agencijskih troškova između dioničara i ostalih dionika (depozitari, imatelji obveznica i ostali vjerovnici) te povećava rizična postupanja članova upravnih organa kreditnih institucija. Dodatna posebnost kreditnih institucija su i poteškoće u procjeni stabilnosti poslovanja i rizičnog profila tih institucija, s obzirom na složenost djelatnosti kreditnih institucija.¹⁴

10 Kod donošenja odluka o alokaciji imovine trgovačkog društva, svaka investicijska odluka koja povećava rizike transferira korist s vjerovnika na dioničare. Ovaj se problem pojačava u kreditnim institucijama zbog visokog udjela obveza u ukupnoj imovini kreditnih institucija te postojanja sustava osiguranja depozita. U ostalim dioničkim društvima problem prekomjernog poduzimanja rizičnih poslovnih odluka ograničen je određenim mehanizmima zaštite vjerovnika. S druge strane, u kreditnim institucijama osiguranje depozita potiče članove upravnih organa i dioničara na preuzimanje većih rizika u poslovanju. Vidi u Macey, Jonathan R., O'Hara, Maureen, *The Corporate Governance of Banks*, *Economic Policy Review*, Vol. 9, No. 1, April 2003., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=795548>, 23. siječnja 2013., str. 98., Avgouleas, Emiliios, Cullen, James, *Market Discipline and Corporate Governance in the EU Banking Sector: Intellectual Fallacies, Cognitive Boundaries and Groupthink*, University of Edinburgh, School of Law, Research Paper Series No 2012/24, dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2163118>, 23. siječnja 2013., str. 3.-4.

11 Kreditne institucije uobičajeno se financiraju zaduživanjem u iznosu od 90% i više. Vidi u Macey, J. R., O'Hara, M., op. cit., str. 97., Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., *Economics, Politics, and the International Principles for Sound Compensation Practices...*, str. 439.-440.

12 O'Hara, M., op. cit., str. 97., Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 440., Hopt, K. J., op. cit., str. 351.

13 U ostalim dioničkim društvima je rizično poslovanje u slučaju približavanja stanju nesolventnosti poslovanja ograničeno tržišnim mehanizmima i ugovornim odredbama. Vidi u Macey, J. R., O'Hara, M., op. cit., str. 98., Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 440.

14 Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 440.-441., Avgouleas, E., Cullen, J., op. cit., str. 4.-5.

3. UTJECAJ KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA U KREDITNIM INSTITUCIJAMA NA POJAVU FINACIJSKE KRIZE

Istraživanja poslovanja kreditnih institucija u razdoblju od 2007. do 2008. godine pokazala su da nedostaci u korporativnom upravljanju nisu u većoj mjeri doprinijeli nastanku financijske krize. Dapače, kreditne institucije s upravnim organima koji su vodili računa o interesima dioničara, bilježile su lošije poslovne rezultate.¹⁵ Glavni uzrok financijske krize treba tražiti u strukturi ulaganja kreditnih institucija i propasti tržišta hipotekarnih kredita u SAD-u, koja se potom prelila i u ostale kreditne institucije diljem svijeta.¹⁶

Ta činjenica ipak ne znači da nisu potrebne reforme korporativnog upravljanja u kreditnim institucijama i poboljšanje postojeće prakse. U tom su smjeru upravo i krenule inicijative u okviru Europske unije, osobito u pogledu kreiranja politike primitaka članova upravnih organa u financijskim institucijama, kao i postavljanje novih kapitalnih zahtjeva za kreditne institucije kako bi se one u buduće osigurale od eventualnih šokova koji se javljaju na financijskim tržištima. Kada se radi o politici primitaka, naglasak se daje na uređenju strukture primanja za rad, njihovo vezanje uz rizičnost poslovanja kreditnih institucija, jačanja sustava odlučivanja o politici primitaka te objavljivanju podataka o primanjima.¹⁷

-
- 15 Beltratti, Andrea, Stulz, Rene M., *Why Did Some Banks Perform Better during the Credit Crisis? A Cross-Country Study of the Impact of Governance and Regulation* (July 13, 2009). Fisher College of Business Working Paper No. 2009-03-012., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1433502>, Adams, Renee B., *Governance and the Financial Crisis* (May 4, 2009). ECGI - Finance Working Paper No. 248/2009., dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1398583>, prema Ferrarini, G., Ungureanu, M.C., op. cit., str. 441.-443.
- 16 Američki FED je 2001. godine donio odluku o sniženju kamatnih stopa kako bi potaknuo potražnju za kreditima kućanstava i gospodarstvenika u SAD-u. Komercijalne banke koje su plasirale takve kredite trebale su držati tražbine iz takvih kredita privremeno te ih dalje prodavati investicijskim bankama. Investicijske su banke potom provodile sekuritizaciju tih tražbina njihovim objedinjavanjem i izdavanjem vrijednosnih papira (engl. *special purpose vehicles*), čiju su rizičnost ulaganja procijenile kreditne rejting agencije najvećom ocjenom AAA. Potom su te vrijednosne papire američke investicijske banke ponudile brojnim investicijskim ulagateljima diljem svijeta, koji su zbog svoje rentabilnosti i procijenjene nerizičnosti postali vrlo traženi. FED je u razdoblju od 2004. do 2006. godine značajno povisio kamatnu stopu sa 1 na 5,25 %, a u razdoblju od 1998. do 2006. godine došlo je do značajnog rasta cijena nekretnina zbog povećane potražnje i povoljnih uvjeta kreditiranja. U prvoj polovici 2007. godine došlo je do pucanja cjenovnog balona na američkom tržištu nekretnina i početka pada cijena nekretnina, a kumulativno s porastom kamatnih stopa na kredite dolazi do urušavanja tržišta nekretnina, a potom i financijskih tržišta prvo u SAD-u, a zatim i financijskih tržišta u drugim državama svijeta. Financijska kriza se iz SAD-a prelila u Europu zbog ulaganja u američke hipotekarne vrijednosne papire koji su naglo izgubili na vrijednosti. Vidi u Štefulić, Petra, Radman Peša, Anita, *Kompenzacije menadžera kao jedan od uzroka suvremene financijske krize*, *Oeconomica Jadertina*, br. 2./2012., str. 47.-52.
- 17 Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 444.-451., Hopt, K. J., op. cit., str. 363.-364., Winter, Jaap, *The Financial Crisis: Does Good Corporate Governance Matter and How to Achieve It?*, u knjizi Wymeersch, E., Hopt, K. J., Ferrarini, G. (editors), *Financial Regulation and Supervision – A Post-Crisis Analysis*, Oxford University Press, 2012., str. 374.-375.

4. MEĐUNARODNI STANDARDI POLITIKE PRIMITAKA U KREDITNIM INSTITUCIJAMA

Usljed pojave financijske krize i ukazivanja političara i medija da je jedan od temeljnih razloga njezine pojave bila orijentiranost politike primitaka članova upravnih organa kreditnih institucija na kratkoročnu uspješnost tih institucija, 2009. godine donesena su u okviru Odbora za financijsku stabilnost (FSB)¹⁸ dva dokumenta: Načela za primjerenu praksu kompenzacija¹⁹ i Standardi za implementaciju Načela.²⁰ Načela i Standardi bave se pitanjima korporativnog upravljanja, strukture primanja, nadzora te objavom.²¹

Načela prihvaćaju neke uobičajene standarde korporativnog upravljanja, kao što su strateška i nadzorna uloga nadzornih organa u postupku određivanja i provedbe politike primitaka. Ona također uređuju upravljanje rizicima poslovanja i nadzor od strane nadzornih organa kreditnih institucija. Standardi naglašavaju ulogu komisije za primitke u određivanju i nadzoru nad provedbom politike primitaka.²²

Načela i Standardi u znatnoj mjeri su utjecali na sadržaj Preporuke o politici primitaka u sektoru financijskih usluga koju je 2009. godine usvojila Europska komisija, a koja je prihvatila njihova brojna rješenja.

5. PREPORUKA O POLITICI PRIMITAKA U SEKTORU FINANCIJSKIH USLUGA

Europska je komisija u travnju 2009. godine usvojila Preporuku o politici primitaka u sektoru financijskih usluga. U njoj su sadržana opća načela koja se trebaju primijeniti u politici primitaka u financijskim institucijama. Preporuka se treba primjenjivati usporedno s ostalim pravnim izvorima koji reguliraju pojedine sektore financijskih usluga, neovisno jesu li oni nacionalnog podrijetla ili su nastali zakonodavnom djelatnošću organa EU-a. Kada se radi o uvrštenim financijskim

18 Odbor za financijsku stabilnost (*Financial Stability Board*) osnovan je u travnju 2009. godine kao slijednik Foruma za financijsku stabilnost (*Financial Stability Forum*). Forum za financijsku stabilnost osnovali su 1999. godine ministri financija i guverneri središnjih banaka država koje čine skupinu G7. Forum je osnovan radi unaprjeđenja suradnje različitih nacionalnih i međunarodnih nadzornih tijela i međunarodnih financijskih institucija, radi promicanja stabilnosti u međunarodnom financijskom sustavu. Godine 2009. preimenovan je u Odbor te je povećano članstvo na predstavnike država članica skupine G20 i proširene su njegove ovlasti. Dostupno na: <https://www.financialstabilityboard.org/about/history.htm>, 26. siječnja 2013.

19 *Financial Stability Forum Principles for Sound Compensation Practices*, 2009., dostupno na: https://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904b.pdf, 26. siječnja 2013. godine.

20 *Financial Stability Board Principles for Sound Compensation Practices: Implementation Standards*, 2009., dostupno na: https://www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925c.pdf, 26. siječnja 2013.

21 Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 464.-469.

22 *Ibid.*, str. 469.-473.

institucijama, ova se Preporuka primjenjuje zajedno s Preporukom o primicima direktora u uvrštenim dioničkim društvima iz 2004., Preporukom o ulozi članova nadzornih odbora ili neizravnih direktora u uvrštenim dioničkim društvima i o komisijama nadzornog/upravnog odbora iz 2005. godine i Preporukom o režimu primitaka direktora uvrštenih dioničkih društava iz 2009. godine.²³ Radi ostvarivanja tih ciljeva Preporuka se pozabavila pitanjem kreiranja politike primitaka (struktura politike primitaka, mjerila uspješnosti rada članova upravnih organa i ostalog osoblja financijskih institucija te postupak utvrđivanja politike primitaka), objavi podataka o politici primitaka i nadzora nad usklađenošću politike primitaka s Preporukom.

Preporuka određuje da države članice moraju osigurati primjenu načela na sve financijske institucije²⁴ koje imaju registrirano sjedište ili glavnu upravu na području država članica EU-a (točka 1.1. Preporuke).²⁵ Pod pojmom financijske institucije podrazumijeva se svaka institucija, bez obzira na njezin pravni status, reguliran ili ne, koja profesionalno obavlja jednu od sljedećih djelatnosti: a) prima depozite i druga povratna sredstva (banke, štedne banke, stambene štedionice); b) pruža investicijske usluge i/ili obavlja investicijske djelatnosti sukladno Direktivi 2004/39/EZ (investicijska (brokerska) društva); c) obavlja poslove osiguranja i reosiguranja (društva za osiguranje i reosiguranje) ili d) obavlja poslovne djelatnosti slične onima koje su prethodno navedene. Pojam financijske institucije uključuje, ali nije ograničen na kreditne institucije, investicijska društva, društva za osiguranje i reosiguranje, mirovinske fondove i investicijske fondove (točka 2.1. Preporuke). Na ovaj je način Komisija željela obuhvatiti što širi krug financijskih institucija, ne ograničavajući se samo na kreditne institucije i investicijska društva. Time se osigurava jednaki standard poslovanja u svim financijskim institucijama te se sprječava poremećaj natjecanja između različitih vrsta financijskih institucija, a koje se natječu za privlačenje sličnih profila službenika na istom tržištu rada.²⁶

Kada se radi o strukturi politike primitaka direktora u financijskim institucijama, Preporuka određuje da politika primitaka zaposlenika, koji su izloženi rizicima, mora biti u skladu s dobrim i učinkovitim upravljanjem rizicima. U tu svrhu financijske institucije moraju postići primjerenu ravnotežu između fiksnog i varijabilnog dijela primanja za rad. Isplata glavnine varijabilnog dijela primanja

23 Preporuke iz 2004. i 2005. godine imale su za cilj poboljšanje korporativnog upravljanja u području politike primitaka i objave. U okviru Akcijskog plana za financijske usluge usvojene su i određene direktive koje se, između ostalog, bave i problemima preglednosti politike primitaka i *insider-dealing* problematikom (Direktiva o transparentnosti 2004/109/EC, Direktiva o zlorabama tržišta 2003/51/EC, Direktiva o prospektu 2003/71/EC)). Ibid., str. 474.-476.

24 Preporuka koristi pojam „financijsko poduzeće“ (engl. *financial undertaking*).

25 Države članice moraju osigurati da se te Preporuke primjenjuju i na podružnice financijskih institucija koje imaju registrirano sjedište ili glavnu upravu u trećoj državi (inozemne financijske institucije) i koje posluju na području države članice.

26 European Commission, Report on the application by Member States of the EU of the Commission 2009/384/EC Recommendation on remuneration policies in the financial services sector, Bruxelles, 2010., str. 3.

za rad mora biti odgođena, kako bi se uzeli u obzir i rizici koji su povezani s uspješnošću u cjelokupnom poslovnom ciklusu. Kriteriji za mjerenje uspješnosti moraju davati prednost dugoročnoj uspješnosti financijskih institucija i prilagoditi temeljnu uspješnost riziku, troškovima kapitala i likvidnosti. Kada se pokaže da su podatci očito netočni, financijske institucije mogu zahtijevati povrat već isplaćenih varijabilnih oblika primanja za rad (engl. *clawbacks*). Pri upravljanju politikom primitaka, ta politika mora biti interno pregledna, jasna i pravilno dokumentirana te sadržati mjere za izbjegavanje pojave sukoba interesa. Nadzorni/upravni odbor mora biti odgovoran za nadzor nad provedbom politike primitaka za financijsku instituciju kao cjelinu, s primjerenim sudjelovanjem unutarnjeg nadzora i odjela ili stručnjaka za ljudske resurse. Članovi nadzornog/upravnog odbora i drugi zaposlenici, uključeni u kreiranje i provedbu politike primitaka moraju biti nezavisni.

Zainteresirani sudionici moraju biti primjereno upoznati s politikom primitaka. Objava podataka mora biti jasna i lako razumljiva te sadržavati glavne elemente politike primitaka, njenog oblikovanja i provedbe.

Nacionalna nadzorna tijela moraju osigurati, uz upotrebu nadzornih sredstava koja su im na raspolaganju, da financijske institucije u najvećoj mogućoj mjeri koriste načela dobre politike primitaka te da je ta politika u skladu s učinkovitim upravljanjem rizicima. U odnosu na pitanje proporcionalnosti, nadzorna tijela moraju uzeti u obzir prirodu i opseg financijske institucije i složenost njezinih djelatnosti, da bi mogla ocijeniti postupanje financijske institucije u skladu s načelima dobre politike primitaka.²⁷

6. PRIMJENA PREPORUKE O POLITICI PRIMITAKA U SEKTORU FINANCIJSKIH USLUGA U NACIONALNIM PRAVIMA DRŽAVA ČLANICA EU-a

Preporuka je odredila da države članice trebaju poduzeti potrebne mjere radi provedbe načela određenih Preporukom do 31. prosinca 2009. godine te izvijestiti Europsku komisiju o poduzetim mjerama radi usvajanja daljnjih mjera. U lipnju 2010. godine Komisija je objavila svoje izvješće o primjeni Preporuke o politici primitaka u sektoru financijskih usluga u državama članicama EU-a.²⁸

27 European Commission, Financial services sector pay: Commission sets out principles on remuneration of risk-taking staff in financial institutions, Press Release, IP/09/674, Brussel, 29. travnja 2009., <http://europa.eu/>, 15. srpnja 2010., str. 1.-2., Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 476.-478.

28 European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Report on the application by Member States of the EU of the Commission 2009/384/EC Recommendation on remuneration policies in the financial services sector, Bruxelles, 2010.

Izvjeshće je pokazalo da je 16 država članica usvojilo odgovarajuće nacionalne mjere sukladno Preporuci.²⁹ U preostalih 11 država članica nacionalne mjere nisu bile poduzete ili je poduzimanje tih mjera bilo u tijeku.³⁰ U 6 država članica³¹ načela iz Preporuke bila su primijenjena na dodjele bonusa u 2009. godini, dok je u drugim državama članicama primjena tih načela bila predviđena za 2010. godinu.

Izvjeshće je ukazalo na različitu praksu država članica u pogledu primjene načela iz Preporuke na različite financijske institucije koje čine sektor financijskih usluga. Tako je u samo 7 država članica³² primjena načela iz Preporuke određena nacionalnim mjerama za sve financijske institucije.³³

Većina se država članica opredijelila za donošenje pravnog akta nacionalnog regulatornog tijela o primicima članova upravnih i nadzornih organa financijskih institucija. Ti su pravni akti imali karakter preporuka ili obvezujućih podzakonskih akata. U Francuskoj su načela iz Preporuke usvojena donošenjem uredbe Ministarstva financija.³⁴

Ovakvo raznoliko stanje u prihvaćanju Preporuke u nacionalnim zakonodavstvima država članica Europske unije zahtijevalo je odgovarajuću zakonodavnu akciju organa Europske unije, osobito kada se radi o politici primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima, koji su bili najizloženiji financijskoj

29 To su sljedeće države članice: Belgija, Bugarska, Cipar, Njemačka, Španjolska, Francuska, Mađarska, Italija, Letonija, Litva, Luksemburg, Malta, Nizozemska, Rumunjska, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo. Vidi u European Commission, Report on the application by Member States of the EU of the Commission 2009/384/EC Recommendation on remuneration policies in the financial services sector, str. 3.-4.

30 U ovoj je skupini 6 država članica (Češka, Danska, Estonija, Finska, Irska i Portugal) u trenutku sastavljanja Izvjeshća ukazalo da je postupak pripreme ili usvajanja nacionalnih mjera u tijeku. Austrija i Grčka su prigovorile da već imaju određene nacionalne odredbe koje reguliraju primanja članova upravnih i nadzornih organa trgovačkih društava, no te se odredbe odnose na sva trgovačka društva te se ne bave pitanjima koje je uredila Preporuka, kada se radi o financijskim institucijama. Slovačka je procijenila da posebno reguliranje primanja za rad članova upravnih i nadzornih organa i drugih službenika u financijskim institucijama nije potrebno s obzirom na mali značaj financijskih institucija na slovačkom tržištu. Poljska nije našla opravdanje za zakonodavnom intervencijom u materiju određivanja primanja za rad, već je prepustila samim financijskim institucijama da u svoje kodekse korporativnog upravljanja ugrade načela iz Preporuke. Loc. cit.

31 U tu skupinu država spadali su Njemačka, Francuska, Italija, Malta, Nizozemska i Ujedinjeno Kraljevstvo. Loc. cit.

32 To su bile Belgija, Francuska, Mađarska, Litva, Letonija, Nizozemska i Švedska.

33 U 6 država članica su se nacionalne mjere primjenjivale samo na kreditne institucije (Bugarska, Cipar, Španjolska, Italija, Malta i Rumunjska). U Ujedinjenom Kraljevstvu su se nacionalne mjere primjenjivale na kreditne institucije i investicijska društva. U Njemačkoj su se nacionalne mjere primjenjivale na kreditne institucije, osiguravajuća društva i investicijska društva. Luksemburg je primjenjivao nacionalne mjere na sve financijske institucije, izuzev osiguravajućih društava. Ibid., str. 5

34 Nekoliko država članica predviđa da u slučaju, ako financijska institucija ne postupa u skladu sa zahtjevima nacionalnog regulatornog tijela, ono može poduzeti nadzorne mjere (regulatorno tijelo može naložiti korekciju primanja za rad ili zatražiti od institucije kapitalne dodatke (engl. *capital add-ons*)). Ibid., str. 6.

krizi. Europski parlament i Vijeće 2010. godine su donijeli Direktivu o kapitalnim zahtjevima III koja, između ostalog, ima cilj uskladiti nacionalne propise država članica o politici primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima.³⁵

7. DIREKTIVA O KAPITALNIM ZAHTJEVIMA III

Europski parlament i Vijeće su, na prijedlog Komisije, u studenom 2010. godine donijeli Direktivu br. 2010/76/EC o izmjenama Direktiva o kapitalnim zahtjevima za kreditne institucije i investicijska poduzeća br. 2006/48/EC i 2006/49/EC (CRD III). U Aneksu I ove Direktive predviđena je dopuna Aneksa V Direktive br. 2006/48/EC uvođenjem novog odjeljka 11. pod naslovom „Politika primitaka“. Direktiva iz 2010. godine primjenjuje se samo na kreditne institucije i investicijska (brokerska) društva, uz obvezu država članica da usklade svoja nacionalna zakonodavstva do 1. siječnja 2011. godine.

Ona je predvidjela opća pravila kojima zahtijeva da politika primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima mora biti povezana s njihovim dugoročnim interesima te mora osigurati primjereno upravljanje rizicima, kao i posebna pravila o strukturi politike primitaka. Od kreditnih institucija i investicijskih društava zahtijeva se da godišnje objavljuju detaljne podatke o politici primitaka i njezinoj primjeni za one službenike čije profesionalne djelatnosti imaju materijalni utjecaj na profil rizika tih institucija. Sukladno odredbama Direktive o kapitalnim zahtjevima III, Odbor europskih bankovnih nadzornika (*Committee of European Banking Supervisors* (CEBS)) izdao je Smjernice o politici i praksi primitaka u financijskom sektoru,³⁶ kako bi olakšao primjenu odredbi iz Direktive.³⁷

7.1. Područje primjene Direktive

Primanja za rad kreditnih institucija i investicijskih društava obuhvaćaju sve oblike plaćanja ili pogodnosti koje su učinjene izravno ili posredno (u ime i za račun) navedenih institucija, u zamjenu za profesionalne usluge koje pružaju zaposlenici navedenih institucija. Primanja za rad imaju fiksni dio (plaćanja ili pogodnosti neovisno o kriteriju uspješnosti) i varijabilni dio (dodatna plaćanja ili pogodnosti ovisna o kriterijima uspješnosti ili drugim kriterijima određenim ugovorom). Oba sastojka primanja za rad mogu uključivati monetarna plaćanja i

35 Ferrarini, G., Ungureanu, M. C., op. cit., str. 476.-477.

36 CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices (2010), dostupno na EBA: <http://www.eba.europa.eu/Publications/Guidelines.aspx>, 28. siječnja 2013. Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo (*European Banking Authority* (EBA)) osnovano je Uredbom Europskog parlamenta i Vijeća br. 1093/2010/EC 24. studenog 2010. godine. EBA je otpočela s radom 1. siječnja 2011. godine te je preuzela sve zadaće i odgovornosti CEBS-a.

37 Ibid., str. 477., Okoń, Szymon, *New Approach to Remuneration Policy for Investment Firms: a Polish Capital Market Perspective*, *Contemporary Economics*, Vol. 6., No. 1/2012., str. 72.-73., Avgouleas, E., Cullen, J., op. cit., str. 13.-14.

pogodnosti³⁸ ili nemonetarne pogodnosti.³⁹ Pomoćna plaćanja i pogodnosti koja su dio opće, nediskrecijske politike institucije i nemaju poticajne učinke u pogledu preuzimanja rizika mogu biti isključena iz definicije primanja za rad pri primjeni Direktive o kapitalnim zahtjevima III.⁴⁰

Odredbe Direktive primjenjuju se na kreditne institucije koje su određene čl. 4(1) Direktive 2006/48/EC⁴¹ i investicijska (brokerska) društva koja su određena čl. 3(1) Direktive 2006/49/EC, a koja upućuje na čl. 4(1)(1) Direktive 2004/39/EC o tržištima financijskim instrumentima (MiFID Direktiva).⁴²

Navedene institucije imaju odgovornost odrediti zaposlenike čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije i na koje se primjenjuju odredbe Direktive. U tu kategoriju spadaju: a) članovi upravnih organa kreditnih institucija i investicijskih društava;⁴³ b) više rukovodstvo odgovorno za svakodnevno upravljanje;⁴⁴ c) zaposlenici odgovorni za obavljanje neovisnih kontrolnih funkcija⁴⁵ i d) ostali preuzimatelji rizika.⁴⁶ Odredbe Direktive primjenjuju se i na ostale zaposlenike ili osobe koje imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije, čija ih ukupna primanja za rad svrstavaju u isti rang primanja za rad kao i više rukovodstvo i preuzimatelje rizika.⁴⁷

Odredbe Direktive primjenjuju se i na povezana društva koja čine kreditne institucije, društvo-majku i društva-kćeri koja su osnovana na području Europskoga

38 To su primjerice gotovinske isplate (plaća, bonusi), dionice, opcije, brisanje zajmova odobrenih osoblju po prestanku službe, mirovinski doprinosi, primanja koja isplaćuju treće osobe.

39 To su primjerice zdravstveno osiguranje, popusti, neoporezive pogodnosti, naknada troškova korištenja automobila, mobilnog telefona i sl.

40 Aneks V Odjeljak 11. točka 23 Direktive 2006/48/EC, CEBS, Guidelines on Remuneration Policies and Practices (2010), str. 13.-14.

41 Pod kreditnom institucijom se podrazumijeva: a) pravna osoba čija je djelatnost primanje depozita ili drugih povratnih sredstava od javnosti i odobravanje kredita za svoj račun ili b) pravna osoba čija je djelatnost izdavanje sredstva plaćanja u obliku elektroničkog novca (institucija za elektronički novac) u smislu Direktive 2000/46/EC.

42 Investicijsko društvo je pravna osoba čija je redovita djelatnost pružanje jedne ili više investicijskih usluga trećima i/ili obavljanje jedne ili više investicijskih aktivnosti na profesionalnoj osnovi. Institucije na koje se primjenjuju izuzeci predviđeni u člancima 2. i 3. MiFID Direktive ne smatraju je investicijskim društvima te se na njih ne primjenjuju odredbe Direktive o kapitalnim zahtjevima III. Ibid., str. 14.-15.

43 U tu skupinu spadaju članovi uprave i predsjednik uprave, glavni izvršni direktor i ostali izvršni direktori, kao i članovi upravnog odbora koji su istodobno i izvršni direktori.

44 Tu spadaju članovi odbora koji djeluju pri upravnim organima, a nisu uključeni u prethodnu kategoriju; svi pojedinci koji izravno izvješćuju upravne organe institucije; svi pojedinci koji su odgovorni za rukovođenje značajnim poslovnim aktivnostima (uključujući one odgovorne za rukovođenje regionalnim poslovnim aktivnostima).

45 Viši rukovoditelji zaduženi za nadzor nad usklađenošću poslovanja, upravljanje rizicima, ljudske resurse, unutarnju reviziju i slične funkcije.

46 Zaposlenici čije profesionalne djelatnosti mogu imati utjecaj na profil rizika institucija, uključujući osobe koje imaju ovlast sklapati ugovore i donositi odluke koje utječu na rizike institucije (pojedinačni brokeri, kreditni službenici, odjeli za trgovanje).

47 Aneks V Odjeljak 11. točka 23 Direktive 2006/48/EC, ibid., str. 15.-17.

gospodarskog prostora, ali i na društva-kćeri koja su osnovana izvan Europskoga gospodarskog prostora (tzv. offshore društva-kćeri).⁴⁸

7.2. Načelo razmjernosti u primjeni Direktive

Svrha načela razmjernosti je kreiranje politike primitaka u skladu s pojedinačnim profilom rizika i strategije svake institucije na koju se primjenjuju odredbe Direktive.⁴⁹ Time se osigurava učinkovito ostvarenje ciljeva Direktive. Ovo se načelo primjenjuje i na opće i na posebne zahtjeve u pogledu politike primitaka. Učinak primjene načela razmjernosti očituje se u tome da će neke institucije morati primjenjivati sofisticiraniju politiku primitaka, kako bi zadovoljile zahtjeve Direktive, a neke će te zahtjeve ostvarivati na jednostavniji i lakši način. Pritom je prvenstveno zadaća samih institucija da ocijene svoju prirodu i moguću primjenu načela razmjernosti u kreiranju i ostvarenju politike primitaka, a nacionalna nadzorna tijela imaju zadaću primijeniti to načelo pri nadziranju politike primitaka.⁵⁰

Načelo razmjernosti osobito dolazi do izražaja u podjeli kreditnih institucija i investicijskih društava na velike (značajne) i male institucije. Kriteriji koji se uzimaju u obzir pri ocjeni primjene načela razmjernosti jesu veličina, unutarnja organizacija te priroda, područje i složenost djelatnosti institucije.⁵¹ U ocjeni se

48 Ako se radi o društvu-kćeri osnovanom na području Europskoga gospodarskog prostora, a društvo-majka je osnovano izvan tog područja, odredbe Direktive se primjenjuju samo na društvo-kćer. Odredbe Direktive se primjenjuju i na podružnice kreditnih institucija osnovanih u trećim državama, a koje djeluju na području Europskoga gospodarskog prostora. Vidi u Aneks V Odjeljak 11. točka 23 (t) Direktive 2006/48/EC, *ibid.*, str. 22.-23.

49 Aneks V Odjeljak 11. točka 23 Direktive 2006/48/EC.

50 Primjenom načela razmjernosti moguće je isključiti primjenu određenih odredbi Direktive o politici primitaka u kreditnim institucijama u postupku isplate varijabilnih primanja za rad (dodjela varijabilnih primanja za rad u obliku financijskih instrumenata, obveza zadržavanja dodijeljenih financijskih instrumenata, odgoda isplate varijabilnih primanja za rad, naknadna prilagodba varijabilnih primanja za rad izmijenjenim rizicima (sustav malusa, zahtjevi za povrat isplaćenih iznosa varijabilnih primanja za rad). Primjena ovih odredbi može se neutralizirati ili primjenom načela razmjernosti između kreditnih institucija ili primjenom načela razmjernosti između kategorija zaposlenika čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije. Primjenom načela razmjernosti moguće je isključiti i obvezu o osnivanju komisije za primitke u malim kreditnim institucijama. *Ibid.*, str. 17.-20.

51 Kriterij veličine institucije određuje se uzimajući u obzir: vrijednost imovine; obveze i izloženost rizicima; razina kapitala kao i broj zaposlenika ili podružnica. Kriterij unutarnje organizacije odnosi se na: pravnu strukturu; uvrštenje na uređeno tržište kapitala; ovlast na uporabu unutarnjih metoda za mjerenje kapitalnih zahtjeva (npr. IRB, AMA metode), kao i ciljeve institucije (npr. neprofitno orijentirane zadruge i profitno orijentirane institucije). Kada se radi o kriteriju prirode, područja i složenosti poslovnih djelatnosti uzimaju se u obzir: tip odobrenih djelatnosti (štedne banke, investicijsko bankarstvo); vrste klijenata (fizičke osobe, trgovačka društva, mali gospodarstvenici); udio rizičnih djelatnosti i klijenata u odnosu na ukupne aktivnosti i klijente; tuzemna ili međunarodna priroda poslovnih djelatnosti; priroda, stabilnost, mjerljivost i predvidivost rizika poslovnih djelatnosti; složenost financijskih proizvoda ili ugovora. *Ibid.*, str. 20.-21.

moraju u obzir uzeti svi navedeni kriteriji, a prema potrebi i ostali kriteriji koji nisu navedeni u Direktivi.

Ovo se načelo primjenjuje i pri utvrđivanju kategorija zaposlenika čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije i na koje se primjenjuju odredbe Direktive.⁵²

7.3. Položaj i odnos organa kreditne institucije u postupku kreiranja, provedbe i nadzora politike primitaka (korporativno upravljanje politikom primitaka)

Nadzorni odbor, odnosno upravni odbor kreditne institucije nadležni su za usvajanje, provedbu i nadzor politike primitaka članova uprave i izvršnih direktora kreditne institucije.⁵³ Ti nadzorni organi moraju u svoj rad uključiti i neizvršne članove koji imaju dovoljno znanja o politici primitaka i njihovoj strukturi.⁵⁴ Pri ostvarenju nadzora nad provedbom politike primitaka, nadzorni organi odlučuju i o eventualnim naknadnim izmjenama politike primitaka te razmatraju njihove posljedice. Postupak određivanja primanja mora biti jasan, dokumentiran i pregledan unutar kreditne institucije. Pri kreiranju i nadzoru nad politikom primitaka, nadzorni organi moraju u obzir uzeti sve elemente koji utječu na visinu i strukturu primanja za rad.⁵⁵ Moraju osigurati da je politika primitaka sukladna i da promiče razborito i učinkovito upravljanje rizicima. Članovi uprave i izvršni direktori ne smiju samostalno određivati svoja primanja za rad. Nadzorni organi odobravaju i nadziru primanja višeg rukovodstva i zaposlenika koji dobivaju najviše iznose u odnosu na ukupna primanja u kreditnoj instituciji. Radi sprječavanja sukoba interesa preporuča se da nagrade za rad članova nadzornih organa budu određene samo u fiksnom obliku.⁵⁶

U postupak odobrenja politike primitaka i odlučivanje o primanjima za rad članova uprave i izvršnim direktorima, uključuje se i glavna skupština kreditne institucije, ovisno o nacionalnim propisima država. Odluka glavne skupštine

52 Uz kriterije veličine, unutarnje organizacije te prirode, područja i složenosti djelatnosti institucije, u obzir se uzima i pozicija zaposlenika u hijerarhiji, veličina poslova koje može poduzimati preuzimatelj rizika u ime i za račun institucije, veličina skupine osoba koje mogu samo skupno značajno utjecati na profil rizika institucije, oblici primanja koja se isplaćuju zaposlenicima, omjer varijabilnih i fiksnih primanja i/ili njihova kombinacija s ukupnim iznosom primanja. Ibid., str. 21.

53 Ako su za izvršne direktore imenovani neki od članova upravnog odbora, oni ne mogu sudjelovati u odlučivanju o usvajanju i provedbi politike primitaka.

54 Aneks V Odjeljak 11. točka 23 (b), (c) i (d) Direktive 2006/48/EC.

55 Elementi koji se uzimaju u obzir jesu ovlasti, zadaće, stručnost i odgovornost članova uprave, odnosno izvršnih direktora, ali i upravljanje rizicima, usklađenost politike primitaka, upravljanje ljudskim resursima, strateško planiranje i sl.

56 Treba izbjegavati varijabilne oblike nagrada za rad, a ako se oni primjenjuju, trebaju biti isključivo vezani uz nadzorne zadatke te odražavati pojedinačne sposobnosti i postignute rezultate. Kada se dodjeljuju dionice ili opcije, potrebno je predvidjeti razdoblje njihovog zadržavanja do isteka mandata članova nadzornih organa.

može biti savjetodavna ili obvezujuća, a dioničarima se mora osigurati primjerena obaviještenost radi donošenja odluke. Nadzorni organi i dalje ostaju nadležni za podnošenje prijedloga odluke glavne skupštine, kao i za provedbu i nadzor politike primitaka.

Nadzorni organi dužni su osigurati ispitivanje provedbe politike primitaka najmanje jednom godišnje. Time se ocjenjuje provodi li se utvrđena politika primitaka kako je bilo namjeravano i je li usklađena s nacionalnim i međunarodnim pravilima, načelima i standardima. U taj postupak moraju biti uključeni sustavi unutarnjeg nadzora, kao i posebne komisije koje djeluju kao pomoćna tijela pri nadzornim organima. Manje kreditne institucije postupak ispitivanja politike primitaka mogu povjeriti i vanjskim institucijama, sukladno načelu razmjernosti. Rezultati ispitivanja politike primitaka moraju se učiniti dostupnima odgovarajućim organima i komisijama kreditne institucije.⁵⁷

Značajne kreditne institucije trebaju osnovati komisiju za primitke, kao pomoćno tijelo nadzornog organa. Komisija za primitke mora biti ustanovljena na način koji omogućava provedbu stručne i neovisne prosudbe politike i prakse primitaka te utjecaja primitaka na upravljanje rizicima, kapitalom i likvidnošću. Članovi komisije za primitke moraju biti članovi nadzornog organa kreditne institucije, koji nemaju izvršnih ovlasti, pri čemu većina članova moraju biti neovisni o kreditnoj instituciji. Predsjednik komisije treba biti neovisni neizvršni član nadzornog organa. Najmanje jedan član komisije treba imati potrebna znanja i profesionalno iskustvo u svezi s upravljanjem rizicima i nadzornim djelatnostima, osobito u pogledu mehanizama za povezivanje strukture primanja za rad s profilom rizika i kapitala kreditne institucije. U svojem radu komisija se koristi i savjetodavnim uslugama unutarnjih i vanjskih stručnjaka, a na njezinim sjednicama ne smiju prisustvovati članovi uprave ili izvršni direktori o čijim primanjima odlučuje. Komisija za primitke odgovorna je za pripremanje odluka u svezi s primanjima, uključujući i one odluke koje utječu na rizike i upravljanje rizicima kreditne institucije, a koje donosi nadzorni organ institucije.⁵⁸ U pripremanju tih odluka komisija mora voditi računa o dugoročnim interesima dioničara, ulagatelja i drugih zainteresiranih osoba u kreditnoj instituciji.⁵⁹

⁵⁷ Ibid., str. 28.-31.

⁵⁸ Ovlasti komisije za primitke su: a) pripremanje preporuka nadzornom organu o primanjima za rad članova uprave/izvršnih direktora, kao i najviše plaćenih zaposlenika institucije; b) pružanje podrške i savjetovanje nadzornog organa u kreiranju ukupne politike primitaka; c) traženje savjeta od unutarnjih i vanjskih stručnjaka; d) preispitivanje imenovanja vanjskih stručnjaka za primitke, koje angažira nadzorni organ; e) pružanje podrške nadzornom organu u nadzoru nad kreiranjem i provedbom sustava primitaka; f) procjena usvojenih mehanizama koji trebaju osigurati da sustav primitaka uzima u obzir sve vrste rizika, likvidnost i kapitalne razine te osigurava da je ukupna politika primitaka usklađena s dugoročnim i razumnim upravljanjem kreditnom institucijom; g) ispituje moguće situacije kako će sustav primitaka reagirati na buduće unutarnje i vanjske događaje. Komisija može biti zadužena i za nadgledanje središnje i neovisne revizije politike i prakse primitaka.

⁵⁹ Aneks V Odjeljak 11. točka 24 Direktive 2006/48/EC. Ibid., str. 31.-33.

Zaposlenici koji obavljaju kontrolne funkcije moraju biti neovisni o poslovnim jedinicama koje nadziru te moraju imati primjereni autoritet. Oni dobivaju primanja za rad sukladno ostvarenim ciljevima koji su povezani s njihovim funkcijama, neovisno o uspješnosti poslovnih područja koje nadziru.⁶⁰ Primitke viših službenika, koji obavljaju funkcije upravljanja rizicima i ostvarivanja usklađenosti s pravnim aktima, neposredno nadzire komisija za primitke, odnosno ako ona nije osnovana nadzorni organ kreditne institucije.⁶¹ Na taj se način osigurava neovisnost zaposlenika koji su uključeni u obavljanje kontrolnih funkcija, upravljanje rizicima i ostvarivanje usklađenosti od kreditne institucije.

7.4. Opći zahtjevi o politici primitaka

7.4.1. Temeljna načela o vezivanju politike primitaka s rizicima

Opće zahtjeve o politici primitaka moraju primjenjivati sve kreditne institucije na sve zaposlenike. Primjenom tih zahtjeva osigurava se vezanost primanja za rad s primjerenim preuzimanjem rizika u poslovanju. Politika primitaka mora biti usklađena s prikladnim i učinkovitim upravljanjem rizicima te mora promicati takvo upravljanje rizicima. Ona ne smije poticati preuzimanje rizika koji bi prelazili razinu prihvatljivog rizika za kreditnu instituciju.⁶² Politika primitaka mora biti u skladu s poslovnom strategijom, ciljevima, vrijednostima i dugoročnim interesima kreditne institucije te mora uključivati mjere za sprječavanje sukoba interesa.⁶³ Uzimajući u obzir ove zahtjeve kreditne institucije imaju obvezu izraditi i provesti takvu politiku primitaka, a osobito odrediti primjereni omjer varijabilnog i fiksnog oblika primanja za rad, kriterije za mjerenje uspješnosti, strukturu primanja za rad, kao i mehanizme za moguća naknadna usklađivanja varijabilnog dijela primanja za rad s rizicima.

Pri utvrđivanju politike primitaka kreditna institucija mora voditi računa o tomu kako primanja za rad doprinose sprječavanju prekomjernog preuzimanja rizika te usklađenosti politike primitaka s učinkovitim upravljanjem rizicima.⁶⁴ Drugi kriterij koji mora uzeti u obzir kreditna institucija jest kako su primanja za

60 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(e) Direktive 2006/48/EC.

61 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(f) Direktive 2006/48/EC.

62 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(a) Direktive 2006/48/EC.

63 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(b) Direktive 2006/48/EC.

64 Primanja za rad utječu na ponašanje pojedinaca. Varijabilna primanja za rad mogu poticati zaposlenike na preuzimanje nepoželjnih ili neodgovornih rizika, u nadi da će ostvariti veći povrat ili dobit te na taj način povećati svoj varijabilni dio primanja za rad. Također, zaposlenici mogu manipulirati s podacima o poslovanju kako bi „uljepšali“ svoju uspješnost u poslovanju, o kojoj ovisi iznos varijabilnih primanja za rad (npr. isplate varijabilnih primanja za rad bez odgode, neprimjena mehanizama za povrat već isplaćenih varijabilnih primanja u slučaju naknadnog saznanja za isplatu na temelju očitih pogrešnih podataka (engl. *clawbacks*), isplata varijabilnih primanja za rad na temelju ostvarenih tekućih godišnjih prihoda). Ibid., str. 38.-39.

rad uključena u planiranje kapitala i likvidnosti te doprinose li očuvanju primjerene kapitalne osnove kreditne institucije.⁶⁵

Mirovinska politika također mora biti usklađena s poslovnom strategijom, ciljevima, vrijednostima i dugoročnim interesima kreditne institucije. Ako zaposlenik napusti kreditnu instituciju prije umirovljenja, kreditna institucija čuva diskrecijske mirovinske pogodnosti u razdoblju od 5 godina u obliku dionica, ekvivalentnim vlasničkim instrumentima ili drugim instrumentima koji na odgovarajući način odražavaju kreditnu kvalitetu institucije. Ako zaposlenik ostvari uvjete za umirovljenje, diskrecijske mirovinske pogodnosti isplaćuju se u navedenim oblicima instrumenata, uz obvezu njihovog zadržavanja u razdoblju od 5 godina.⁶⁶

7.4.2. *Opće zabrane u politici primitaka*

Direktiva predviđa i određene zabrane u kreiranju politike primitaka. One se odnose na isplatu zajamčenih varijabilnih primanja za rad, otpremnina te upotrebe osobnih strategija osiguranja od rizika ili osiguranja u svezi s primanjima i odgovornosti.

Kada se radi o zajamčenim varijabilnim primanjima za rad, oni predstavljaju iznimku te se mogu primjenjivati samo u slučaju zapošljavanja novih zaposlenika i ograničeni su na prvu godinu zaposlenja.⁶⁷

Isplate koje su povezane s prijevremenim prestankom ugovora o radu, odnosno službi (otpremnine)⁶⁸ moraju odražavati postignutu uspješnost u određenom razdoblju i moraju biti tako kreirane da ne nagrađuju neuspješnost.⁶⁹ Time se

65 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(i) Direktive 2006/48/EC. Kreditne institucije moraju uključiti utjecaj razine isplate varijabilnih primanja za rad u svoje planiranje kapitala i ukupni postupak procjene kapitala, uzimajući u obzir njihovo postojeće kapitalno stanje. Ukupni iznos varijabilnih primanja za rad koje je dodijelila kreditna institucija ne smije ograničiti sposobnost institucije da održi ili uspostavi primjerenu kapitalnu osnovu u dugoročnom razdoblju te osigura kapitalnu osnovu u skladu s interesima depozitara, ulagatelja i drugih dionika. Primanja za rad predstavljaju trošak za kreditnu instituciju, budući da njihova isplata utječe na njihovu kapitalnu osnovu. Ibid., str. 39.-40.

66 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(r) Direktive 2006/48/EC.

67 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(j) Direktive 2006/48/EC. Zajamčena varijabilna primanja za rad pojavljuju se u različitim oblicima (npr. zajamčeni bonusi, bonusi dobrodošlice, minimalni bonusi i sl.) pri čemu se dodjeljuju u novčanom obliku ili u dionicama ili drugim instrumentima. Ovo ograničenje onemogućava kreditnim institucijama odobrenje višegodišnjih zajamčenih varijabilnih primanja za rad, npr. u razdoblju od dvije ili tri godine. Ibid., str. 41.

68 Engl. *golden parachutes*.

69 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(m) Direktive 2006/48/EC. Ova zabrana ne isključuje isplatu otpremnina u slučaju prijevremenog prestanka ugovora zbog promjena u strategiji institucije, statusnih promjena i postupaka preuzimanja dioničkih društava. Otpremnine se mogu isplaćivati ovisno o trajanju otkaznog roka, postojanju naknade za gubitak službe/posla, a moguće je u ugovor o službi/radu ugovoriti i zabranu konkurencije nakon prestanka ugovora. Ibid., str. 41.-42.

spriječava isplata otpremnina u slučaju neuspješnog poslovanja određenog zaposlenika, budući da takva praksa potiče zaposlenike na prekomjerno rizično poslovanje, uz jamstvo da će uvijek ostvariti korist.

U određenim slučajevima moguće je naknadno sniženje iznosa dodijeljenih varijabilnih primanja za rad zaposlenima.⁷⁰ Učinkovitost vezivanja politike primitaka uz rizike značajno se smanjuje ako zaposlenici imaju mogućnost prenijeti rizik smanjenja varijabilnih primanja na neku treću osobu uz pomoć osobnih strategija osiguranja od rizika ili osiguranja u svezi s primanjima i odgovornosti. Zbog toga se zaposlenicima zabranjuje sklapanje takvih ugovora o osiguranju, koji se primjenjuju i na odođene i na zadržane varijabilne oblike primanja za rad.⁷¹

7.5. Specifični zahtjevi o politici primitaka

7.5.1. Odnos fiksnih oblika i varijabilnih oblika primanja za rad

Fiksni i varijabilni oblici ukupnih primanja za rad moraju biti primjereno uravnoteženi te udio fiksnog dijela primanja za rad mora biti dovoljno visok u ukupnom iznosu primanja za rad. To omogućava provedbu potpuno fleksibilne politike o varijabilnom dijelu primanja za rad, uključujući i mogućnost da se uopće ne isplaćuje varijabilni dio primanja za rad.⁷² Na taj način se omogućava ne samo smanjenje varijabilnog dijela primanja za rad u slučaju neostvarivanja mjerila uspješnosti, već i potpunu neisplatu tog oblika primanja za rad. S druge strane, fiksni dio primanja za rad mora biti dovoljno visok kako bi se zaposlenicima platio njihov rad u skladu s njihovim stupnjem obrazovanja, hijerarhijskom položaju, stručnosti i vještinama, radnom iskustvu u okviru određenog poslovnog sektora ili regije. Ovom se odredbom ne utvrđuje iznos fiksnih primanja za rad, budući da je on predmet pregovaranja između pojedinog zaposlenika i institucije. Ipak, na pojedinačni iznos fiksnog oblika primanja za rad posredno utječe načelo vezivanja primanja s rizicima te zahtjev da primanja za rad budu uključena u planiranje kapitala i likvidnosti te da doprinose očuvanju primjerene kapitalne osnove kreditne institucije.⁷³

Svaka kreditna institucija utvrđuje primjereni omjer između fiksnog i varijabilnog dijela ukupnih primanja za rad. Varijabilni oblici primanja za rad potiču zaposlenike da ostvaruju ciljeve i interese institucije te im omogućava da sudjeluju u njezinom poslovnom uspjehu. Ona promiče i ostvarenje interesa dioničara i ostalih dionika. Varijabilna primanja za rad povezana uz uspješnost doprinose podjeli rizika i promiču primjereno i sigurno poslovanje, uz uvjet primjerenog omjera s

70 Npr. ako je ugovorena primjena malusa pri isplati varijabilnih primanja ili ako se smanji vrijednost dionica, ekvivalentnih vlasničkih instrumenata ili drugih instrumenata koji odražavaju kreditnu kvalitetu institucije.

71 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(s) Direktive 2006/48/EC. S druge strane, dopušteno je sklapanje ugovora o osiguranju radi pokrića osobnih plaćanja zdravstvenog osiguranja ili otplata kredita osiguranih založnim pravom. Ibid., str. 42.-44.

72 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(l) Direktive 2006/48/EC.

73 Ibid., str. 44.-45.

fiksni primanjima za rad. Što je viši udio varijabilnih primanja u odnosu na fiksna primanja za rad, to je i veći poticaj zaposlenicima da ostvare traženu uspješnost, ali su veći i rizici koji se mogu pojaviti u poslovanju. Ako je udio fiksnih primanja za rad prenizak u odnosu na varijabilna primanja za rad, nastaju poteškoće za kreditnu instituciju u slučaju potrebe sniženja ili ukidanja varijabilnih primanja u lošim poslovnim godinama. Stoga je potrebno uspostaviti primjerenu ravnotežu između fiksnog i varijabilnog oblika primanja u ukupnom iznosu primanja za rad.⁷⁴

Kreditna institucija mora u svojoj politici primitaka izričito odrediti najviši udio varijabilnih primanja u odnosu na fiksna primanja za rad. Taj najviši udio varijabilnih primanja za rad institucija mora odrediti za različite kategorije zaposlenika čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije. Konkretna omjer fiksnih i varijabilnih odlika primanja za rad ovise o: a) kvaliteti mjerenja uspješnosti i sustavu prilagodbe primanja rizicima; b) duljini razdoblja odgode i zadržavanja primanja; c) pravnoj strukturi institucije i vrstama i području njezinih djelatnosti; d) vrstama rizika kojima je izložena institucija u poslovanju; e) kategorijama zaposlenika⁷⁵ te f) razini zaposlenika u organizacijskoj strukturi i odgovornostima koje ima na svojem radnom mjestu.⁷⁶

7.5.2. Vezivanje varijabilnih primanja uz rizike

Kako bi se ograničilo pretjerano preuzimanje rizika, varijabilna primanja moraju biti ovisna o uspješnosti i podložna izmjenama zbog promjena rizika. Vezivanje primanja uz rizike ostvaruje se u postupku mjerenja uspješnosti i rizika, postupku dodjeljivanja i postupku isplate primanja za rad.

Ako primanja za rad ovise o kriterijima uspješnosti, ukupni iznos varijabilnih primanja za rad temelji se na kombinaciji ocjene uspješnosti pojedinca i predmetne poslovne jedinice te ukupnih rezultata kreditne institucije. Pri ocjeni uspješnosti pojedinca uzimaju se u obzir i financijski i nefinancijski pokazatelji.⁷⁷

Ocjena uspješnosti postavljena je u višegodišnji okvir, kako bi se osiguralo da se postupak ocjene temelji na dugoročnoj uspješnosti. Postupak isplate varijabilnih primanja za rad razdjeljuje se kroz razdoblje koje uzima u obzir osnovni poslovni ciklus kreditne institucije i njezine poslovne rizike.⁷⁸

74 Ibid., str. 45.

75 Zaposlenici koji obavljaju kontrolne funkcije moraju imati niži udio varijabilnih oblika u odnosu na fiksne oblike primanja za rad.

76 Ibid., str. 46.-47.

77 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(g) Direktive 2006/48/EC. Financijski (kvantitativni) pokazatelji odnose se na iznos kapitala koji je potreban za stvaranje prihoda, dok se nefinancijski (kvalitativni) pokazatelji odnose na postizanje strateških ciljeva, zadovoljstvo potrošača, poštivanje politike upravljanja rizicima, usklađenost s unutarnjim i vanjskim pravilima, kreativnost, timski rad, motivacija i suradnja s drugim poslovnim jedinicama i sl. Ibid. str. 52.-53.

78 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(h) Direktive 2006/48/EC. Dio varijabilnih primanja isplaćuje se neposredno nakon dodjele i njime se nagrađuje uspješan rad zaposlenika u proteklom razdoblju (kratkoročna varijabilna primanja), a dio varijabilnih primanja koji je odgođen

Mjerenje uspješnosti, koja je podloga za izračun varijabilnog dijela primanja za rad ili skupina varijabilnog dijela primanja za rad, uključuje prilagodbe za sve vrste trenutnih i budućih rizika te uzima u obzir troškove kapitala i potrebnu likvidnost. Raspoređivanje varijabilnih oblika primanja za rad u okviru kreditne institucije uzima u obzir i sve vrste trenutnih i budućih rizika.⁷⁹ Na taj način se omogućava izmjena politike primitaka i u etapi mjerenja uspješnosti i u etapi dodjele varijabilnih primanja za rad, sukladno promijenjenim rizicima poslovanja. Varijabilna primanja za rad, uključujući i odgođeni dio tih primanja isplaćuju se ili dospijevaju na isplatu samo ako su održiva uzimajući u obzir financijsko stanje kreditne institucije kao cjeline i ako su opravdana s obzirom na uspješnost institucije, poslovne jedinice i konkretnog pojedinca.⁸⁰

7.5.3. Isplata varijabilnih primanja za rad

Već je ranije navedeno da se isplata varijabilnih primanja za rad ostvaruje u obrocima u određenom vremenskom razdoblju. Pritom se razlikuju kratkoročna i dugoročna varijabilna primanja za rad. Dugoročna varijabilna primanja za rad odlikuje postojanje roka odgode za njihovu isplatu, čime se omogućava naknadna prilagodba politike primitaka izmijenjenim rizicima. Time se dodatno osigurava vezanost varijabilnih primanja uz rizike poslovanja. U tu svrhu Direktiva određuje i najniži iznos varijabilnih primanja za rad čija je isplata odgođena, kao i rok odgode. Znatan dio, a u svakom slučaju najmanje 40% varijabilnih primanja za rad odgađa se za razdoblje koje nije kraće od 3 do 5 godina, te se primjereno usklađuje s prirodom poslovanja, njegovim rizicima i djelatnostima predmetnog zaposlenika.⁸¹ Ona varijabilna primanja za koja vrijedi odgoda, dospijevaju na isplatu u skladu s načelom razmjernosti.⁸² Ako je iznos varijabilnih primanja za rad izrazito visok, najmanje 60% iznosa se odgađa. Duljina roka odgode određuje se u skladu s poslovnim ciklusom, prirodom poslovanja, njegovim rizicima i djelatnostima predmetnog zaposlenika.⁸³

isplaćuje se tijekom ili po isteku razdoblja odgode (dugoročna varijabilna primanja). Na taj način se zaposlenici nagrađuju za održivost uspješnosti poslovanja u dužem razdoblju, koja je rezultat ranijih poslovnih odluka. Ibid., str. 49.

79 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(n) Direktive 2006/48/EC.

80 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(q) Direktive 2006/48/EC. Ibid., str. 56.-59.

81 Rok odgode otpočinje po isplati kratkoročnog dijela varijabilnih primanja za rad, a prestaje po dospijecu posljednjeg varijabilnog primanja za rad. Duljina roka odgode ovisi o utjecaju zaposlenika na profil rizika kreditne institucije, njegovim ovlastima i odgovornosti te očekivanim fluktuacijama u gospodarskim aktivnostima kreditne institucije. Za članove uprave i izvršne direktore kreditna institucija treba predvidjeti dulje rokove odgode.

82 Dospijeće isplate odgođenog dijela varijabilnih primanja za rad po načelu razmjernosti znači da ako je rok odgode 3 godine, na kraju prve, druge i treće godine dospijeva na isplatu 1/3 odgođenog iznosa varijabilnog primanja, pri čemu je početak roka odgode dan kada je isplaćen kratkoročni dio varijabilnog primanja, uz uvjet obavljanja mjerenja uspješnosti. Dospijeće isplate odgođenih dijelova varijabilnih primanja za rad ne smije biti kraće od jedne godine, čime se osigurava primjerena procjena rizika i eventualna potreba prilagodbe primanja za rad.

83 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(p) Direktive 2006/48/EC. Ibid., str. 59.-61.

Direktiva određuje i oblike u kojima se isplaćuju varijabilna primanja za rad. Varijabilna primanja za rad mogu se isplaćivati u novcu ili dionicama i ostalim financijskim instrumentima. Dodjeljivanjem dionica i ostalih financijskih instrumenata zaposlenicima vezuju se njihovi interesi s interesima dioničara, čime se potiče da svojim djelovanjem povećavaju vrijednost kreditne institucije, a time i vrijednost financijskih instrumenata. Pri tomu je potrebno kombinirati varijabilna primanja u obliku gotovinskih isplata i financijskih instrumenata. U tu svrhu Direktiva određuje da znatan dio, a u svakom slučaju najmanje 50% ukupnih varijabilnih primanja za rad mora biti sastavljen u primjerenom omjeru: a) od redovnih dionica ili ekvivalentnih vlasničkih instrumenata,⁸⁴ ovisno o pravnom obliku kreditne institucije, odnosno instrumenata povezanih s dionicama ili ekvivalentnih negotovinskih instrumenata u slučaju neuvrštenih kreditnih institucija⁸⁵ i b) ako je to primjereno, drugih instrumenata koji na odgovarajući način odražavaju kreditnu kvalitetu institucije.⁸⁶ Za ove financijske instrumente primjenjuje se primjerena politika zadržavanja,⁸⁷ čija je svrha usklađivanje poticaja zaposlenika s dugoročnim interesima kreditne institucije.⁸⁸

84 Za kreditne institucije osnovane u pravnom obliku dioničkih društava ti su instrumenti dionice ili financijski instrumenti povezani s dionicama, čija se vrijednost određuje prema tržišnoj vrijednosti dionica (npr. prava na porast vrijednosti dionica (engl. *stock appreciation rights* (SAR), sintetičke dionice (opcije)). Ibid., str. 63. SAR predstavlja pravo, koje se uobičajeno dodjeljuje zaposlenicima, na isplatu bonusa koji je jednak porastu tržišne vrijednosti dionice kroz određeno vremensko razdoblje. Ono se razlikuje od opcija za stjecanje dionica po tomu što zaposlenik ne mora platiti izvršnu cijenu (*exercise price*), već samo dobiva iznos povećanja tržišne cijene dionice u novcu ili dionicama. Dostupno na: <http://www.investopedia.com/terms/s/sar.asp#ixzz2JXw09Ikr>, 31. siječnja 2013.

85 Za kreditne institucije koje nisu osnovane u pravnom obliku dioničkog društva, kao i za neuvršteno kreditne institucije financijski instrumenti povezani s dionicama nisu pogodni, bilo zbog njihovog pravnog oblika, bilo zbog poteškoća u određivanju cijene dionice, budući da ona nije uvrštena na uređeno tržište. Stoga one koriste ekvivalentne negotovinske instrumente, čiju vrijednost određuje treća osoba, a ne tržište vrijednosnih papira. U takvim slučajevima je osobito važna ispravna procjena vrijednosti kreditne institucije koja mora biti obavljena u trenutku dodjeljivanja instrumenta, a prije dospijeca i prije proteka roka zadržavanja tog instrumenta. Loc. cit.

86 Hibridni financijski instrumenti su primjerice zamjenjive obveznice i povlaštene dionice. Ibid., str. 63.-64.

87 Razdoblje zadržavanja varijabilnih primanja za rad koja se daju u obliku financijskih instrumenata određuje kreditna institucija uzimajući u obzir: a) duljinu razdoblja procjene, b) duljinu roka odgode, c) utjecaj zaposlenika na profil rizika kreditne institucije, d) preciznost prilagodbe rizicima pri mjerenju uspješnosti i utvrđivanju primanja za rad, e) vrijeme potrebno da se određeni relevantni rizici ostvare i f) druge značajne elemente. Tijekom razdoblja zadržavanja zaposlenik se obvezuje da neće prodati financijske instrumente koji su mu isplaćeni kao oblik varijabilnih primanja za rad, pri čemu se to razdoblje određuje ugovorom sa zaposlenikom.

88 Države članice, odnosno njihovi nadležni organi mogu ograničiti vrste i oblike tih financijskih instrumenata, odnosno zabraniti određene instrumente. Odredbe o udjelu i vrstama financijskih instrumenata koji čine varijabilna primanja za rad primjenjuju se i na odgođena i na neodgođena varijabilna primanja za rad. Vidi Aneks V Odjeljak 11. točka 23(o) Direktive 2006/48/EC, *ibid.*, str. 64.-66.

Varijabilna primanja za rad se ne smiju isplaćivati u instrumentima ili metodama koji omogućavaju izbjegavanje zahtjeva iz Direktive.⁸⁹

Nakon što su zaposlenicima dodijeljena početna varijabilna primanja za rad te isplaćena kratkoročna varijabilna primanja, kreditna institucija ima i dalje na raspolaganju mehanizme prilagodbe, odnosno smanjenja varijabilnih primanja sukladno izmijenjenim rizicima poslovanja tijekom vremena. To se ostvaruje primjenom sustava malusa ili zahtjeva za povrat isplaćenih iznosa primanja za rad (engl. *clawbacks*).⁹⁰ Ti se mehanizmi moraju predvidjeti u ugovorima sa zaposlenicima, a primjenjuju se u slučaju slabih ili negativnih financijskih rezultata kreditne institucije i na odgođena varijabilna primanja i na već isplaćena varijabilna primanja za rad.⁹¹

7.5.4. Specifični zahtjevi za varijabilna primanja za rad u kreditnim institucijama koja su primila izvanrednu pomoć države

Ako država pruži financijsku pomoć kreditnoj instituciji, putem sustava državnih potpora, radi osiguravanja financijske stabilnosti u slučaju izvanrednih okolnosti na financijskom tržištu, Direktiva predviđa posebna pravila za politiku primitaka takve kreditne institucije. Na taj način se želi spriječiti da varijabilna primanja za rad utječu na pravodobni i odgovarajući povrat državne pomoći. U takvim kreditnim institucijama su varijabilna primanja za rad strogo ograničena kao udio neto dobiti institucije, ako njihov iznos nije u skladu s očuvanjem primjerene kapitalne osnove i pravodobnim prestankom upotrebe državne potpore. Nadležni nacionalni organi mogu zahtijevati od kreditne institucije da restrukturira svoja varijabilna primanja za rad na način koji je u skladu s učinkovitim upravljanjem rizicima i dugoročnim rastom.⁹² Oni mogu, kada je to primjereno, ograničiti primanja osoba koje stvarno vode poslove kreditne institucije (članovi uprave/

89 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(t) Direktive 2006/48/EC.

90 Npr. sniženjem isplata gotovinskih primanja ili dodjeljivanjem manjeg broja financijskih instrumenata. Malus predstavlja metodu prilagodbe politike primitaka promijenjenim rizicima smanjenjem dijela odgođenih primanja za rad. Oni utječu na postupak isplate odgođenih neisplaćenih varijabilnih primanja za rad i ne mogu se primjenjivati nakon proteka roka odgode. Zahtjevi za povrat isplaćenih iznosa primjenjuju se na varijabilna primanja za rad, vraćanjem isplaćenog iznosa ili vraćanjem prava iz financijskih instrumenata. Ti se zahtjevi mogu ugovoriti za odgođena i neodgođena varijabilna primanja za rad. Oni se obično primjenjuju u slučaju prijevornog postupanja ili davanja netočnih podataka zaposlenika kreditne institucije, koja su utvrđena naknadno.

91 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(q) Direktive 2006/48/EC. Ibid., str. 66.-69.

92 Pod mjerama restrukturiranja varijabilnih primanja za rad podrazumijevaju se mjere: a) određivanje ograničenja za primanja članova uprave/izvršnih direktora kreditne institucije, b) zabrana isplate varijabilnih primanja za poslovnu godinu u kojoj je zatražena financijska pomoć države, c) smanjenje varijabilnih primanja koja su odgođena i koja nisu isplaćena, odnosno za koja nisu prenesena prava iz financijskih instrumenata, d) zabrana utvrđivanja bilo kakvih varijabilnih primanja do prestanka upotrebe državne potpore ili dok se ne provede ili ostvari plan financijskog oporavka institucije te e) druge slične mjere.

izvršni direktori). Varijabilna primanja ne isplaćuju se osobama koje stvarno vode poslove kreditne institucije, osim ako je to opravdano.⁹³

7.6. Objava politike primitaka kreditnih institucija

Direktiva o kapitalnim zahtjevima III predviđela je i dopunu Aneksa XII Dio 2. Direktive br. 2006/48/EC, koji određuje tehnička mjerila o preglednosti i objavi uvođenjem nove točke 15, kojom se određuju podatci o politici i praksi primitaka u kreditnim institucijama koji se moraju objaviti.

Kreditne institucije trebaju razotkriti javnosti detaljne podatke o politici primitaka i njezinoj provedbi za one kategorije zaposlenika čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije. One trebaju učiniti dostupnim i opće podatke o temeljnim obilježjima institucionalne politike i prakse primitaka.

Pri objavi se također primjenjuje načelo razmjernosti, što znači da se zahtjevi o objavi podataka o politici primitaka primjenjuju na kreditne institucije ovisno o njihovoj veličini, unutarnjoj organizaciji te prirodi, području i složenosti djelatnosti institucije. Male i jednostavne kreditne institucije će objavljivati samo neke kvalitativne podatke i najosnovnije kvantitativne podatke o politici primitaka.⁹⁴ Institucija mora objaviti kako je primijenila načelo razmjernosti, uključujući i naznaku odredbi koje nisu bile primijenjene.

Objava podataka o politici primitaka provodi se najmanje jednom godišnje i što je prije moguće.

Kvalitativni podatci o politici primitaka odnose se na postupak kreiranja i provedbe politike primitaka.⁹⁵ U njih spadaju: a) podatci o postupku odlučivanja, koji se primjenjuje u utvrđivanju politike primitaka, uključujući, ako je to primjereno, podatke o sastavu i ovlastima komisije za primitke, vanjskom stručnjaku čije su se savjetodavne usluge koristile za utvrđivanje politike primitaka te ulozima relevantnih zainteresiranih osoba; b) podatci o povezanosti isplata i uspješnosti; c) najvažnije značajke oblikovanja sustava primitaka, uključujući podatke o mjerilima koja su uporabljena za mjerenje uspješnosti i prilagodbu rizicima, politici odgode i mjerilima za stjecanje prava; d) podatci o mjerilima uspješnosti na kojima se temelji pravo na dionice, opcije ili varijabilna primanja za rad; e) glavni parametri i utemeljenje za moguću godišnju shemu varijabilnih primanja za rad i drugih negotovinskih pogodnosti.⁹⁶

Kvantitativni podatci o politici primitaka odnose se na ukupne iznose primanja za rad u kreditnim institucijama. Pritom kreditna institucija ima obvezu objaviti

93 Aneks V Odjeljak 11. točka 23(k) Direktive 2006/48/EC. Ibid, str. 27.-28.

94 Primjerice, male kreditne institucije ne moraju objaviti sve podatke iz Aneksa XII, Dio 2 točke 15(g) Direktive 2006/48/EC.

95 Aneks XII Dio 2. točke 15(a)-(e) Direktive 2006/48/EC.

96 Ibid., str. 71.-73.

podatke o ukupnim iznosima primanja za rad po pojedinim područjima poslovanja.⁹⁷ Također, kreditna institucija mora prikazati i ukupne iznose i strukturu primanja za rad, raščlanjenu na više rukovodstvo i zaposlenike čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije.⁹⁸

Značajne kreditne institucije imaju obvezu posebno objaviti gore navedene ukupne kvantitativne podatke i za osobe koje stvarno vode poslove kreditne institucije (članovi uprave/izvršni direktori) te oni čine posebnu kategoriju zaposlenika kreditne institucije.⁹⁹

Podatci o politici primitaka moraju biti dostupni i samim zaposlenicima kreditne institucije. Pritom kreditne institucije primjenjuju načelo razmjernosti, što znači da zaposlenicima kreditna institucije nije dužna dostaviti sve podatke koje mora objaviti. Zaposlenici trebaju biti upoznati s mjerilima za utvrđivanje njihovih primanja za rad, a postupak ocjenjivanja uspješnosti mora biti jasan, dokumentiran i pregledan unutar kreditne institucije.

8. IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE O KAPITALNIM ZAHTEJIMA III U NACIONALNIM PRAVIMA DRŽAVA ČLANICA EU-a

Države članice Europske unije uskladile su svoje nacionalne propise s odredbama Direktive o kapitalnim zahtjevima III¹⁰⁰ o politici primitaka u

97 Aneks XII Dio 2. točka 15(f) Direktive 2006/48/EC. Kreditna institucija tako prikazuje ukupne iznose primanja za rad ovisno o područjima poslovanja institucije (npr. investicijsko bankarstvo, poslovanje s potrošačima (štednja, vođenje bankovnih računa, hipotekarni krediti, potrošački krediti i kartično poslovanje), poslovanje s pravnim osobama i sl.).

98 Ti se podatci odnose na: a) iznose primanja za rad za poslovnu godinu, razdijeljene na fiksne i varijabilne oblike primanja za rad te broj ovlaštenika, b) iznose i oblike varijabilnih primanja za rad, razdijeljene na gotovinu, dionice, financijske instrumente povezane s dionicama te druge vrste, c) iznose nepodmirenih odgođenih varijabilnih primanja za rad, razdijeljenih na dodijeljeni i nedodijeljeni dio, d) iznose odgođenih varijabilnih primanja za rad, dodijeljenih u poslovnoj godini, koji su isplaćeni i smanjeni prilagodbom s uspješnošću, e) nova plaćanja povodom početka i prestanka zaposlenja u poslovnoj godini (zajamčena varijabilna primanja i otpremnine) te broj ovlaštenika na takva plaćanja i f) iznosi plaćanja u slučaju prestanka zaposlenja (otpremnine), dodijeljeni tijekom poslovne godine, broj ovlaštenika i najviši iznos takvog plaćanja dodijeljen pojedinoj osobi. Vidi Aneks XII Dio 2. točka 15(g) Direktive 2006/48/EC.

99 Ibid., str. 70.-74.

100 Europska komisija je 20. srpnja 2011. godine usvojila prijedlog Direktive o kapitalnim zahtjevima IV i Uredbe, koji trebaju zamijeniti postojeće Direktive o kapitalnim zahtjevima u kreditnim institucijama (Direktiva 2006/48/EC i Direktiva 2006/49/EC). Svrha predlaganja nove Direktive i Uredbe implementacija je Pravila Basel III o kapitalu, likvidnosti i apsorpciji gubitaka u kreditnim institucijama. Direktiva sadrži pravila o očuvanju kapitala i protucikličkim kapitalnim rezervama u kreditnim institucijama. Uredba sadrži odredbe o kakvoći i količini kapitala, pravilima o procjeni rizika neispunjenja obveza, likvidnosti i upravljanju financijskim polugama u kreditnim institucijama i investicijskim društvima. Prijedlog Direktive u čl. 74. uređuje provedbu nadzora nad politikom primitaka kreditnih

kreditnim institucijama i investicijskim društvima.¹⁰¹ Pritom su implementirale odredbe Direktive u nacionalne pravne poretke kombinacijom donošenja zakona, podzakonskih akata, okružnica i memoranduma. Pravne akte donosila su zakonodavna tijela, nacionalne vlade ili nadležna regulatorna tijela.¹⁰² Opća značajka te implementacije je postojanje razlika između država članica u načinu primjene odredbi Direktive, ovisno o značaju financijskog sektora u nacionalnim gospodarstvima. Time su stvorene razlike između država članica Europske unije, ali i razlike između europskih kreditnih institucija i institucija iz trećih država.¹⁰³

Između država članica nije bilo značajnijih razlika u pogledu institucija na koje se primjenjuju odredbe Direktive (kreditne institucije i investicijska društva). Ipak, izvjesne razlike postoje između država u pogledu proširenja primjene odredbi Direktive i na ostale financijske institucije.¹⁰⁴

institucija nacionalnih nadzornih organa, koji te podatke dostavljaju Europskom nadzornom tijelu za bankarstvo (EBA). Članci 88.-91. prijedloga Direktive sadrže odredbe o politici primitaka koje slijede rješenja iz Direktive o kapitalnim zahtjevima III. EBA ima obvezu pripremiti nacrt regulativnih tehničkih standarda glede mjerila za određivanje primjerenog omjera između fiksnog i varijabilnog oblika ukupnih primanja za rad i određivanje primjerenih hibridnih financijskih instrumenata koji se dodjeljuju kao varijabilna primanja za rad, a koje će usvojiti Komisija. Vidi u Winter, J., op. cit., str. 382.-383.

101 U većini država članica EU-a nacionalni propisi bili su usklađeni s odredbama Direktive te su stupili na snagu od 1. siječnja 2011. godine, zajedno s primjenom CEBS Smjernica o politici i praksi primitaka u financijskom sektoru. Neke države članice prekoračile su taj rok zbog odgoda u zakonodavnom postupku. Vidi u EBA, Survey on the implementation of the CEBS Guidelines on Remuneration Policies and Practices, dostupno na EBA: <http://www.eba.europa.eu/cebs/media/Publications/Standards%20and%20Guidelines/2010/Remuneration/Implementation-survey-on-CEBS--Guidelines-on-Remuneration--final-.pdf>, 31. siječnja 2013., str. 3., Linklaters, Overview of Remuneration regulation for financial institutions in selected jurisdictions, dostupno na Linklaters: http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/4531_Generic_Remuneration_Guide_FINAL.pdf, 31. siječnja 2013.

102 Tako su u Francuskoj, Njemačkoj, Italiji, Nizozemskoj i Švedskoj uredbama nacionalnih regulatornih tijela i središnjih banaka uskladili nacionalne propise. U Belgiji, Finskoj i Portugalu harmonizacija se provela podzakonskim aktima (uredbe, odluke) koje su donijele nacionalne vlade. U Luksemburgu su odredbe Direktive implementirane okružnicama nacionalnog regulatornog tijela, a u Velikoj Britaniji je nacionalno regulatorno tijelo izmijenilo Kodeks o primicima. Vidi u Linklaters, Overview of Remuneration regulation..., str. 1.-16.

103 Primjena Direktive u nacionalnim zakonodavstvima povećala je udio fiksnih primanja za rad u ukupnom iznosu primanja u razdoblju od 2007. do 2012. godine te je smanjena fleksibilnost u kreiranju politike primitaka. Što se tiče ukupnih iznosa primanja za rad oni su u tom razdoblju bili u padu u investicijskim bankama koje posluju s pravnim osobama, rasle su u bankama koje posluju s potrošačima, a blago su padale u sektoru kontrolnih funkcija u kreditnim institucijama. Takva politika primitaka za posljedicu je imala i pad broja zaposlenika u financijskom sektoru te smanjenje razine primanja za rad u odnosu na ostale grane gospodarstva. Vidi u Shelton, Mark, Perspectives – The impact of European regulation on pay in financial services, dostupno na: <http://www.towerswatson.com/assets/pdf/7157/TW-EU-2012-25851-Perspectives-on-CRDIII.pdf>, 31. siječnja 2013., str. 2.-6.

104 U Belgiji, Italiji, Njemačkoj, Luksemburgu, Nizozemskoj, Portugalu, Švedskoj i Velikoj Britaniji odredbe o primicima primjenjuju se i na neke druge financijske institucije (osiguravajuća društva, društva za upravljanje investicijskim fondovima i ostale financijske

Primjena načela razmjernosti na kreditne institucije može isključiti primjenu određenih odredbi Direktive o primanjima za rad. Same kreditne institucije ocjenjuju primjenom kriterija svoje veličine, unutarnje organizacije te prirode, područja i složenosti svojih djelatnosti potpadaju li pod takve izuzetke. Države članice svojim propisima postavljaju fiksne kriterije¹⁰⁵ ili predviđaju *ad hoc* ocjenu mora li kreditna institucija obaviti analizu svoje rizičnosti i spada li u značajne ili male kreditne institucije. Na taj način mogu nastati razlike između država članica u pogledu kreditnih institucija koje moraju dosljedno primjenjivati odredbe Direktive.¹⁰⁶

Kada se radi o kategorijama zaposlenika čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije, a na koje se primjenjuju odredbe Direktive, kreditne institucije samostalno određuju te zaposlenike. Pritom koriste različita mjerila koja vrlo često nisu dostatna za ocjenu utjecaja zaposlenika na profil rizika institucije. Broj zaposlenika čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije razlikuje se u značajnoj mjeri između država članica, s općom tendencijom kreditnih institucija da smanje taj broj na najmanju moguću mjeru. To utječe na učinkovitost i ostvarenje ciljeva Direktive.¹⁰⁷ Stoga nacionalna nadzorna tijela traže određenje jasnih mjerila i provedbu postupka utvrđivanja preuzimatelja rizika u svakoj pojedinoj kreditnoj instituciji, kao i u povezanim društvima. Ona zahtijevaju i dodatne upute o primjeni načela razmjernosti i neutralizaciji odredbi Direktive na pojedine kategorije zaposlenika.¹⁰⁸

Korporativno upravljanje politikom primitaka u kreditnim institucijama predstavlja područje Direktive koje su u najvećoj mjeri prihvatile države članice. Odredbe Direktive i Smjernice o općim načelima korporativnog upravljanja, uložni nadzornih organa institucije te obvezi osnivanja komisije za primitke dosljedno se primjenjuju u državama članicama. Izvjesne razlike između država u provedbi

institucije). Vidi u Linklaters, *Overview of Remuneration regulation...*, str. 1.-16., Jain, Madhu, *Insurance Update*, September 2011, dostupno na Linklaters: http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/FINAL_InsuranceUpdate_September2011_PDF.pdf, 16. siječnja 2012., str. 15.-18.

105 Primjerice, u Njemačkoj kreditne institucije koje imaju prosječni zbroj bilance od najmanje 10 milijardi eura na kraju svake protekle tri poslovne godine, moraju obaviti ocjenu rizičnosti. Kreditne institucije čiji je zbroj bilance manji od tog iznosa nisu dužne obavljati ocjenu rizičnosti te se pretpostavlja da su male kreditne institucije. Kreditne institucije koje imaju prosječni zbroj bilance od najmanje 40 milijardi eura na kraju svake protekle tri poslovne godine, smatraju se značajnim kreditnim institucijama. Ova potonja odredba je oboriva presumpcija, koja se može opovrgnuti u postupku ocjene rizičnosti. Savezna vlast za nadzor financijskih usluga (BaFin) nadzire postupak ocjene rizičnosti kreditnih institucija. Vidi u Kurz, Antje - Irina, Steck, Andreas, Tepass, Michael, *Q&A Institutions' Remuneration Regulation*, December 2010, dostupno na Linklaters: http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/A13022231_101222_QA%20Institutions%20Remuneration%20Regulation.pdf, 16. siječnja 2012., str. 4.-5.

106 EBA, *Survey on the implementation of the CEBS Guidelines...*, str. 3.

107 Taj problem dolazi do izražaja i u odnosima između povezanih društava, gdje te kategorije zaposlenika mogu različito određivati društvo-majka i društva-kćeri.

108 Loc. cit.

ovih odredbi proizlaze u odnosima između povezanih društava koja čine kreditne institucije iz različitih država članica.¹⁰⁹

Nedostaci u provedbi Direktive dolaze do izražaja u vezivanju politike primitaka uz rizike i njezinu prilagodbi izmijenjenim rizicima. U praksi su prihvaćena načela prilagodbe politike primitaka tijekom mjerenja uspješnosti zaposlenika i primjene mjerila za određivanje varijabilnih primanja za rad u postupku njihove dodjele. Nedostatak se očituje u tomu što se prilagodba varijabilnih primanja za rad u postupku dodjele ograničava na najviše razine zaposlenika kreditne institucije. Kada se radi o prilagodbi odgođenih varijabilnih primanja za rad, javlja se potreba poboljšanja sustava malusa i postupka mjerenja uspješnosti zaposlenika. Nerazvijenost tehnika prilagodbe primanja za rad promijenjenim rizicima odražava se u određivanju odnosa varijabilnih i fiksnih primanja za rad u politikama primitaka kreditnih institucija, gdje je udio varijabilnih primanja još uvijek vrlo visok. Mjerila koja kreditne institucije primjenjuju u određivanju omjera varijabilnih i fiksnih primanja za rad još uvijek nisu dovoljno jasna i pregledna. Napredak je postignut u utvrđivanju višegodišnjeg okvira za mjerenje uspješnosti zaposlenika i širenju primjene roka odgode za isplatu varijabilnih primanja za rad.¹¹⁰

Direktiva zahtijeva da znatan dio, a u svakom slučaju najmanje 50% ukupnih varijabilnih primanja za rad mora biti sastavljen od financijskih instrumenata. To ostavlja kreditnim institucijama mogućnost da taj zahtjev u praksi prilagođavaju vlastitim potrebama i mogućnostima. U nekim državama odgađa se primjena ovog zahtjeva zbog poteškoća kreditnih institucija u pronalaženju takvih pogodnih financijskih instrumenata.¹¹¹

Objava politike primitaka kreditnih institucija je raznolika u državama članicama zbog primjene načela razmjernosti i činjenice da se podaci o primanjima objavljuju samo za zaposlenike čije profesionalne djelatnosti imaju značajan utjecaj na profil rizika institucije. Kako je to već ranije naznačeno, broj takvih zaposlenika kreditnih institucija značajno se razlikuje između država članica. Time se onemogućava ostvarenje jedinstvene razine razotkrivanja podataka, što je pretpostavka za učinkoviti nadzor tržišta i regulatornih tijela na odnos između primitaka, preuzimanja rizika i uspješnost zaposlenika. Time se potiče i bolja provedba politike primitaka te zadovoljenje potreba za financijskom stabilnošću i potrebama institucija za provedbu kompetitivne politike primitaka.¹¹²

109 Te neujednačenosti nastaju zbog razlika u nacionalnim pravima trgovačkih društava i praksi te poteškoća u postizanju ravnoteže između koherentne provedbe politike primitaka grupacije i lokalnih obveza pojedinih društava-kćeri, koje nastaju zbog lokalnih profila rizika i regulatornih zahtjeva koji se odnose na primanja za rad. *Ibid.*, str. 3.-4.

110 *Ibid.*, str. 4.

111 U određenom broju država uvrštene kreditne institucije ne koriste redovne dionice zbog praktičnih problema. Znatno češće se koriste ekvivalentni negotovinski instrumenti i u uvrštenim i neuvrštenim kreditnim institucijama. Pri njihovoj primjeni se postavlja pitanje tko određuje vrijednost takvih negotovinskih instrumenata i koja se mjerila pri tomu koriste. Hibridni financijski instrumenti, koje predviđa Direktiva, ne primjenjuju se u praksi. *Ibid.*, str. 4.-5.

112 *Ibid.*, str. 5.

9. UREĐENJE POLITIKE PRIMITAKA U KREDITNIM INSTITUCIJAMA U HRVATSKOM PRAVU

U hrvatskom pravu su Preporuke Europske komisije o politici primitaka implementirane u Kodeksu korporativnog upravljanja iz 2010. godine.¹¹³ Odredbe Preporuka Komisije iz 2004. i 2005. godine o politici primitaka i komisiji za primitke u uvrštenim dioničkim društvima djelomično su usvojene u Kodeksu, dok Preporuke iz 2009. godine nisu našle svoje mjesto u Kodeksu iz 2010. godine. Kada se radi o kreditnim institucijama i investicijskim društvima taj Kodeks su primjenjivale samo uvrštene institucije.¹¹⁴ No kako primjena Kodeksa ima neobvezujući karakter, u praksi uvrštena dionička društva vrlo često ne primjenjuju sve njegove preporuke.¹¹⁵

Kodeks korporativnog upravljanja u točki 6.3. daje preporuke koje se

113 Prvi kodeks korporativnog upravljanja donesen je 2007. godine (NN 46/07.). U prosincu 2010. godine HANFA i Zagrebačka burza usvojile su novi Kodeks korporativnog upravljanja 2010. koji se primjenjuje na uvrštena dionička društva od 1. siječnja 2011. godine. Odredbe novog Kodeksa usklađene su s novim odredbama Zakona o tržištu kapitala, Zakonom o trgovačkim društvima te Pravilima Zagrebačke burze, koje su donesene od 2007. do 2010. godine. U novom Kodeksu nisu prihvaćene odredbe Preporuka Komisije EU-a iz 2009. godine.

114 Pravila Zagrebačke burze određuju obveznike primjene Kodeksa korporativnog upravljanja. Tako pravilo br. 150. određuje da se Kodeks korporativnog upravljanja primjenjuje na sve izdavatelje čije su dionice uvrštene na uređeno tržište, osim na zatvorene investicijske fondove. Obveza ispunjavanja upitnika, koji predstavlja sastavni dio Kodeksa korporativnog upravljanja, primjenjuje se na sve izdavatelje čije su dionice uvrštene na uređeno tržište, a koji su ga dužni dostaviti Burzi najkasnije do dostave godišnjeg izvještaja (pravilo br. 151). Izdavatelji na koje se primjenjuje Kodeks korporativnog upravljanja ispunjavaju svoju obvezu na način da u cijelosti ispunjen godišnji upitnik koji je sastavni dio Kodeksa: 1. objave na svojim internetskim stranicama i 2. dostave Burzi koja će ga objaviti na svojim internetskim stranicama (pravilo br. 152.). Dostupno na ZSE: <http://zse.hr/default.aspx?id=144>, 31. siječnja 2013. Uvrštene kreditne institucije su: Banco Popolare Croatia d.d. Zagreb, Banka Splitsko-Dalmatinska d.d. Split, Centar banka d.d. Zagreb, Erste&Steiermärkische banka d.d. Rijeka, Hrvatska poštanska banka d.d. Zagreb, Istarska kreditna banka Umag d.d., Jadranska banka d.d. Šibenik, Karlovačka banka d.d. Karlovac, Kreditna banka Zagreb d.d., Nava banka d.d. Zagreb, Podravska banka d.d. Koprivnica, Privredna banka Zagreb d.d., Slatinska banka d.d. Slatina, VABA d.d. Varaždin, Zagrebačka banka d.d. Zagreb. Dostupno na ZSE: <http://zse.hr/default.aspx?id=36769>, 4. veljače 2013.

115 Dionička društva uvrštena u Vodeće tržište, Službeno tržište i Redovito Tržište na Zagrebačkoj burzi primjenjuju odredbe Kodeksa dobrovoljno. Društva koja ne primjenjuju pojedine preporuke Kodeksa, dužna su objasniti razloge zbog kojih se ne pridržavaju istih preporuka, tako da te razloge navedu u odgovorima na pitanja Godišnjeg upitnika. U čl. 272.p ZTD-a određuje se da nadzorni, odnosno upravni odbor društva dionicama kojeg se trguje na uređenom tržištu ima obvezu osigurati da uprava, odnosno izvršni direktori društva u posebnom odjeljku godišnjeg izvješća o stanju društva navedu minimalne podatke o primjeni kodeksa korporativnog upravljanja, osnovnim obilježjima provođenja unutarnjeg nadzora u društvu i upravljanja rizicima u odnosu na financijsko izvještavanje, dioničarskoj strukturi i posebnostima u ostvarivanju prava iz dionica te imenovanju, opozivu, ovlastima, sastavu i djelovanju uprave, odnosno izvršnih direktora i nadzornog, odnosno upravnog odbora i njihovih pomoćnih tijela.

trebaju primijeniti u određivanju i provedbi politike primitaka za rad članova uprave uvrštenih dioničkih društava (sastavljanje izjave o politici nagrađivanja uprave i nadzornog odbora, struktura primanja za rad, metode određivanja primanja za rad te objavljivanje podataka o primanjima za rad članova uprave društva).¹¹⁶ U točkama 4.12. i 4.12.2. Kodeksa uređuje se položaj komisije za primitke (nagrađivanja). Točka 6.3. i 6.3.3. uređuje pitanje sadržaja i objave izjave o politici nagrađivanja i podataka o primanjima članova uprave i nadzornog odbora (izjava o nagradama) u godišnjem izvješću društva. Kodeks u točki 4.7. uređuje određivanje i objavu nagrada za rad članovima nadzornog odbora.¹¹⁷

Ministarstvo financija RH u prosincu 2012. godine izradilo je prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, radi njegovog usklađivanja s Direktivom o kapitalnim zahtjevima III (Direktiva 2010/76/EU), Direktivom o ovlastima i zadacima Europskog nadzornog tijela za bankarstvo (Direktiva 2010/78/EU) i Direktivom o superviziji financijskih konglomerata (Direktiva 2011/89/EU).¹¹⁸ Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama uvodi obveze kreditnih institucija da donesu politiku primitaka koja je u skladu s odgovarajućim i učinkovitim upravljanjem rizicima.¹¹⁹ Hrvatska narodna banka izradila je i nacrt Odluke o primicima radnika, u kojoj

116 Ove se odredbe moraju primijeniti i pri određivanju primanja za rad izvršnih direktora. Točka 5.8. Kodeksa upućuje na primjenu točke 6.3. i pri nagrađivanju članova upravnog odbora. Ovu odredbu treba tumačiti tako da se ona primjenjuje samo na izvršne direktore, dok na neizvršne direktore treba primijeniti odredbe točke 4.7. o nagrađivanju članova nadzornog odbora.

117 Odredbe Kodeksa iz 2010. godine o politici primitaka po svom sadržaju se ne razlikuju od odredbi Kodeksa iz 2007. godine. Detaljnije o odredbama Kodeksa i Zakona o trgovačkim društvima, koje uređuju primanja i nagrade za rad članovima upravnih i nadzornih organa dioničkih društava vidi u Jurić, D., op. cit., str. 143.-154.

118 Republika Hrvatska, Ministarstvo financija, Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, s konačnim prijedlogom Zakona, Zagreb, 2012., str. 2.-3. Donošenje ovog Zakona predloženo je u hitnom postupku.

119 Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama (ZKI) predviđa: a) obvezu nadzornog odbora kreditne institucije osnovati odbor za primitke i obvezu kreditne institucije identificirati nositelje ključnih funkcija (čl. 20.), b) obvezu kreditne institucije, razmjerno vrsti, opsegu i složenosti poslova koje obavlja, uspostaviti i provoditi djelotvoran i pouzdan sustav upravljanja politikom primitaka (čl. 24.), c) zabranu kreditnoj instituciji isplaćivati varijabilna primanja koja nisu usklađena sa ZKI, podzakonskim aktom ili njezinim politikama i procedurama (čl. 25.), d) ovlast HNB-a podzakonskim aktom urediti pravila, postupke i kriterije u svezi s politikama primitaka te način i rokove izvješćivanja HNB-a o primicima zaposlenika kreditnih institucija (čl. 32.) i utvrđivati referentne trendove i prakse kreditnih institucija vezane uz primitke zaposlenika (čl. 34.), e) obvezi kreditne institucije javno objavljivati opće informacije o politici primitaka zaposlenika i provođenju te politike (čl. 37.). HNB može, ako utvrdi nezakonitost u superviziji, naložiti kreditnoj instituciji da iznos varijabilnih primanja ne prelazi postotak dobiti poslije oporezivanja (čl. 57.), a u slučaju uvođenja posebne uprave nad kreditnom institucijom prestaju svi ugovori o službi s članovima uprave, a isplata eventualne otpremnine i varijabilnih primanja odgađa se do prestanka svih ovlasti posebne uprave (čl. 68.). Predviđena je i prekršajna odgovornost kreditne institucije koja ne postupi u skladu s odredbama Zakona o politici primitaka zaposlenika (čl. 120.).

su usvojene odredbe Direktive o kapitalnim zahtjevima III o politici primitaka u kreditnim institucijama.¹²⁰ Ovim izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama te podzakonskim aktom HNB-a o primicima zaposlenika, poslovanje kreditnih institucija usklađuje se s odredbama Direktive o kapitalnim zahtjevima III o politici primitaka. Time bi se otklonila dosadašnja praksa da preporuke o politici primitaka dobrovoljno primjenjuju samo uvrštene kreditne institucije.

10. ZAKLJUČAK

Europska komisija je u proteklom desetljeću donijela nekoliko preporuka koje su se pozabavile korporativnim upravljanjem, a posebno politikom primitaka u uvrštenim dioničkim društvima i financijskim institucijama. Preporuka o primicima direktora u uvrštenim dioničkim društvima iz 2004. godine i Preporuka o ulozi članova nadzornih odbora ili neizvršnih direktora u uvrštenim dioničkim društvima i o komisijama nadzornog/upravnog odbora iz 2005. godine, bavile su se problemom postupaka određivanja i provedbe politike primitka te objave podataka o primanjima za rad u uvrštenim dioničkim društvima. Odgovor na financijsku krizu u razdoblju od 2008. do 2009. godine bilo je donošenje Preporuke o režimu nagrađivanja direktora uvrštenih dioničkih društava i Preporuke o politici nagrađivanja u sektoru financijskih usluga iz 2009. godine. Ove dvije preporuke pozabavile su se problemom strukture primanja za rad članova upravnih i nadzornih organa u uvrštenim dioničkim društvima i financijskim institucijama. Države članice Europske unije su na različite načine implementirale te preporuke u svoje nacionalne pravne poretke. Većina njih je ugradila preporuke u neobvezujuće nacionalne kodekse korporativnog upravljanja, a neke su ih ugradile u svoje nacionalne propise. Takva različita praksa ugrozila je postizanje ciljeva koje je imala na umu Europska komisija.

Kada se radi o financijskim institucijama, pitanje politike primitaka bilo je prvotno uređeno Preporukom o politici nagrađivanja u sektoru financijskih usluga iz 2009. godine. Preporuka se trebala primjenjivati na sve financijske institucije. Praksa je i ovdje pokazala značajne razlike u implementaciji neobvezujućih preporuka u nacionalnim pravnim porecima, pa se javila potreba unošenja preporuka u direktive, koje imaju obvezujući karakter za države članice EU-a. U tu su svrhu 2010. godine Europski parlament i Vijeće donijeli Direktivu o kapitalnim zahtjevima III koja posebno uređuje i politiku primitaka u kreditnim institucijama i investicijskim društvima. Odbor europskih bankovnih nadzornika (CEBS) izdao je iste godine Smjernice o politici i praksi primitaka u financijskom sektoru, kako bi olakšao primjenu odredbi iz Direktive. Kada se radi o politici primitaka u ostalim financijskim institucijama, za očekivati je da će odgovarajuće direktive

¹²⁰ Nacrt Odluke o primicima radnika, dostupno na HNB: http://www.hnb.hr/propisi/odluke-nadzor-kontrola/nacrti_odluka_sranj_2011/h-nacrt-odluka-o-primicima-radnika-v6.pdf, 5. siječnja 2013.

koje uređuju te financijske institucije doživjeti odgovarajuće izmjene. Neki autori prigovaraju usklađivanju politike primitaka u kreditnim institucijama u EU, budući da to smanjuje fleksibilnost u kreiranju politike primitaka, dovodi do pada broja zaposlenika u kreditnim institucijama te smanjenja razine primanja za rad u odnosu na ostale grane gospodarstva.

U Republici Hrvatskoj usvojene su Preporuke Europske komisije iz 2004. i 2005. godine u Kodeksu korporativnog upravljanja iz 2010. godine. Nedostatak Kodeksa je njegova neobvezujuća narav, primjena samo na uvrštena dionička društva te činjenica da nije usklađen s Preporukama iz 2009. godine. Stoga je Vlada RH krajem 2012. godine izradila prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kreditnim institucijama, radi njegovog usklađivanja s Direktivom o kapitalnim zahtjevima III. Na taj se način proširuje primjena odredbi Direktive o politici primitaka na sve kreditne institucije. Hrvatska narodna banka izradila je i nacrt Odluke o primicima radnika, podzakonski akt koji detaljnije uređuje politiku primitaka u kreditnim institucijama.

Summary

THE REMUNERATION POLICIES OF CREDIT INSTITUTIONS IN EUROPEAN AND CROATIAN LAW

The European Commission adopted a Recommendation on remuneration policies in the financial services' sector in 2009 as a response to the financial crisis in the period of 2008 to 2009. The Recommendation was applicable to all financial institutions. The listed financial institutions were subject to the previous Recommendations on the remuneration policy of listed companies adopted in 2004, 2005 and 2009. Different practices of EU Member States in the implementation of non-binding recommendations in national jurisdictions not only lead to incompatibility, but also endangered the goals of the European Commission. To eliminate this situation the European Parliament and the Council adopted the Capital Requirements Directive (hereinafter: CRD III) in 2010 which regulates the remuneration policy in credit institutions and investment firms. Likewise, the Committee of the European Banking Supervisors adopted Guidelines on Remuneration Policies and Practices in 2010 to facilitate implementation of CRD III. CRD III promotes harmonization of national jurisdictions of EU Member States in design, execution and supervision of the remuneration policy in credit institutions and investment firms. The Croatian Government proposed a revision of the Credit Institutions Act at the end of 2012, with the view of harmonizing its provisions with CRD III provisions on the remuneration policy in credit institutions. The Croatian National Bank drafted the Decision on the remuneration of staff which regulates the remuneration policy in credit institutions in detail.

Key words: remuneration policy, credit institutions, Capital Requirements Directive III, European Union, Republic of Croatia.

Zusammenfassung

EINKOMMENS POLITIK IN KREDITINSTITUTIONEN IM EU- ROPÄISCHEN UND KROATISCHEN RECHT

Die Europäische Kommission hat als Antwort zur finanziellen Krise von 2008 bis 2009 die Empfehlung zur Vergütungspolitik im Finanzdienstleistungssektor im Jahr 2009 erlassen. Die Empfehlung sollte an alle Finanzinstitute angewendet werden. Die früheren Empfehlungen der Europäischen Kommission zur Regelung der Vergütung von Mitgliedern der Unternehmensleistung börsennotierter Gesellschaften aus 2004, 2005 und 2009 wurden an registrierte Finanzinstitute angewendet. Unterschiedliche Praxis der Mitgliedsstaaten bei der Implementierung

von nicht bindenden Empfehlungen in nationalen Rechtsregelungen hat zur Inkongruenz geführt und die Erreichung der von der Europäischen Kommission gesetzten Ziele gefährdet. Deshalb haben das Europäische Parlament und der Europäische Rat die Eigenkapitalrichtlinie (CRD III) erlassen, welche die Vergütungspolitik in Kreditinstitutionen und Investitionsgesellschaften besonders reguliert hat. Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (CEBS) hat im selben Jahr die Leitlinien über Vergütungspolitik und –praxis im Finanzsektor erlassen, damit die Anwendung der Richtlinienbestimmungen erleichtert wird. Auf diese Art und Weise will man die Kongruenz nationaler Rechtsregelungen der EU Mitgliedsstaaten bei der Erstellung, Durchführung und Aufsicht der Vergütungspolitik in Kreditinstitutionen und Investitionsgesellschaften sichern. In der Republik Kroatien hat die Regierung der Republik Kroatien Ende 2012 Vorschlag zum Gesetz über Änderungen und Ergänzungen des Gesetzes über Kreditinstitutionen mit dem Ziel seiner Kongruenz mit Bestimmungen über Vergütungspolitik der Eigenkapitalrichtlinie (CRD III) entworfen. Die Kroatische Nationalbank hat den Entscheidungsentwurf über Vergütungen von Angestellten, eine untergesetzliche Vorschrift, welche die Vergütungspolitik in Kreditinstitutionen detailliert regelt, erlassen.

***Schlüsselwörter:** Vergütungspolitik, Kreditinstitutionen, Eigenkapitalrichtlinie (CRD III), die Europäische Union, die Republik Kroatien*

Riassunto

POLITICA REMUNERATIVA DEGLI ISTITUTI DI CREDITO NEL DIRITTO CROATO ED EUROPEO

La Commissione europea come risposta alla crisi finanziaria nel periodo tra il 2008 ed il 2009 ha emanato la Raccomandazione sulla politica di gratificazione nel settore dei servizi finanziari del 2009. La Raccomandazione va applicata a tutti gli istituti finanziari. Già in precedenza in alcuni casi vanivano applicate in alcune società di capitali le Raccomandazioni della Commissione europea sulla politica remunerativa del 2004, 2005 e 2009. La differente prassi negli Stati membri circa l'attuazione delle raccomandazioni non vincolanti nell'ordinamento interno ha condotto ad una difformità di disciplina e ha pregiudicato il raggiungimento degli scopi prefissati dalla Commissione europea. Pertanto nel 2010 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno emanato la Direttiva sui requisiti patrimoniali (c.d. CDR III), che ha regolato nel dettaglio la politica remunerativa negli istituti di credito e nelle società di investimento. Il Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria (CEBS) nel corso dello stesso anno ha emanato delle indicazioni circa la politica e la prassi remunerativa nel settore finanziario, al fine di semplificare l'applicazione delle disposizioni della Direttiva. In questo modo si vuole assicurare

l'uniformità dei sistemi giuridici nazionali per la creazione, l'applicazione e la vigilanza delle politiche remunerative negli istituti di credito e nelle società di investimenti. In Croazia il Governo sul finire dell'anno 2012 ha presentato la proposta della legge sulle modifiche ed integrazioni della legge sugli istituti di credito al fine di uniformare la normativa interna con le disposizioni della direttiva CDR III. La Banca di Croazia ha altresì redatto una proposta circa la decisione sulle remunerazioni dei lavoratori; atto normativo che regola nel dettaglio la politica remunerativa negli istituti di credito.

Parole chiave: politica remunerativa, istituti di credito, Direttiva sui requisiti patrimoniali III, Unione europea, Croazia.

INSTITUT ZAKONSKOG POREZNOG JAMSTVA NAKON NOVELE OPĆEG POREZNOG ZAKONA 2012.: „PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI“ TRGOVAČKIH DRUŠTAVA U SLUČAJU ZLOPORABE PRAVA

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, izvanredna profesorica
Stjepan Gadžo, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.2.022(497.5)
Ur.: 14. veljače 2013.
Pr.: 25. veljače 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Autori u ovom radu istražuju institut hrvatskoga općeg poreznog prava, zakonsko porezno jamstvo, s posebnim naglaskom na njegove izmjene, i materijalno-pravne i postupovnopravne, po stupanju na snagu prve novele OPZ-a iz 2012. godine. Novelom se širi krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava, i to na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezanih osoba, ako se u posebnom dijelu poreznog postupka utvrdi da su zloporabom svojih prava ili ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao glavnog poreznog dužnika. Prikazuju se i kritički preispituju novelirane odredbe kojima se uvodi tzv. „proboj pravne osobnosti“ u OPZ, s posebnim osvrtom na postupovna pitanja koja bi mogla izazvati probleme u njihovoj primjeni. Prikaz zakonskih odredbi koje uređuju postupak dokazivanja zloporabe prava u porezno-dužničkom odnosu bio je i povod preispitivanju alternativnog pristupa problemu zloporabe prava te mogućnosti uvođenja općeg pravila o zabrani zloporabe u hrvatsko porezno pravo.

Ključne riječi: porezno jamstvo, novela OPZ-a, proboj pravne osobnosti, postupak dokazivanja zloporabe prava u porezno-dužničkom odnosu, opće pravilo zabrane zloporabe prava.

1. UVOD

Promjena u hrvatskom poreznom sustavu ne nedostaje, kako onih koje su usmjerene izmjenama postojećih ili uvođenju novih poreznih oblika (materijalno porezno pravo), tako i onih koje se odnose na porezni postupak (postupovno porezno pravo). Stoga se čini kako u hrvatskom poreznom pravu, parafrizirajući

Preradovićev pjesnički izričaj čuvene Heraklitove izreke, počinje vrijediti pravilo kako „stalna samo mijena jest“. Promjene hrvatskoga poreznog postupovnog prava u posljednje su vrijeme uglavnom fiskalno motivirane, što nužno pretpostavlja i stroži stav fiskusa prema poreznim obveznicima koji ne udovoljavaju poreznoj obvezi. Stoga su u stručnoj i akademskoj zajednici predmetom prijepora. Mišljenja su podijeljena i u široj javnosti, gdje se promjene postupovnih instituta percipiraju ili isključivo kao instrumenti pojačane porezne presije prema svim poreznim obveznicima ili kao pokušaji uspostavljanja narušene porezne discipline.

U raspravama oko prednosti i nedostataka izmjena postojećih ili uvođenja novih instituta u hrvatski porezni postupak nerijetko se zanemaruju osnovne postavke poreznog prava, po svim bitnim obilježjima autonomne grane prava. To je posebno izraženo kod instituta koji vuku podrijetlo iz privatnog prava, a koji se, uz određena bitna odstupanja, primjenjuju i u poreznom pravu, dijelu javnog prava. Kao primjeri mogu poslužiti porezna zastara ili porezno jamstvo, instituti posebno uređeni Općim poreznim zakonom, ali utemeljeni na institutima privatnog prava. Primjena ovih instituta u praksi dovodi do značajnih nedoumica, što pripisujemo ne samo nomotehnički nekvalitetnim pravilima, već i nepoznavanju temeljnih pravila tumačenja poreznopravnih propisa, bitno različitih u odnosu na pravila tumačenja propisa privatnog prava. Naime, u pravilu se metoda teleološkog tumačenja u poreznom pravu ostvaruje kroz gospodarsko tumačenje, tj. „pripisivanje gospodarskog smisla pojmovima iz drugih pravnih područja, posebno iz područja građanskog prava.“ U hrvatskom poreznom postupovnom pravu ovaj oblik tumačenja ima odraz u propisivanju načela gospodarskog pristupa činjenicama bitnima za oporezivanje kao jednim od temeljnih načela poreznog postupka.

Imajući to u vidu autori su se u ovom radu odlučili na istraživanje jednog instituta hrvatskoga općeg poreznog prava, zakonskog poreznog jamstva, s posebnim naglaskom na njegove izmjene, i materijalnopravne i postupovnopravne, po stupanju na snagu prve novele OPZ-a iz 2012. godine. Novelom se širi krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava, i to na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezanih osoba, ako se u posebnom dijelu poreznog postupka utvrdi da su zloporabom svojih prava ili ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao glavnog poreznog dužnika. S obzirom na to da se novo uređenje ovog instituta u OPZ-u, pogotovo ako se radi o materijalnim odredbama, temelji na preuzimanju odredbi Zakona o trgovačkim društvima, kojima se uređuje odgovornost članova društva za obveze društva, u javnosti se često predstavlja i kao proboj pravne osobnosti (engl. *Piercing the Corporate Veil*). Taj je pojam uvriježen u terminologiji prava društava (privatnom pravu), ali nije nepoznat ni u poreznom pravu, pogotovo imajući u vidu gospodarsko tumačenje poreznih propisa. Međutim, smatramo kako je preciznije govoriti o promjenama instituta zakonskog poreznog jamstva, nego o uvođenju novog, dosad nepoznatog, instituta proboja pravne osobnosti u OPZ. Osim toga, posebno je važno pitanje povezanosti cilja koji se ZIDOPZ-om želio postići i načela zabrane zloporabe prava, koje komparativnopravno dobiva sve značajniji zakonodavni izričaj.

Rad je strukturno podijeljen na četiri dijela. Nakon uvoda, u drugom se dijelu objašnjava značenje instituta zakonskog poreznog jamstva u RH, s prikazom najvažnijih odredbi do stupanja na snagu ZIDOPZ-a. U trećem se dijelu prikazuju i kritički preispituju odredbe OPZ-a koje se odnose na tzv. „proboj pravne osobnosti“, s posebnim osvrtom na postupovna pitanja koja bi mogla izazvati probleme u njihovoj primjeni. Četvrti dio bavi se općim i posebnim poreznim pravilima o zabrani zloporabe, prisutnim u poredbenom zakonodavstvu, koja dosad nisu dovoljno razvijena i korištena u Hrvatskoj. Peti i posljednji dio rada je zaključak.

2. OPĆENITO O INSTITUTU POREZNOG JAMSTVA U RH

Poreznopravni odnos je javnopravni odnos između javnopravnih tijela s jedne te fizičkih i pravnih osoba s druge strane, čiji objekt mogu biti sva prava i obveze i materijalne i postupovne naravi, iz područja poreza, odnosno javnih davanja. Porezno-dužnički odnos je uži pojam koji obuhvaća tek materijalni dio poreznopravnog odnosa, te je njegov objekt uvijek određeni imovinsko-pravni zahtjev, odnosno novčana činidba. OPZ u čl. 19. taksativno određuje prava i obveze koji čine sadržaj porezno-dužničkog odnosa. Pravo poreznog tijela na naplatu novčanog iznosa dužnog poreza, čiji je korelat obveza poreznog obveznika, u ovom odnosu preciznije - poreznog dužnika, da taj iznos plati, najčešći je objekt porezno-dužničkog odnosa.

Iako su sudionici porezno-dužničkog odnosa u pravilu porezno tijelo s jedne i porezni obveznik s druge strane, moguće je u porezno-dužnički odnos, uglavnom u ulozi dužnika, uključiti i neke druge osobe. Tako OPZ izričito, u čl. 18., st. 2., navodi, uz porezno tijelo i poreznog obveznika, i poreznog jamca kao mogućeg sudionika porezno-dužničkog odnosa. Porezno je jamstvo primjer poreznopravnog instituta koji vuče podrijetlo iz privatnog prava, točnije građanskog prava. Jamstvo (poručanstvo) je u građanskom pravu institut koji služi osobnom pojačanju obveznopravnog odnosa, „kojim se vjerovniku daje veća sigurnost da će mu dužna činidba biti ispunjena.“ Slična je svrha poreznog jamstva, koje pojačava porezno-dužnički odnos, jer u njega stupaju druge osobe, koje postaju odgovorne za tuđi porezni dug. Osnovna obilježja jamstva, kao što su akcesornost, supsidijarnost, opseg jamčeve odgovornosti, jamčevo pravo regresa i dr., istovjetna su i u građanskom i u poreznom pravu.

Temeljna je razlika između građanskog i poreznog jamstva u RH u pravnom temelju odgovornosti jamca. U građanskom je pravu to isključivo ugovor (ugovor o jamstvu), izraz slobodne volje osobe koja stupa u obveznopravni odnos kao jamac. S druge strane, pravni temelj poreznog jamstva isključivo je zakonsko pravno pravilo, koje izričito propisuje odgovornost određenih osoba kao jamaca za tuđi porezni dug. U Hrvatskoj su takva pravila sadržana u čl. 26.-32. OPZ-a, a osobe u pitanju nazivaju se zakonskim (*ex lege*) poreznim jamicima.

Potrebno je napomenuti kako je jamstvo za porezni dug temeljem ugovora također moguće, iako gotovo nepoznato u praksi. Bitna je razlika što u tom slučaju ne dolazi do uključivanja jamca u porezno-dužnički odnos, već se uspostavlja isključivo građanskopravni odnos između poreznog tijela (kao vjerovnika u porezno-dužničkom odnosu) i jamca u odnosu na porezni dug, za koji kao glavni dužnik odgovara porezni obveznik. Sukladno tomu, *sedes materiae* za pitanje odgovornosti ugovornog jamca za porezni dug propisi su građanskog prava, točnije ZOO. U odnosu na ugovornog jamca nemoguće je, dakle, donijeti porezno rješenje (upravni akt) kojim mu se nalaže plaćanje poreznog duga. Svoje zahtjeve u odnosu na ugovornog jamca porezna tijela mogla bi ostvarivati samo u građanskom postupku. Iz ovoga nedvojbeno proizlazi zaključak kako se ugovorom o jamstvu koji se odnosi na porezni dug uspostavlja privatnopravni odnos, a zakonskim poreznim jamstvom javnopravni, porezno-dužnički odnos između poreznog tijela i jamca. Subjektivni obuhvat pojma „porezni jamac“, u smislu OPZ-a, stoga je ograničen isključivo na zakonske porezne jamce, a ne i na osobe koje za porezni dug jamče temeljem ugovora.

2.1. Uređenje zakonskog poreznog jamstva do stupanja na snagu ZIDOPZ-a

Materijalne odredbe kojima se propisuje odgovornost određenih osoba kao poreznih jamaca za porezni dug sadržavao je već i prvi OPZ iz 2000. godine. Niti stupanjem na snagu novog OPZ-a iz 2008. te njegove novele iz 2011. ove se odredbe nisu u bitnome mijenjale. Većina prijašnjih odredbi ostala je nepromijenjena i po stupanju na snagu ZIDOPZ-a. Promjene se odnose tek na ukidanje odredbe iz čl. 31. OPZ-a te uvođenje novih odredbi i materijalnih (čl. 26.a-26.d OPZ-a) i postupovnih (čl. 158.a-158.f OPZ-a). Kako bi se objasnilo značenje navedenih izmjena najprije iznosimo kratak prikaz uređenja poreznog jamstva prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a, koje se u najvećem dijelu podudara s uređenjem *de lege lata*.

Sve zakonske porezne jamce općenito možemo podijeliti u dvije kategorije s obzirom na oblik njihove odgovornosti. Porezni jamci prema odredbi čl. 30., st. 1. OPZ-a, koja ima *lex generalis* značenje, odgovaraju supsidijarno. To znači da porezno tijelo mora ispunjenje obveze koja je objekt porezno-dužničkog odnosa najprije zahtijevati od poreznog obveznika kao glavnog dužnika pisanim pozivom u kojem se određuje i rok ispunjenja. Ako porezni obveznik ne podmiri dospjeli porezni dug u roku, porezno tijelo plaćanje duga može tražiti od poreznog jamca. Međutim, u tri taksativno navedena slučaja iz čl. 30., st. 2., OPZ-a, koji ima *lex specialis* značenje, porezni jamci ne odgovaraju supsidijarno, već solidarno. Navedeni slučajevi su: 1) ako je zakonom propisana odgovornost određene osobe kao jamca platca za tuđi porezni dug, 2) ako je fizička ili pravna osoba utajila porez i 3) ako je fizička ili pravna osoba sudjelovala u utaji poreza. Na odgovornost navedenih osoba primjenjuje se čl. 21., st. 2. OPZ-a, kojim se definira pojam solidarnih dužnika, odnosno određuje značenje solidarne odgovornosti više osoba

za isti porezni dug. Sukladno tomu, u tri navedena slučaja porezni jamac „odgovara poreznom tijelu kao glavni dužnik, pa može biti pozvan na plaćanje poreznog duga prije glavnog dužnika ili zajedno s njim“, o čemu odlučuje porezno tijelo. Radi veće preglednosti rada, cjeloviti prikaz materijalnih odredbi OPZ-a (do stupanja na snagu ZIDOPZ-a) kojima je bila uređena odgovornost određenih osoba kao zakonskih poreznih jamaca, iznosimo *infra* u tablici 1.

OPZ sve do novele iz 2012., nije sadržavao posebna postupovna pravila, koja bi se primjenjivala u odnosu na utvrđivanje postoje li pravne činjenice, za koje zakon veže nastanak odgovornosti fizičke ili pravne osobe kao poreznog jamca. To znači da je i u odnosu na zakonske porezne jamce u obzir dolazila primjena općih pravila OPZ-a o utvrđivanju činjenica bitnih za oporezivanje, kao najvažnije faze poreznog postupka. Porezna tijela su se, dakle, mogla, i još uvijek mogu, koristiti širokim zakonski predviđenim instrumentarijem, kako bi utvrdili je li koja od pretpostavki o odgovornosti određene osobe kao poreznog jamca, određenih u apstraktnim pravilima čl. 26.do 32. OPZ-a, ispunjena u odnosu na konkretni porezno-dužnički odnos.

Ako je odgovor potvrđan, u odnosu na zakonskog poreznog jamca od kojeg se porezni dug može naplatiti mora se uvijek, u skladu s čl. 93. OPZ-a, donijeti porezno rješenje – rješenje o naplati poreza na osnovi jamstva. Pritom porezno tijelo mora poštivati sve odredbe OPZ-a koje se odnose na porezna rješenja. Odredbu čl. 93., st. 2. OPZ-a, kojom se određuje da se rješenje o naplati poreza na osnovi jamstva ne može donijeti, ukoliko porezna obveza poreznog obveznika (glavnog dužnika) nije dospjela ili je prestala (zbog zastare prava na naplatu ili otpisa), tumačimo kao odraz shvaćanja o akcesornosti i načelnoj supsidijarnosti poreznog jamstva, kao njegovim glavnim obilježjima. Ako se u tim slučajevima rješenje u odnosu na jamca ipak donese, „bit će po službenoj dužnosti ili na zahtjev poreznog obveznika ili jamca oglašeno ništavim.“

Konačno valja dodati kako protiv rješenja o naplati poreza na osnovi jamstva porezni jamac ima pravo žalbe kao redovni pravni lijek, ali i pravo na pokretanje upravnog spora protiv drugostupanjske odluke. Poreznom jamcu se i inače priznaju sva postupovna prava kao i poreznom obvezniku te se, *mutatis mutandis*, u odnosu na njega primjenjuju i sve odredbe OPZ-a o pravima poreznih obveznika u poreznom postupku.

Tablica 1.: prikaz zakonskog poreznog jamstva do stupanja na snagu ZIDOPZ-a

<i>porezni jamac</i>	<i>pravni temelj odgovornosti</i>	<i>pretpostavke odgovornosti</i>	<i>oblik odgovornosti</i>	<i>opseg odgovornosti</i>
zakonski zastupnik poreznog obveznika	čl. 26. OPZ-a (u vezi s čl. 32. OPZ-a)	pri obavljanju poslova alternativno ispunjenje jedne od pretpostavki: 1. počinjenje kaznenog djela utaje poreza 2. sudjelovanje u utaji poreza 3. bespravno smanjenje poreza ili ostvarenje druge porezne povlastice za zastupane osobe	solidarna	neograničena odgovornost za manje plaćeni porez i kamate
zastupnik ili upravitelj udruženih osoba i imovinskih masa bez pravne osobnosti				
porezni platac	čl. 27. OPZ-a	postojanje obveze poreznog platca na obračun, obustavu, uplatu i prijavu poreza u ime i za račun druge osobe	solidarna	neograničena odgovornost za porez po odbitku
osoba koja vodi poslovne knjige poreznog obveznika	čl. 28. OPZ-a	neuredno/neistinito/neprevodno vođenje poslovnih knjiga	supsidijarna	neograničena odgovornost za manje plaćeni porez i kamate
osoba koja ispostavlja isprave		ispostavljanje neistinitih i nevjerodostojnih isprava		
preuzimatelj gospodarske cjeline	čl. 30. OPZ-a	prijenos vlasništva gospodarske cjeline s poreznog obveznika na preuzimatelja	supsidijarna	ograničena odgovornost za poreze vezane uz poslovanje gospodarske cjeline i za porez po odbitku*
utajivači poreza	čl. 32. OPZ-a	umanjenje/neiskazivanje porezne obveze kao posljedica utaje ili pomaganja/prikrivanja utaje poreza	solidarna	neograničena odgovornost za manje plaćeni ili utajeni porez i kamate
pomagatelji/prikrivatelji utaje				
vlasnici stvari ili prava**	čl. 31. OPZ-a	kumulativno ispunjenje dviju pretpostavki: 1. većinska članska prava u trgovačkom društvu 2. vlasništvo nad stvarima ili pravima koji služe za obavljanje djelatnosti društva	solidarna	ograničena odgovornost za poreze vezane uz poslovanje društva

Napomene: * odgovornost ograničena visinom vrijednosti stečene gospodarske cjeline (definirane u čl. 33.-36. OPZ-a)

** odredba ukinuta stupanjem na snagu ZIDOPZ-a (detaljnije: *infra*, poglavlje 3.1.2.)

3. IZMJENE POREZNOG JAMSTVA NAKON STUPANJA NA SNAGU ZIDOPZ-a

ZIDOPZ je stupio na snagu 21. kolovoza 2012. Odredbe OPZ-a koje su doživjele izmjene i dopune odnose se na niz pitanja, među kojima posebno ističemo promjene u institutima porezne tajne i poreznog jamstva. Upravo su te promjene odraz općih ciljeva koji su se donošenjem ZIDOPZ-a htjeli postići, jačanja financijske (porezne) discipline te veće učinkovitosti poreznih tijela pri naplati poreza. O učinkovitosti naplate poreza u RH dovoljno govori gotovo nevjerojatan podatak kako je 1. siječnja 2012. ukupni porezni dug (glavnica i kamate) iznosio preko 50 milijardi HRK. S obzirom na to da naplata poreza, najznačajnijeg oblika javnih prihoda u suvremenim državama, u bitnome ovisi o kvaliteti i učinkovitosti porezne administracije i porezno-postupovnog okvira, hrvatski je zakonodavac očito imao namjeru navedene opće ciljeve ostvariti intervencijama u OPZ. Što se tiče specifičnih ciljeva zbog kojih se mijenjaju i dopunjuju odredbe o zakonskom poreznom jamstvu, oni su izraženi u prijedlogu ZIDOPZ-a. Ukratko se mogu opisati kao pojačanje položaja poreznih tijela kao vjerovnika u porezno-dužničkom odnosu te sprječavanje različitih pojava oblika zloporaba u poslovanju trgovačkih društava, koji kao posljedicu imaju nemogućnost naplate poreznog duga. Izmjene i dopune odredbi koje se odnose na zakonsko porezno jamstvo možemo podijeliti na izmjene materijalne i izmjene postupovne naravi.

3.1. Materijalne odredbe

Novе materijalne odredbe koje se odnose na institut poreznog jamstva, ubačene su u glavu IV. („Porezno-dužnički odnos“), odjeljak 2. („Odredbe o odgovornosti“) OPZ-a, gdje nalazimo i ostale, *supra* prikazane, odredbe (čl. 26.-32.) o poreznom jamstvu. Novim se odredbama zapravo širi krug osoba koje odgovaraju za tuđi porezni dug kao *ex lege* porezni jamci. I to samo u odnosu na porezne dugove čiji je glavni porezni dužnik trgovačko društvo. Osobe koje, prema novim odredbama, odgovaraju kao porezni jamci za porezni dug trgovačkih društava, možemo općenito podijeliti u dvije osnovne skupine: 1) članovi uprave i izvršni direktori trgovačkog društva te povezane osobe, čija se odgovornost uspostavlja novim čl. 26.a OPZ-a i 2) članovi trgovačkog društva, čija se odgovornost uspostavlja novim čl. 26.b OPZ-a.

Najprije valja navesti odredbe OPZ-a koje se *rationae personae* primjenjuju na obje navedene skupine. To je čl. 26.d, koji uređuje njihovu odgovornost kao zakonskih poreznih jamaca, što nužno pretpostavlja i potrebu primjene svih odredbi OPZ-a koje se općenito odnose na porezne jamce. Budući da nijedna posebna odredba ne propisuje odgovornost neke od navedenih osoba kao solidarnog jamca, možemo zaključiti kako je njihova odgovornost uvijek supsidijarna. Također, sukladno čl. 26.d OPZ-a, odgovornost navedenih osoba kao poreznih jamaca može biti utvrđena tek po provođenju posebnog dijela poreznog postupka, postupka utvrđivanja zloporabe prava i donošenja rješenja kojim se taj postupak zaključuje.

Opće materijalnopravno značenje ima i odredba čl. 26.c OPZ-a, u kojoj se taksativno navode posebni slučajevi odgovornosti, u kojima će se u svakom slučaju (bez obzira na posebne odredbe iz čl. 26.a-26.b) uspostaviti odgovornost obje skupine osoba kao zakonskih poreznih jamaca. Zapravo se radi o preuzimanju odredbi Kaznenog zakona i ZTD-a koje se odnose na određena gospodarska kaznena djela. Očito je namjera zakonodavca da odgovornost poreznog jamca protegne na osobe koje su izvršile radnju (činjenje ili nečinjenje), koja je dio bića taksativno navedenih, gospodarskih kaznenih djela. Pretpostavlja se, naime, da takve radnje mogu osobito utjecati na nemogućnost naplate poreznog duga. Te su radnje:

1. 1. prividni ili besplatni prijenos imovine trgovačkog društva (glavnog poreznog dužnika) na trgovačko društvo, koje su osnovali sami ili s drugim osobama; drugi oblici prividne prodaje, opterećenja bez odgovarajuće protučinidbe ili besplatnog ustupa povezanim osobama, cijele ili dijela imovine; slučajevi oštećenja, uništenja ili činjenja neupotrebljivom imovine trgovačkog društva;

2. 2. zaključenje prividnog pravnog posla ili priznanje nepostojeće tražbine trgovačkom društvu koje su osnovali sami ili s drugim osobama;

3. 3. umanjenje imovine ili prikrivanje imovinskog stanja; nepodnošenje zakonom propisanih godišnjih izvješća; nepokretanje stečajnog postupka.

3.1.1. Odgovornost članova uprave i izvršnih direktora društava kapitala te povezanih osoba

OPZ izričito propisuje da članovi uprave i izvršni direktori društava kapitala odgovaraju kao porezni jamci, pod pretpostavkom da pri vođenju poslova društva zloupotrebljavaju svoje ovlasti, a što za posljedicu ima nemogućnost ispunjenja obveza iz porezno-dužničkog odnosa (plaćanje poreznog duga društva) i oštećenje poreznog tijela kao vjerovnika u tom odnosu. Primjericnom metodom navodi se i koje se radnje, za koje su odgovorni članovi uprave ili izvršni direktori, osobito mogu smatrati uzrokom nemogućnosti naplate poreznog duga. To su: 1) preusmjeravanje novčanih tokova na druge pravne ili fizičke osobe radi izbjegavanja plaćanja poreznih obveza, 2) korištenje društva radi postizanja zabranjenih ciljeva, koje inače sami ne bi mogli postići i 3) umanjenje ili otuđenje imovine društva.

Opravdanje za uspostavljanje zakonskog poreznog jamstva navedenih osoba za porezne dugove trgovačkog društva njihove su ovlasti pri vođenju poslova društava kapitala, te mogućnost da odgovaraju za štetu koju su nanijeli društvu povredom svoje dužnosti da poslove društva vode s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika. *Sedes materiae* za oba spomenuta pitanja u RH jest ZTD. „Vođenje poslova društva jest svako djelovanje usmjereno ostvarenju cilja zbog kojeg je društvo osnovano i ne odnosi se na osnove društva.“ Društva kapitala u RH su, prema odredbama ZTD-a, društvo s ograničenom odgovornošću (dalje: d.o.o.) i dioničko društvo (d.d.). ZTD izričito propisuje kako je za vođenje poslova d.o.o.-a i d.d.-a ovlaštena uprava, organ koji moraju imati oba oblika društva kapitala. Uprava se može sastojati od jedne ili više fizičkih osoba kao njezinih članova, koji moraju voditi poslove društva s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika te, ako

tu svoju dužnost povrijede, odgovaraju za štetu koju su time nanijeli trgovačkom društvu. Značajno je kako i vjerovnici društva, pa tako i porezna tijela, mogu u građanskom postupku prema članovima uprave postaviti zahtjev za naknadu štete, ukoliko svoje tražbine ne mogu podmiriti od samog društva. ZTD predviđa i mogućnost izbora monističkog ustroja d.d.-a, što predstavlja odstupanje od načelno dualističkog ustroja d.d.-a, koji počiva na striktno odvojenim ovlastima uprave i nadzornog odbora d.d.-a. Monistički ustroj pretpostavlja postojanje jednog organa – upravnog odbora – u kojem se objedinjuju funkcije vođenja poslova društva i nadzora nad vođenjem poslova društva. U tom slučaju poslove društva vode izvršni direktori, koje imenuje upravni odbor. Na odgovornost izvršnih direktora na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZTD-a kojima je uređena odgovornost članova uprave u dualistički ustrojenom d.d.-u.

S obzirom na ovlasti članova uprave i izvršnih direktora d.o.o.-a i d.d.-a pri vođenju poslova, ali i zastupanju društva, jasno je kako njihove radnje, bilo činjenja ili nečinjenja, mogu izravno utjecati na mogućnost naplate poreznog duga trgovačkog društva. U tom smislu važno je, uz primjerično navođenje zloraba iz čl. 26.a, st. 2., imati na umu i taksativni popis slučajeva iz čl. 26.c, kod kojih se smatra da je pretpostavka odgovornosti ovih osoba ispunjena (npr. nepokretanje stečajnog postupka, suprotno odredbama Stečajnog zakona). Bitno je naglasiti kako u svakom pojedinom slučaju mora postojati uzročno-posljedična veza između radnje člana uprave ili izvršnog direktora i nemogućnosti naplate poreznog duga, a što utvrđuju porezna tijela u posebnoj dijelu poreznog postupka, opisanog dalje u radu.

Osim članova uprave i izvršnih direktora društva, temeljem čl. 26.a, st. 4. može se uspostaviti i odgovornost osoba koje su, u smislu odredbi OPZ-a, s njima povezane, a u čiju je korist poduzeto raspolaganje na štetu društva. Pojam povezanih osoba izričito je određen u čl. 41. OPZ-a te obuhvaća veoma širok krug fizičkih ili pravnih osoba. Tako se, ako primjerice, član uprave d.o.o.-a nedopuštenim zahvatom umanju imovinu društva u korist drugog društva u kojem ima kontrolu, a to kao posljedicu izazove nemogućnost naplate cijelog ili jednog dijela poreznog duga d.o.o.-a, uspostavlja supsidijarna odgovornost i člana uprave i drugog društva kao zakonskih poreznih jamaca za taj porezni dug. Važno je naglasiti kako članovi uprave i izvršni direktori društva odgovaraju neograničeno cijelom svojom imovinom, dok je odgovornost povezanih osoba ograničena visinom koristi koju su imale od nedopuštenih radnji u pitanju.

3.1.2. Odgovornost članova trgovačkog društva

Čl. 26.b OPZ-a pravni je temelj za uspostavu odgovornosti članova trgovačkog društva, kao poreznih jamaca, za porezni dug društva. Pretpostavka odgovornosti jest zloraba pravila da članovi d.o.o.-a, dioničari d.d.-a i komanditori u komanditnom društvu (dalje: k.d.) načelno ne odgovaraju za obveze društva, pa tako ni za one iz porezno-dužničkog odnosa. Čl. 26.b OPZ-a u tom smislu preuzima pravila sadržana u čl. 10. ZTD-a, koja uređuju pitanje odgovornosti članova trgovačkog društva za obveze društva.

Trgovačka društva imaju pozitivnim pravnim poretkom priznatu pravnu osobnost, odvojenu od osobnosti njihovih članova, fizičkih ili pravnih osoba. Kada u pravnom prometu društvo ulazi u ugovorne odnose, obveza u svakom slučaju nastaje za samo društvo, a tek pod određenim, zakonom propisanim uvjetima, i za članove. Isto se odnosi i na *ex lege* obveze te izvanugovorne obveze. „Društvo pravna osoba uvijek odgovara za svoje obveze cijelom svojom imovinom jer je riječ o njegovoj obvezi.“ I u poreznom se pravu odražava načelo odvojenosti osobnosti društva od članova, utvrđenog pravilima privatnog prava. U skladu s time, samo trgovačko društvo (a ne njegovi članovi) sudionik je poreznopravnog i porezno-dužničkog odnosa, i to s obzirom na čitav niz poreznih oblika, uređenih poreznim materijalnim pravom. Trgovačka društva sudionici porezno-dužničkog odnosa cijelom svojom imovinom odgovaraju za vlastite porezne obveze, a samo u zakonom određenim slučajevima za te će obveze biti odgovorni i njihovi članovi.

Opće pravilo iz čl. 10., st. 2. ZTD-a (preuzeto u čl. 26.b, st. 2. OPZ-a) propisuje kako članovi društava kapitala te komanditori u k.d.-u ne odgovaraju za obveze društva. Čini se kako je upravo to razlog što praksa ukazuje na često korištenje nekim od oblika društva kapitala. Od ovog općeg pravila iznimku predstavljaju slučajevi koji se zajednički mogu odrediti radnjama kojima član društva zlorabi svoju načelnu neodgovornost za obveze društva. U tim se slučajevima odgovornost može uspostaviti temeljem opće klauzule o zabrani zlorabe iz čl. 10., st. 3. ZTD-a (preuzeto u čl. 26.b, st. 3. OPZ-a). Ovim se pravilom zapravo uređuje institut proboja pravne osobnosti, tj. „ukidanje odvojenosti društva i članova kojom se inače uklanja odgovornost članova za obveze društva i omogućuje vjerovnicima da, naposljetku, svoje tražbine namire i iz imovina članova.“ Za primjenu ovog instituta i uspostavljanje odgovornosti člana društva pretpostavka jest zloraba njegove neodgovornosti, što nedvojbeno predstavlja primjenu jednog od osnovnih načela obveznih odnosa, načela zabrane zlorabe prava. Činjenica zlorabe mora se procjenjivati i dokazati u svakom pojedinom slučaju, osim ako se ne radi o nekom od kvalificiranih oblika zlorabe, kod kojih se ona ne mora dokazati.

S obzirom na izloženo uređenje, jasno je kako se i prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a mogla utvrditi odgovornost članova za porezne obveze društva, i to temeljem čl. 10., st. 3. ZTD-a, odnosno instituta proboja pravne osobnosti. Preuzimanje navedenih materijalnih odredbi ZTD-a u OPZ ima bitne postupovne implikacije, jer dotad isključivo građanskopravna stvar (utvrđivanje odgovornosti članova za porezne obveze društva) o kojoj je mogao odlučivati isključivo trgovački sud u građanskom postupku postaje upravnom stvari o kojoj odlučuje porezno tijelo u poreznom postupku. Važno je, međutim, istaknuti kako razlike postoje i s materijalnopravnog aspekta, kada se radi o obliku odgovornosti. Naime, proboj pravne osobnosti prema ZTD-u rezultat će uspostavom solidarne odgovornosti članova za obveze društva, dok se temeljem čl. 26.b OPZ-a uspostavlja supsidijarna odgovornost članova. To stoga što i u ovom slučaju dolazi do primjene odredbe čl. 26d OPZ-a, koja izričito određuje da i članovi društva odgovaraju kao porezni jamci, dakle supsidijarno. Zaključujemo kako ovu novinu u OPZ-u treba tumačiti

kao širenje kruga zakonskih poreznih jamaca preuzimanjem, *mutatis mutandis*, privatnopravnog instituta proboja pravne osobnosti.

Stupanjem na snagu ZIDOPZ-a prestala je potreba i za postojanjem odredbe iz čl. 31. OPZ-a. Njime je bila uređena odgovornost, tzv. vlasnika stvari i prava za porezne obveze trgovačkog društva. *Rationae personae* odredba se primjenjivala u odnosu na osobe koje imaju većinska članska prava u društvu, a ujedno su i vlasnici stvari i prava koja služe za obavljanje djelatnosti društva. U slučaju ispunjenja navedenih kumulativnih uvjeta uspostavljala se ograničena odgovornost (do visine vrijednosti stvari ili prava u pitanju) za porezne obveze koje se odnose na poslovanje društva (npr. obveza plaćanja poreza na dodanu vrijednost), nastale u vrijeme u kojem su te osobe imale većinska članska prava. Ukinuta odredba čl. 31. OPZ-a u svakom se slučaju može povezati s načelom gospodarskog pristupa jer odražava shvaćanje kako se gospodarska korist ostvarena od stvari (npr. nekretnine) ili prava (npr. patenta) koja služe obavljanju djelatnosti društva može pripisati i vlasniku tih stvari ili prava. Štoviše, analizom odredbe čl. 31. OPZ-a dolazi se do zaključka kako je i institut „proboja pravne osobnosti“ trgovačkog društva u odnosu na porezne dugove postojao u hrvatskom poreznom pravu i puno prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a, samo uz bitno drukčije zakonske pretpostavke. Pravilo iz čl. 31. u praksi se ipak gotovo uopće nije primjenjivalo, a vjerojatno je razlog i njegova nomotehnička nepreciznost. Nije, naime, bilo određeno radi li se o supsidijarnoj ili solidarnoj odgovornosti, a do odgovornosti je u svakom slučaju dolazilo ispunjenjem navedenih kumulativnih uvjeta, bez obzira je li se u konkretnom slučaju radilo o kakvoj zloporabi prava.

3.2. Postupovne odredbe

Osobe na koje se odnose odredbe čl. 26.a-26.b OPZ-a odgovaraju kao porezni jamci za porezni dug trgovačkog društva tek ako se u posebnom dijelu poreznog postupka dokaže postojanje zakonskih pretpostavki njihove odgovornosti te donese porezno rješenje kojim se pozivaju na plaćanje poreznog duga. U OPZ-u se taj dio poreznog postupka označava kao postupak utvrđivanja zloporabe prava, a uređen je odredbama čl. 158.a-158.f, objedinjenih u posebnoj glavi VI.a OPZ-a.

Postupak utvrđivanja zloporabe prava dio je poreznog postupka, koji porezna tijela provode po službenoj dužnosti, a čiji je cilj provjera i utvrđivanja onih činjenica koje su bitne za uspostavu odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a kao poreznih jamaca. Pritom se postupak može provoditi u odnosu na sve porezne obveznike i druge osobe koje raspolažu činjenicama i dokazima bitnima za odlučivanje. U čl. 158.d OPZ-a uređuje se koje su to činjenice predmet postupka utvrđivanja prava, što je u skladu i s materijalnim odredbama iz čl.26.a-26.c OPZ-a. Bitno ograničenje u provođenju ovog postupka jest kako se on može pokrenuti samo ako su prethodno neuspješno poduzete sve mjere prisilne naplate poreznog duga od trgovačkog društva glavnog dužnika te je porezni dug ostao nenaplaćen. Ostale postupovne odredbe pri utvrđivanju zloporabe prava i uspostavljanja odgovornosti

osoba iz čl. 26.a-26.b u biti predstavljaju, *mutatis mutandis*, preuzimanje rješenja kojima je u OPZ-u uređen porezni nadzor. To se odnosi na obvezu dostave obavijesti o provođenju postupka zloporabe, sastavljanju zapisnika o provedenim radnjama, pravu prigovora na zapisnik, te, konačno, o donošenju rješenja kojim se ovaj postupak završava ako porezno tijelo utvrdi kako su ostvarene zakonske pretpostavke odgovornosti. Ovo je rješenje po svim obilježjima zapravo rješenje o naplati poreza po osnovi jamstva. To samo potvrđuje *infra* izneseno stajalište kako je pravo poreznog tijela na utvrđivanje zloporabe prava samo dio njegova prava iz porezno-dužničkog odnosa na naplatu poreza.

Uređenje postupka utvrđivanja zloporabe prava u OPZ-u opravdano trpi kritike. U nastavku se analiziraju dva pitanja koja zaslužuju osobitu pažnju: pitanje nadležnosti poreznog tijela za vođenje ovog postupka te pitanje porezne zastare unutar tematizirane problematike, odnosno dokazivanja zloporabe prava u porezno-dužničkom odnosu.

3.2.1. Pitanje opravdanja nadležnosti poreznih tijela

Jedna od osnovnih primjedbi upućenih po stupanju na snagu novih, *supra* opisanih, odredbi OPZ-a jest ustanovljenje nadležnosti poreznih tijela za utvrđivanje, u okviru poreznog postupka, postojanja zloporabe te odlučivanje o odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a za porezne obveze trgovačkog društva kao glavnog poreznog dužnika. Naime, do stupanja na snagu ZIDOPZ-a, za provođenje postupaka u kojima se mogla utvrditi odgovornost članova za obveze društva, kao i za postupke u kojima se mogla utvrditi odgovornost članova uprave i izvršnih direktora za štetu koju su nanijeli društvu, stvarno je nadležan bio isključivo sud (trgovački sud). Nakon stupanja na snagu ZIDOPZ-a porezna tijela u poreznom postupku, tj. u njegovom posebnom dijelu, utvrđuju činjenice za koje zakon veže uspostavu odgovornosti te donose rješenje kojim se navedene osobe poziva da kao zakonski porezni jamci plate porezni dug trgovačkog društva. Analizi ovog problema valja pristupiti s dva aspekta. Prvi aspekt tiče se općenitog opravdanja za uspostavljanje nadležnosti poreznog tijela, kao javnopravnog tijela, za odlučivanje o odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b kao zakonskih poreznih jamaca. Drugi aspekt tiče se praktičnih problema u provedbi ovih postupaka poreznih tijela, vezanih uz sumnje o osposobljenosti i stručnosti poreznih službenika za provođenje jednog tako složenog postupka.

Vezano za prvi aspekt, smatramo kako na načelnoj razini u ovom slučaju nema mjesta kritici o „premještanju nadležnosti“ sa sudske na upravno-izvršnu vlast. Za ustanovljenje nadležnosti sudstva ili javne uprave za postupanje u određenoj stvari ključnim se čini razgraničenje radi li se o građanskopravnoj ili upravnoj stvari. Pritom je u Hrvatskoj prisutna sadržajna neodređenost, i normativna i teoretska, i jedne i druge stvari. Stupanjem na snagu ZIDOPZ-a nedvojbeno je kako utvrđivanje odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a za porezni dug trgovačkog društva postaje upravna stvar, o kojoj se odlučuje u poreznom postupku. Naime, jednom kad se ostvare pretpostavke za *ex lege* uspostavu poreznog jamstva, osobe u pitanju postaju

sudionici porezno-dužničkog odnosa, a time se uspostavlja i nadležnost poreznih tijela za utvrđivanje činjenica relevantnih za oporezivanje i naplatu poreznog duga. S druge strane, pitanje proboja pravne osobnosti temeljem čl. 10., st. 3. ZTD-a, kao i drugih odredbi ZTD-a kojima se uređuje odgovornost članova trgovačkog društva, članova uprave i nadzornog odbora te izvršnih direktora, ostaje građanskopravna stvar, za čije su rješavanje i dalje stvarno nadležni trgovački sudovi. Ovakvu dihotomiju postupovnog uređenja možemo opravdati ciljevima politike koje je zakonodavac imao na umu pri noveliranju OPZ-a te time što je odgovornost koju utvrđuju porezna tijela bitno drukčija od odgovornosti regulirane prema ZTD-u, i prema pravnom temelju, i prema obliku odgovornosti. No, glavno opravdanje nalazimo u doktrini Europskog suda za ljudska prava, koji je, tumačenjem čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava, postavio granice određenja pojma „prava i obveze građanske prirode.“ U više je navrata u praksi Suda utvrđeno kako prava i obveze iz područja oporezivanja nisu obuhvaćene tim pojmom. Temeljni razlog tomu jest shvaćanje Suda kako porezne stvari i dalje u bitnome obilježava javnopravna priroda odnosa između poreznih tijela i poreznih obveznika, o čemu je već bilo riječi *supra*. Metodom analogije zaključujemo kako se do istog zaključka dolazi i kada se radi o pravima i obvezama koje se utvrđuju u postupku utvrđivanja zlorabe prava, prema OPZ-u.

Problematičnijim se čini pitanje posjeduju li službenici poreznih tijela koji provode postupak utvrđivanja zlorabe prava dovoljnu razinu stručnosti i osposobljenosti za provođenje ovog postupka. Uostalom, „osposobljenost službenika za vođenje upravnih postupaka i rješavanje u njima smatra se osnovnom pretpostavkom moderne i učinkovite uprave.“ Kad se radi o predmetnom postupku, nedvojbeno je kako su pretpostavke za uspostavljanje zakonskog poreznog jamstva temeljem čl. 26.a-26.d OPZ-a puno složenije za utvrđivanje i dokazivanje u odnosu na druge slučajeve uspostave zakonskog poreznog jamstva. Postupak primjene ovih pravila – podvođenje konkretnog pravnog odnosa pod apstraktni odnos opisan u pravilu – iziskuje visoko stručno poznavanje svih pojmova koji se pritom koriste. Pravni pojmovi iz odredbi čl. 26.a-26.b OPZ-a nisu pojmovi poreznog prava, već u najvećoj mjeri pojmovi izdvojene grane prava, prava društava, te se opravdano postavlja pitanje može li se izrada pravnog silogizma u primjeni predmetnih odredbi, prepustiti osobama koje nemaju specijalizirano znanje iz ovog područja, a često čak niti pravničko obrazovanje. Osobe koje su, prema čl. 158.b OPZ-a, ovlaštene provoditi postupak utvrđivanja zlorabe prava su inspektori službe za ovršni postupak i porezni revizori. U zakonskim i podzakonskim pravilima, kojima su određeni uvjeti koje osobe moraju zadovoljavati za obavljanje poslova na navedenim radnim mjestima, ne nalazimo uvjete koji bi osiguravali dovoljnu razinu stručnosti i osposobljenosti za rješavanje u predmetnim postupcima. U skladu s tim moramo izraziti bojazan oko primjene instituta proboja pravne osobnosti u praksi, i to unatoč postojanju sudske kontrole, u okviru upravnog spora.

3.2.2. Pitanje zastare u postupku utvrđivanja zloporabe prava

Jedno od osnovnih pravila OPZ-a koje se odnosi na postupak utvrđivanja zloporabe prava jest kako se provjera i utvrđivanje činjenica koje čine njegov predmet može obavljati samo u odnosu za razdoblje za koje nije nastupila zastara prava na utvrđivanje zloporabe prava. Međutim nezadovoljavajuće je uređeno pitanje zastare, o kojemu ovisi dopustivost provođenja ovog postupka zloporabe prava. To se posebno odnosi na pitanje početka tijeka zastarnog roka, ključno za primjenu odredbi o poreznoj zastari, a koje je zakonodavac dosad propustio precizno urediti. Naime, u odredbama čl. 94., st. 3.-7., kojima se uređuje pitanje početka tijeka zastarnog roka za različite vrste zastara u poreznom postupku, ne nalazimo pojam zastare „prava na utvrđivanje zloporabe prava.“ Štoviše, zakonodavac na ovom mjestu neprecizno i nedosljedno predviđa dva „modela“ ili oblika prava na utvrđivanje porezne obveze. Tako u st. 3. čl. 94. OPZ-a stoji da „zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata“ počinje teći nakon isteka godine u kojoj je trebalo utvrditi porezne obveze i kamate, dok se u st. 5. istoga članka gotovo identično navodi kako „zastara prava na utvrđivanje porezne obveze i kamata“ počinje teći nakon isteka godine u kojoj je utvrđena zloporaba prava u porezno-dužničkom odnosu. Jasno je kako u potonjem slučaju nije riječ o uređenju zastare prava na utvrđivanje porezne obveze, jednom od glavnih prava poreznih tijela u poreznopravnom odnosu. Odredbom čl. 94., st. 5. zasigurno je zakonodavac imao namjeru urediti pitanje one porezne zastare o kojoj ovisi dopustivost provođenja postupka utvrđivanja zloporabe prava.

Pritom ističemo kako se, tumačenjem svih odredbi OPZ-a koje se odnose na postupak utvrđivanja zloporabe prava, mora izvesti zaključak kako je i pravo na utvrđivanje zloporabe, kao i pravo na naplatu poreznog duga na osnovi poreznog jamstva, akcesorno u odnosu na pravo na naplatu poreza, najvažnije pravo poreznog tijela u porezno-dužničkom odnosu. Nastupom zastare prava na naplatu poreza od glavnog poreznog dužnika zastarijevaju i navedena prava poreznog tijela. U tom smislu, držimo da je odabir zakonodavca pri pozicioniranju navedenog instituta pogrešan. Pravo poreznog tijela na dokazivanje zloporabe prava nije trebalo odrediti akcesornim pravu na naplatu poreza. Ono je trebalo biti regulirano kao jedno od prava iz poreznopravnog odnosa ili barem kao samostalno pravo poreznog tijela u porezno-dužničkom odnosu, čija mogućnost ne ovisi o ostvarenju prava poreznog tijela na naplatu poreza od glavnog poreznog dužnika. *De lege lata* uređenje instituta proboja pravne osobnosti u slučaju zloporaba dovodi u pitanje mogućnost primjene navedenih odredbi u praksi te zaključujemo kako ne odgovara cilju zbog kojeg su ove odredbe uopće uvedene u porezni postupak.

Vežano uz prethodno prikazane pravne praznine pri definiranju početka tijeka zastarnog roka, problem je koji se može promatrati s obzirom na opći kontekst odnosa između poreznih vlasti i poreznih obveznika. Ističemo kako je u poreznom pravu, postupovnom i materijalnom, nepreciznost i nejasnoća odredbi uzrokom nesigurnosti poreznih obveznika. To je suprotno suvremenim tendencijama prema kojima se u odnosu između poreznih vlasti i poreznih obveznika stavlja naglasak

na međusobno povjerenje i „*fair play*“. Porezni obveznici legitimno očekuju predvidivost postupanja poreznih tijela, sukladno zakonskim odredbama. Stoga je ovakvim neprihvatljivim „*cirkularnim definiranjem*“, odnosno nedefiniranjem početka tijeka zastare prava na utvrđivanje zloporabe prava zakonodavac propustio pridonijeti razvoju odnosa povjerenja između porezne administracije i poreznih obveznika. To je jasan pokazatelj nesnalaženja zakonodavca u predmetnoj materiji.

4. Pravila o zabrani zloporabe u poreznom pravu

Supra prikazane odredbe OPZ-a podrazumijevaju mogućnost utvrđivanja postojanja zloporabe prava, odnosno ispunjenja pretpostavki odgovornosti osoba određenih u čl. 26.a-26.b kao poreznih jamaca. Kako je već spomenuto, važno je ograničenje kako se taj postupak može provesti samo u slučaju nemogućnosti naplate poreza od glavnog poreznog dužnika - trgovačkoga društva. Pritom se na žalost propustilo urediti pitanje zloporabe prava koja može postojati i ako se porez može naplatiti od glavnog poreznog dužnika – poreznog obveznika. To je pitanje u najvećem broju zakonodavstava riješeno, uz ostale mjere, općim pravilom zabrane zloporabe prava, na temelju kojim se zloporaba prava može utvrditi tijekom cijeloga poreznoga postupka. Smatramo kako je i u Hrvatskoj postupak utvrđenja odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a kao poreznih jamaca trebao biti dijelom jednog cjelovitog poreznopravnog okvira o zabrani zloporabe prava. Nastavno iznosimo komparativna rješenja koja bi mogla poslužiti kao uzor budućim rješenjima u hrvatskom poreznom pravu.

Zloporaba ili zaobilaženje prava institut je čija se definicija u poreznom pravu naslanja na onu podrijetlom iz građanskog prava. Implicira pravo porezne administracije odbiti određeno ponašanje, koje može biti u skladu sa zakonskom normom, ako se potvrdi kao prividno ili motivirano isključivo izbjegavanjem plaćanja poreza. Radi se o takvu ponašanju poreznih obveznika koje predstavlja zlonamjernu primjenu pravne norme. Slučajevi zloporabe prava općenito, te posebno u području oporezivanja, uzrokuju velike probleme zakonodavcima, sudskoj vlasti, ali i savjesnim poreznim obveznicima. Posebno je to slučaj s dokazivanjem ponašanja motiviranog izbjegavanjem ili umanjivanjem poreznih obveza. Kako bi takvog ponašanja poreznih obveznika bilo što je manje moguće, zakonodavstva većeg broja država sadrže opće pravilo o zabrani izbjegavanja poreza, odnosno o zabrani zloporabe prava (engl. *general anti-avoidance rule, general anti-abuse rule*, dalje: GAAR). Takvo opće pravilo poreznim vlastima „omogućuje nepriznavanje pravnih poslova kojima je cilj zakonito izbjegavanje poreza te poreznim vlastima osigurava prikupljanje iznosa poreza koji bi bio plaćen kad ne bi bilo konstrukcije sračunate na izbjegavanje. Opće pravilo, dakle, omogućuje državama ubiranje znatnih iznosa poreza koji bi inače bili izgubljeni.“ GAAR možemo smatrati i nečim većim i jačim od pravnog pravila. Naime to je izjava i potvrda stajališta države – o tomu je li zakonodavac ili sudbena vlast primarno ovlašten utvrditi nepostojanje gospodarskog interesa ili potrebnog sadržaja za određenu poreznopravnu kvalifikaciju odnosno o raspodjeli nadležnosti za utvrđivanje zloporabe prava.

U reguliranju i rješavanju pitanja zloporabe prava u području oporezivanja zamjećuje se različit razvoj doktrine i prakse s obzirom na to radi li se o državama precedentnoga prava ili državama kontinentalnog pravnog kruga. Za primjer prvoga pristupa rješavanju pitanja zloporaba prava mogu poslužiti američka iskustva. Zakonodavstvo SAD-a tek je tijekom 2010. godine uredilo takvo opće pravilo. Ono predstavlja svojevrsnu kodifikaciju doktrine o prevazi gospodarskog pristupa te prevazi sadržaja nekog odnosa nad njegovom formom, koja se dugo vremena smatrala sredstvom pravosuđa u zemljama precedentnog prava u suzbijanju različitih shema poreznog planiranja i minimiziranja porezne obveze. Iako je pravilo da porezni obveznici, općenito gledano, imaju pravo urediti svoje odnose tako da umanje porezne posljedice, ipak je zakonodavac to pravo ograničio zakonskom normom postavivši okvir radi sprječavanja zloporabe poreznih propisa. Jedan od mogućih instrumenata jeste i uvođenje tzv. ciljanih pravila suzbijanja izbjegavanja poreza, odnosno ciljanih ili posebnih pravila o zabrani zloporaba (engl. *targeted anti-avoidance rules*; dalje: TAAR), koja se ugrađuju u posebne porezne propise ili posebne dijelove poreznih zakona. Takva pravila ograničavaju svaki pokušaj poreznog obveznika da posredno ostvari rezultat koji je zabranjen izravnim načinom ostvarenja. Ponekad su sadržana i detaljno pojašnjena i u podzakonskim aktima.

Ako u zakonskim ili podzakonskim aktima nema odredbi o tretmanu takva ponašanja poreznog obveznika, sudovi su SAD-a popunjavali prazninu u utvrđivanju granice kada porezno dopušteno planiranje prelazi u neprihvatljivo izbjegavanje poreza, primjenjujući pristup o prevazi sadržaja nad formom, pri tomu razvijajući koncepcije i doktrine poznate u zemljama precedentnoga prava poput koncepta „prijetvornih, simuliranih transakcija.“ No, primjena je takvih doktrina od strane sudova iznimno zahtjevna i traži postizanje ravnoteže više legitimnih i zakonskih očekivanja i odredbi. Mogući rizici koje nosi aktivan pristup administracije i sudova u tumačenju zloporaba prava u situaciji kada nema općeg pravila o zabrani zloporabe preveliki su te s vremenom postaju jedan od razloga za uređenje općeg pravila u postupovnim poreznim kodeksima.

S druge strane, u državama kontinentalnoga pravnog kruga takav aktivan pristup sudova u tumačenju zloporaba prava nije postojao te je u njima puno ranije u postupovne zakone ugrađeno opće pravilo zabrane zloporabe prava. No, i u drugim je državama *common law* sustava opće pravilo usvojeno puno ranije nego u SAD-u. Sve države tog pravnog kruga, izuzev Ujedinjenog Kraljevstva, uvele su GAAR u svoje postupovne zakone prije 2010. godine. U UK je do poznatog predmeta *Ramsay*, aktivan pristup sudova ipak bio ograničen te sudovi nisu bili skloni ne priznati porezni tretman koji proizlazi iz doslovnog tumačenja zakonskih odredbi čak u situacijama koje u bitnome obilježava prisutnost umjetnih aranžmana i tvorbi s ciljem izbjegavanja poreza. Od 1982. godine dolazi do zaokreta povodom predmeta *Ramsay*, ali se unatoč tomu od 2004., u predmetu *Barclays Mercantile Business Finance Ltd*, napušta ideja stvaranja sudskog pravila o zabrani zloporabe ističući kako takvo pravilo mora biti konstruirano i uvedeno zakonom. Iako do

danas britanski zakonodavac nije dao naslutiti da razmišlja o davanju jasnih uputa poreznim obveznicima glede utvrđenja zloporabe prava jednim općim pravilom o zabrani zloporabe, preko 200 odredbi u poreznom zakonodavstvu predstavljaju posebna ili ciljana pravila zabrane zloporabe prava.

U Kanadi sudovi nisu bili spremni preuzeti aktivnu ulogu u određivanju neprihvatljiva ponašanja poreznih obveznika koje bi se okvalificiralo kao zloporaba prava, pa je stoga 1988. godine doneseno opće pravilo zabrane zloporabe prava. Već dugogodišnja tradicija kodificiranja općeg pravila zabrane zloporabe prava te razvijena sudska primjena tog pravila dovele su do toga da razvijeni sustav borbe protiv zloporabe prava postoji u drugim značajnim zemljama precedentnog prava, kao što su Australija i Novi Zeland.

U najvećem je broju zemalja koje pripadaju krugu civilnoga ili kontinentalnoga prava, očita dominacija doktrine zloporabe prava ili doktrine zloporabe zakona koje su usmjerene suzbijanju zloporabe prava općenito, stoga takva dominacija vrijedi i u području poreznoga prava. U poreznom se pravu pravila zabrane zloporabe prava temelje na načelu jednakosti i jednakog tretmana poreznih obveznika. Jednakost u oporezivanju znači da svatko mora snositi porezni teret i platiti porez u skladu sa sposobnošću plaćanja, odnosno prema gospodarskoj snazi. Stoga dopustiti da, putem poreznog planiranja ili zloporabom prava, jedan porezni obveznik snosi manji teret od onog koji je razmjernan njegovoj gospodarskoj snazi predstavlja povredu općeg načela jednakosti. O značaju toga načela govori podatak da je načelo jednakosti u oporezivanju u velikom broju država dignuto na razinu ustavnog načela. U Francuskoj je 2009. godine izmijenjeno opće pravilo zabrane zloporabe prava koje je olakšalo poziciju poreznih vlasti i pravosuđa, oslanjanjem na jedno takvo opće načelo i pravilo. Za grčko je pravo karakteristično oslanjanje na strogo i gramatičko tumačenje poreznog zakonodavstva od strane upravnih sudova, no pritom se ipak polazi od načela prednosti sadržaja nad formom, koje se primjenjuje kao opće porezno načelo utemeljeno na ustavnom načelu plaćanja poreza u skladu sa sposobnošću za plaćanje. Ipak, grčko porezno zakonodavstvo poznaje nekoliko posebnih ili ciljanih pravila zabrane zloporabe prava.

Poljski je zakonodavac donio 2003. godine opće pravilo zabrane zloporabe prava, no ono je 2005. godine proglašeno neustavnim. Ipak, u određenom obliku postoji opće pravilo sprječavanja izbjegavanja poreza u općem poreznom zakoniku, dok u materijalnom poreznom zakonodavstvu postoji nekoliko posebnih ili ciljanih pravila zabrane zloporabe prava koja se odnose, npr. na transferne cijene, potkapitalizaciju, spajanja i druge reorganizacijske transakcije trgovačkih društava.

U Njemačkoj je pored velikog broja ciljanih pravila zabrane zloporabe prava u Zakonu o javnim davanjima (*Abgabeordnung*) regulirano i opće pravilo. U primjeni se ciljanih pravila zabrane zloporabe prava pokazalo kako se po donošenju svakoga od njih u praksi pojavljuju nove strategije poreznih obveznika koje nisu obuhvaćene posebnim pravilom. To je i jedan od razloga sve većoj sklonosti država donošenju općeg pravila uz postojanje velikog broja posebnih pravila o zabrani zloporabe. No, iako njemačko porezno pravo gotovo puno stoljeće poznaje opće

pravilo zabrane zloporabe prava do danas česte izmjene tog pravila ukazuju na složeni i težak zadatak sudova u njegovu tumačenju i primjeni. U situaciji postojanja posebnih i općega pravila primjenjuje se posebno pravilo zabrane zloporabe prava te je isključena primjena općega pravila.

U današnjem ekonomskom okruženju, u kojem države nastoje privući strana ulaganja te se pritom „bore“ (konkuriraju) za poreznu osnovicu, strategija koju odabere svaka porezna jurisdikcija u borbi protiv poreznih zloporaba prava izuzetno je značajna i utječe na čitav gospodarski sustav.

Pravilo o zabrani zloporabe prava hrvatsko postupovno pravo ne poznaje u smislu prethodno navedenoga, jednog općeg pravila. Premda hrvatsko porezno postupovno pravo ima nekoliko odredbi koje bi mogli smatrati začetkom takvog pravila koja su u osnovi i posebnih ili ciljanih pravila zabrane zloporabe prava hrvatskoga poreznoga, ali i materijalnog, zakonodavstva (tzv. TAAR pravila). U postupovnom dijelu to je slučaj s načelom sprječavanja zloporabe pravne forme iz čl. 11. OPZ-a: „(A)ko se prividnim pravnim poslom prikriva neki drugi pravni posao, tada je osnova za utvrđivanje porezne obveze prikriveni pravni posao“. Primjenjujući navedeno načelo porezna administracija može promijeniti kvalifikaciju pravnog posla ili zanemariti prividni posao koji vodi izbjegavanju porezne obveze. Radi se o zakonskom preuzimanju i implementaciji doktrine simulacije, poznatoj u zemljama kontinentalne pravne tradicije, a čiji ekvivalent možemo naći u ranije navedenom konceptu „prijetvornih, simuliranih transakcija“ u zemljama precedentnog prava. Pored navedenoga, kao pravilo koje je izvorom tumačenja i shvaćanja zabrane zloporabe prava mogli bi se okvalificirati i načelo gospodarskoga pristupa, spomenuto već u uvodu rada, iz čl. 10. OPZ: „(P)orezne činjenice se utvrđuju prema njihovoj gospodarskoj biti“ pa „(A)ko je prihod, dohodak ili druga procjenjiva korist ostvarena bez pravne osnove, porezno tijelo utvrdit će poreznu obvezu u skladu s posebnim zakonom kojim se uređuje pojedina vrsta poreza.“

Poredbenopravno promatrano, ipak valja naglasiti da je velik broj država europskoga kruga prava, kodificirajući spomenute teorijske koncepte i doktrine, u svoje porezne zakonike unijelo opća pravila o zabrani zloporabe prava. Tako npr. njemački Zakon o javnim davanjima pored simulacije ima i jedno opće pravilo zabrane zloporabe poreznog planiranja. Opća pravila zabrane izbjegavanja poreza (GAAR) moguće je smatrati i nadogradnjom doktrine simulacije, odnosno njezinim razvojem kroz prilagodbu suvremenim (neželjenim) pojavama u području oporezivanja. Postojeći zakonski okvir tematizirane problematike hrvatskoga poreznog postupka nije dostatan niti je zadovoljavajući zbog više razloga. Ipak, dominantni razlog leži u činjenici da je provedba i primjena istog iznimno zahtjevna za poreznu administraciju i pravosuđe, dok za porezne obveznike stvara neizvjesnost i pravnu nesigurnost. Ipak, novija promišljanja i izmjene hrvatskoga pozitivnog zakonodavstva u području poreznoga postupka ukazuju na odlučnost u borbi protiv izbjegavanja plaćanja poreza. U tom smislu, još je prije 10-ak godina primijećeno kako je „...usprkos nepostojanju čvrstog dokaza da Hrvatska ima problem sa zakonitim izbjegavanjem poreza, razumno pretpostaviti da se u

Hrvatskoj doista provodi zakonito izbjegavanje poreza i da stoga hrvatsko opće pravilo ne bi bilo suvišno (...) Bez obzira na sve, čak i ako se opće pravilo ne primjenjuje, ta pravila često imaju učinak odvratanja.“

5. ZAKLJUČAK

Novelom OPZ-a iz 2012. godine proširen je krug zakonskih jamaca za porezne obveze trgovačkih društava, na članove društva, članove uprave i izvršne direktore društva te s njima povezane osobe, ako se u posebnom dijelu poreznog postupka utvrdi da su zloporabom svojih prava ili ovlasti uzrokovali nemogućnost naplate poreznog duga od društva kao glavnog poreznog dužnika. Kritičkom analizom odredbi OPZ-a kojima se uređuje uspostava zakonskog poreznog jamstva u odnosu na navedene osobe, odnosno kojima se uređuje tzv. „proboj pravne osobnosti“, dolazi se do nekoliko važnih zaključaka.

1. Temeljem novih odredbi OPZ-a, krug osoba iz čije se imovine, pod zakonom određenim uvjetima, može naplatiti porezni dug trgovačkih društava uvelike je proširen. Također, ukupnost novih i materijalno-pravnih i postupovno-pravnih odredbi nedvojbeno upućuje da je položaj poreznog tijela u postupku naplate poreza ojačan, s povećanim mogućnostima naplate. Međutim, pritom se ne može govoriti o uvođenju novog, dosad nepoznatog, instituta u hrvatsko porezno pravo. Naime, OPZ je i prije stupanja na snagu predmetne novele, u glavi IV., odjeljku 2. („*Odredbe o odgovornosti*“), čl. 26.-32., regulirao odgovornost određenih osoba za tuđi porezni dug, kao zakonskih poreznih jamaca. Nove, materijalne odredbe o odgovornosti osoba iz čl.26.a-26.b OPZ-a jednostavno su obuhvaćene okvirom instituta zakonskog poreznog jamstva. Štoviše, proboj pravne osobnosti, tj. uspostava odgovornosti članova društva za porezne obveze društva, imao je pravni temelj u OPZ-u i prije stupanja na snagu ZIDOPZ-a. Riječ je o ukinutoj odredbi čl. 31. OPZ-a, koju treba promatrati u kontekstu načela gospodarskog pristupa, jednog od općih načela poreznog prava, sukladno kojem nije bitna pravna forma, već ekonomska bit poreznih (pravnih) činjenica. Upravo se u skladu s tim načelom u poreznom pravu opravdava zanemarivanje „korporativnog vela“ ili „štita pravne osobnosti“ određenih subjekata kojima pravni poredak, pravilima privatnog prava, priznaje zasebnu pravnu osobnost.

2. Postupovne odredbe, koje se odnose na utvrđivanje odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b OPZ-a (tzv. postupak utvrđivanja zloporabe prava), trpe niz kritika. Najprije ističemo akcesornu narav prava poreznog tijela na utvrđivanje zloporabe prava, u odnosu na pravo naplate poreza od glavnog dužnika. Također je nezadovoljavajuće riješeno pitanje zastare u ovom posebnom dijelu poreznog postupka. Vežano uz praktičnu primjenu predmetnih odredbi smatramo kako nije zajamčena dostatna razina stručnosti i osposobljenosti osoba, koje su OPZ-om ovlaštene za vođenje postupka utvrđivanja zloporabe. No, to pitanje valja promatrati odvojeno od pitanja uspostave nadležnosti poreznih tijela za vođenje

ovakvih postupaka, koje se može opravdati, pogotovo na temelju doktrina koje je razvio Europski sud za ljudska prava. Osim navedenih kritika, prikazanih *supra* u radu, upućujemo na još jedan važan problem u primjeni predmetnih odredbi. Čini se, naime, kako je pri izradi novele OPZ-a zaboravljeno pravilo iz čl. 5. OPZ-a o primjeni poreznih propisa, odnosno načelo zabrane retroaktivnosti. Tumačenjem predmetnih odredbi u skladu s ovim načelom, moramo izraziti mišljenje kako se odgovornosti osoba iz čl. 26.a-26.b kao poreznih jamaca može utvrditi jedino i isključivo u odnosu na porezne dugove čija je nenaplativost utvrđena u razdoblju nakon stupanja na snagu ZIDOPZ-a. No, temeljem obrazloženja navedenih u prijedlogu ZIDOPZ-a čini nam se kako je cilj zakonodavnih intervencija bio upravo suprotan - uspostaviti odgovornost i u odnosu na ranije dospjele neplaćene dugove trgovačkih društava. To nije u skladu sa spomenutim načelom zabrane retroaktivnosti, koje se smatra i odrazom općeg načela pravne sigurnosti, jednog od temeljnih materijalnih elemenata pravne države.

3. Nadležno ministarstvo, u ulozi kreatora zakona, ali i sam zakonodavac imali su na raspolaganju druge instrumente i mjere kojima su se mogli postići ciljevi zbog kojih se pristupilo noveliranju OPZ-a, hrvatskoga poreznog „ustava“, a to su prvenstveno jačanje porezne discipline i nadoknadu poreznih prihoda izgubljenih uslijed zlorab. Znanstvene i stručne rasprave o utjecaju ponašanja poreznih obveznika na visinu poreznih prihoda pokazuju kako zakonodavac mora raditi na jačanju pravne sigurnosti, čime se pridonosi povjerenju poreznih obveznika u pravni i porezni sustav, ali i poreznu vlast. Pravna sigurnost poreznih obveznika mora se dignuti na višu razinu, a nikako ne žrtvovati radi postizanja kratkoročnih ciljeva kao u slučaju predmetne novele OPZ-a. Hrvatska nije jedina država koja se suočava s problemima pri sprječavanju porezne evazije i različitih oblika zloraba u gospodarskom poslovanju i jačanju fiskalne discipline. Međutim, iskustva drugih država pokazuju kako su one kvalitetnije pripremile porezne obveznike na zaokrete koji su neizbježni u izgradnji i reguliranju odnosa između poreznih obveznika i porezne administracije. Porezne kodifikacije doživljavaju promjene na način da se ovi odnosi grade na povjerenju. Možemo pronaći brojne primjere u mnogim poreznim jurisdikcijama za takav *fair* pristup koji se temelji na uzajamnom povjerenju zainteresiranih strana. Primjerice, velik je broj država odlučio prije promjena poreznih propisa, koje imaju cilj jačanja porezne discipline, ponuditi poreznim obveznicima poreznu amnestiju s jasnom porukom kako se mora prestati s praksom zloraba. Također su česte i javne rasprave o zlorabi prava sa svim zainteresiranim dionicima. Pritom se predlaže uvođenje pravila o sprječavanju zloraba prava koja nerijetko predviđaju ukidanje zastare za sve slučajeve zloraba. Takvo pravilo mora biti u najvećoj mogućoj mjeri potpuno, jasno i precizno uređeno kako se ne bi ugrozila pravna sigurnost poreznih obveznika. Stoga se u postupovne zakone ugrađuju odredbe koje osiguravaju ostvarenje načela pravne sigurnosti, zakonitosti i dobre vjere te se reguliraju instituti u obliku mogućih prethodnih sporazuma porezne vlasti i poreznih obveznika, obvezujućih informacija i sl.

4. U skladu s navedenim, mišljenja smo kako je hrvatski zakonodavac, sporadičnim zahvatima u postupovne propise, kojim se ozbiljno narušava pravna sigurnost poreznih obveznika, krenuo u pogrešnom smjeru. U tom kontekstu valja promatrati i analizirane promjene u institutu zakonskog poreznog jamstva, tj. proboj pravne osobnosti u OPZ-u. S obzirom na izloženu analizu smatramo kako ukupnost predmetnih odredbi kojima se ovaj institut uređuje, upitnim čini ostvarenje ne samo kratkoročnog cilja (prikupljanja poreznih prihoda) već i onih važnijih dugoročnih ciljeva. To su posebice izgradnja porezno-postupovnog okvira koji omogućuje razvoj povjerenja između sudionika poreznopravnog odnosa, što predstavlja osnovu razvoja poreznog morala i porezne discipline.

Summary

**THE STATUTORY TAX GUARANTEE IN THE LIGHT OF
GENERAL TAX ACT AMMENDMENTS' 2012.: PIERCING THE
CORPORATE VEIL FOR TAX PURPOSES**

The authors of this paper examine the issue of statutory tax guarantee, as an institute of the Croatian general tax law. Particular attention is given to substantive and procedural changes following the first Amendments to the General Tax Act of 2012. The Amendments introduced new categories of statutory guarantors for tax liabilities of companies. This refers to company members, board members and executive directors and associated parties, whose abuse of rights and powers has resulted in the company's inability to pay the tax debt. The liability of the above mentioned persons must be determined in a special form of tax procedure exhaustively regulated as part of the tax procedure. Likewise, the provisions of the General Tax Act that introduce the piercing of the corporate veil are reviewed, while taking into consideration procedural issues which may cause problems in their application. This gives cause for exploring an alternative approach to the tax abuse issues, namely the possibility of introducing general anti-abuse rule (GAAR) in Croatian tax law.

Keywords: *tax guarantee, General Tax Act, piercing the corporate veil, tax abuse, general anti-abuse rule.*

Zusammenfassung

**INSTITUT DER GESETZLICHEN STEUERBÜRGSCHAFT
NACH DER NOVELLE DES ALLGEMEINEN
STEUERGESETZBUCHES AUS DEM JAHR 2012: „
DURCHBRECHUNG DER RECHTSPERSÖNLICHKEIT“
VON HANDELSGESELLSCHAFTEN IM FALLE DES
RECHTSMISSBRAUCHS**

Die Autoren haben sich entschieden, in dieser Arbeit ein Institut des kroatischen allgemeinen Steuerrechts zu erforschen, und zwar, der gesetzlichen Steuerbürgschaft, mit besonderer Betonung auf seine sowohl materialrechtliche als auch verfahrensrechtliche Änderungen, welche nach dem Inkrafttreten der ersten Novelle des Allgemeinen Steuergesetzbuches aus 2012 aufgetreten sind. Der Kreis der Bürgen für Steuerpflichten von Handelsgesellschaften wird durch die Novelle erweitert, und zwar, auf die Gesellschafts- und Vorstandsmitglieder sowie auf die ausführenden Direktoren und mit ihnen verbundenen Personen, falls man

im Sonderteil des Steuerverfahrens feststellt, dass sie durch den Missbrauch ihrer Rechte und Befugnisse die Unmöglichkeit der Eintreibung vom Steuerschuld der Handelsgesellschaft als Hauptsteuerschuldner verursacht haben. Novellierte Bestimmungen, durch welche die sog. „Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit“ in das Steuergesetzbuch eingeführt wird, mit besonderem Rückblick auf prozessuellen Fragen, welche zu den Problemen in ihrer Anwendung führen könnten, werden dargestellt und kritisch überprüft. Die Darstellung von Gesetzesbestimmungen, welche das Beweisverfahren des Rechtsmissbrauchs im steuerschuldigen Verhältnis regeln, war der Anlass zur Überprüfung des Alternativansatzes zum Problem des Rechtsmissbrauchs und zur Möglichkeit der Einführung von allgemeiner Regel über das Missbrauchverbot in das kroatische Steuerrecht.

Schlüsselwörter: Steuerbürgschaft, Novelle des Allgemeinen Steuergesetzbuches, Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit, Beweisverfahren des Rechtsmissbrauchs im steuerschuldigen Verhältnis, allgemeine Regel über das Rechtsmissbrauchverbot.

Riassunto

L'ISTITUTO DELLA GARANZIA TRIBUTARIA LEGALE IN SEGUITO ALLA NOVELLA DELLA LEGGE TRIBUTARIA GENERALE DEL 2012: IL C.D. «PIERCING THE CORPORATE VEIL» DELLE SOCIETA' COMMERCIALI NELL'IPOTESI DI ABUSO DEL DIRITTO

Gli autori nel presente contributo hanno deciso approfondire un istituto croato del diritto tributario generale, e cioè la garanzia tributaria legale con particolare attenzione alle intervenute modifiche sia con riguardo al diritto materiale che a quello processuale in seguito all'entrata in vigore della novella della legge tributaria generale del 2012. Con la novella si amplia il raggio dei garanti legali per gli obblighi tributari delle società commerciali; precisamente rientrano tra costoro i soci, i membri dell'amministrazione, i direttori esecutivi, come pure le persone ad essi collegate, qualora in una particolare fase del procedimento tributario si accerti che, abusando dei propri diritti o della propria posizione, abbiano cagionato l'impossibilità del pagamento del debito tributario della società debitrice. Vengono esposte, ma anche analizzate criticamente, le disposizioni novellate mediante le quali si introduce il c.d. „piercing the corporate veil“ nella legge tributaria generale, con particolare attenzione per le questioni processuali che potrebbero far sorgere delle difficoltà nella loro applicazione. L'analisi delle disposizioni normative che regolano il procedimento comprovante l'abuso del diritto nel rapporto obbligatorio

di natura tributaria rappresenta, altresì, un'occasione per interrogarsi sull'approccio alternativo al problema dell'abuso del diritto e alla possibilità dell'introduzione di una regola generale sul divieto di abuso nel diritto tributario croato.

Parole chiave: *garanzia tributaria, novella della legge tributaria generale, c.d. piercing the corporate veil, procedimento comprovante l'abuso del diritto nel rapporto obbligatorio tributario, regola generale di divieto dell'abuso di diritto.*

OSIGURANJE ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI OSTVARENE KAZNENIM DJELOM I PREKRŠAJEM NA NEKRETNINAMA I POKRETNINAMA

Dr. sc. Gabrijela Mihelčić, docentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Mr. sc. Domagoj Vučkov, predsjednik Općinskog suda
Crikvenica

UDK: 343.272
Ur.: 20. veljače 2013.
Pr.: 20. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Autori u radu analiziraju institut osiguranja oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem kao posebnu vrstu osiguranja privremenim mjerama na pokretninama i nekretninama. Najprije se institut prikazuje s obzirom na posebna i opća pravila kojim je uređen. Potom se analiziraju ključna obilježja uređenja. Zaključno se uspoređuju posebna i opća pravila te prikazuju temeljne razlike u uređenju instituta prema pravilima ZPOIKOKDP-a u odnosu na uređenje prema pravilima OZ-a. Apostrofiraju se: a) pravni učinci koje proizvodi upis zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine u posebnom režimu, b) posebna pravila o oduzimanja i povjeravanje na čuvanje nekretnine, c) vrijeme za koje se privremena mjera određuje u posebnom režimu te d) izlučni prigovor.

Ključne riječi: *privremene mjere, nekretnine, pokretnine.*

I. UVOD

Osiguranje oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem uređeno je pravilima Zakona o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem¹ (čl. 1. t. b. ZPOIKOKDP). Odredbe ovog propisa, čl. 11. do 18. ZPOIKOKDP, uređuju: postupanje i nadležnost suda, pretpostavke za određivanje i provedbu osiguranja, ukidanje osiguranja te izlučnu zaštitu (zaštitu prava trećih osoba). Osiguranje oduzimanja imovinske koristi određuje se i provodi privremenim mjerama. Privremene mjere mogu se odrediti u vezi sa stvarima protivnika osiguranja, pokretnim i nepokretnim te subjektivnim imovinskim pravima čijih je nositelj protivnik osiguranja.

¹ Narodne novine br. 145/10, dalje: ZPOIKOKDP.

Osiguranje oduzimanja imovinske koristi posebna je vrsta osiguranja privremenim mjerama koje, na općoj razini, uređuju pravila čl. 340. do 355. Ovršnog zakona² kao *lex generalis*.³ Međusobni odnos pravila općeg i posebnog režima, dakle pravila kojima je uređeno osiguranje privremenim mjerama u OZ-u i ZPOIKOKDP-u, uređuje pravilo *lex specialis derogat legi generali*. Ovo je predviđeno u čl. 1. st. 2. ZPOIKOKDP u kojem stoji da će se odredbe drugih zakona kojima se uređuje osiguranje oduzimanja imovinske koristi primjenjivati samo ako ZPOIKOKDP-om nije drukčije propisano. Jasnoće radi, treba odmah reći, da je osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama uređeno i čl. 50. do 61. Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta,⁴ kojim je predviđen postupak po kojemu Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta (dalje: USKOK) i sudovi privremenim mjerama (kao mjerama osiguranja) osiguravaju prisilno oduzimanje sredstava, prihoda ili imovine u vezi s kaznenim djelima iz čl. 21. ZUSKOK.⁵

Neizostavno valja imati u vidu i relevantna pravila čl. 271. Zakona o kaznenom postupku.⁶

S druge strane, kada je riječ o pravnim izvorima i njihovoj međusobnoj hijerarhiji, treba imati na umu da pravila OZ-a uređuju osiguranje novčanih i nenovčanih tražbina privremenim mjerama na stvarima i pravima protivnika osiguranja, dok pojedini posebni propisi, a koji sadrže pravila o osiguranju privremenim mjerama uređuju to osiguranje s obzirom, odnosno u vezi s određenom vrstom predmeta osiguranja, npr. za nematerijalizirane vrijednosne papire, brodove, zrakoplove i sl. kao posebna pravila.

Stoga, općim propisom koji uređuje osiguranje privremenim mjerama treba držati OZ-e, dok su svi ostali propisi posebni i to s obzirom na to: a) koja se vrsta tražbine osigurava i b) na kojem se predmetu osiguranja određuje privremena mjera.

2 Narodne novine br. 112/12, dalje: OZ.

3 V. IVIČEVIĆ KARAS, E., op. cit., Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem: neka otvorena pitanja i moguća rješenja, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 18, broj 2/2011, str. 559.-563.

4 Narodne novine br. 76/09, 116/10, 57/11 i 136/12, dalje: ZUSKOK.

5 Važno je istaknuti da su pravila ovog propisa, kada je riječ o osiguranju oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama, usklađena s pravilima ZPOIKOKDP-a. Izvjesnu nedosljednost može provocirati sadržaj čl. 50. st. 2. ZUSKOK u kojem stoji da postupak osiguranja nije kazneni postupak i da se u njemu, na odgovarajući način, primjenjuju odredbe OZ-a, ako odredbama ZUSKOK-a nije što drugo propisano. Imajući, međutim, u vidu i pravila ZPOIKOKDP-a, točnija bi glasila formulacija „...ako pravilima ZPOIKOKDP-a i ZUSKOK-a nije što drugo propisano...“.

6 Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11 i 143/12, dalje: ZKP. Nadalje, valja voditi računa i o pravilima Zakona o potvrđivanju Konvencije o pranju, traganju, privremenom oduzimanju prihoda stečenog kaznenim djelom od 8. studenog 1990., Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 14/97, dalje: ZPKPTPOPSKD, koja je na snazi u Republici Hrvatskoj (dalje: RH) od 2. siječnja 1998., te Zakona o potvrđivanju Konvencije Vijeća Europe o pranju, traganju, privremenom oduzimanju prihoda stečenog kaznenim djelom i o financiranju terorizma sastavljena od 16. svibnja 2005., Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 5/08, dalje: ZPKVEPTPOPSKDFT, koja je na snazi u RH od 2. siječnja 2009.

Naravno, kada je u pitanju osiguranje oduzimanja imovinske koristi onda su pravila ZPOIKOKDP-a posebna, i primjenjuju se u prvom redu (imajući u vidu da su usklađena s pravilima ZUSKOK-a). Supsidijarna primjena pravila općeg propisa, odnosno OZ-a koja uređuju osiguranje privremenim mjerama na osiguranje oduzimanja imovinske koristi doći će u obzir kada se kumulativno ispune pretpostavke: 1) da određeno pitanje koje se tiče osiguranja oduzimanja imovinske koristi nije uređeno pravilima ZPOIKOKDP-a i 2) da pravilima ZPOIKOKDP-a nije određeno nešto drugačije. Isti kriterij vrijedi i u odnosu na posebne propise. Naime, kako je naprijed navedeno, i drugim je propisima, i to na posebnoj razini, uređeno osiguranje privremenim mjerama. Pravila tih propisa, u pravilu, predviđaju supsidijarnu primjenu ovršnih pravila (pravila OZ-a) na osiguranje privremenim mjerama. Takav je, npr. slučaj prema čl. 841. Pomorskog zakonika,⁷ čl. 175. Zakona o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu,⁸ i sl.

Neupitno, a u odnosu na pitanje u kojem rangu stoje pravila tih posebnih propisa i pravila ZPOIKOKDP-a, kada je riječ o osiguranju oduzimanja imovinske koristi, odgovor daje već citirano pravilo iz čl. 1. st. 2. ZPOIKOKDP koje isključuje primjenu pravila drugih propisa za sva ona pitanja koja su uređena pravilima ZPOIKOKDP-a.

Predmet analize u radu je osiguranje oduzimanja imovinske koristi u vezi sa stvarima (pokretnim i nepokretnim).

Kada je riječ o stvarima kao objektima osiguranja, čl. 11. st. 1. ZPOIKOKDP određuje da je radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi predlagatelj osiguranja ovlašten prije ili nakon pokretanja kaznenog postupka (postupka iz čl. 6. ZPOIKOKDP)⁹ predložiti osiguranje nekom od privremenih mjera kojom se postiže svrha osiguranja, a osobito:

a) zabranom otuđenja i opterećenja nekretnine, uz zabilježbu zabrane u zemljišnu knjigu, oduzimanje nekretnine i njezino povjeravanje na čuvanje i upravu

7 Narodne novine br. 181/04, 76/07, 146/08 i 61/11, dalje: PZ. Predmetnom odredbom predviđena je supsidijarna primjena OZ-a, pod pretpostavkom da pravilima PZ-a nije drugačije određeno. Nadalje, izrijeком se određuje da se na ovrhu na brodu (radi naplate novčane tražbine) na odgovarajući način primjenjuju pravila o ovrshi na nekretnini, a na ovrhu radi predaje broda, pravila o ovrshi radi predaje određene pokretnine (čl. 841. st. 4. i 5. PZ).

8 Narodne novine br. 132/98, 63/08 i 134/09, dalje: ZOSOZP. Supsidijarna primjena pravila OZ-a, određena je čl. 175. ZOSOZP na drugačiji način negoli spominjanim čl. 841. PZ. Naime, u čl. 175. ZOSOZP na primjenu pravila OZ-a upućuje se neizravno, tako što se određuje da će se, kada ZOSOZP-om nije određeno drugačije, na postupak ovrhe i osiguranja na zrakoplovu i teretu u zrakoplovu u zračnom prometu na odgovarajući način primijeniti odredbe čl. 867. do 988. PZ o postupku ovrhe i osiguranja na brodu i teretu na brodu.

9 Pravilima iz čl. 6. ZPOIKOKDP uređeno je postupanje suda po pravomoćnosti rješenja s naslova čl. 2. st. 3. ZPOIKOKDP. Njime je predviđena mogućnost provođenja postupka oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom u slučaju kada nije moguće voditi sam kazneni postupak, npr. radi smrti okrivljenika ili postojanja drugih okolnosti koje isključuju kazneni progon. Sud je, u skladu s ovim pravilom, ovlašten, a na prijedlog ovlaštenog predlagatelja: a) državnog odvjetnika, b) oštećenika kao tužitelja i c) privatnog tužitelja, provesti postupak oduzimanja imovinske koristi (i osiguranja iste) pod pretpostavkom da imovinska korist u odnosu na koju se postupa iznosi najmanje 5.000,00 kuna.

Uredu,¹⁰

b) zabranom protivniku osiguranja da otuđi ili optereti pokretnine, oduzimanjem pokretnina i povjeravanjem na čuvanje Uredu, te

c) oduzimanjem i polaganjem gotovoga novca i vrijednosnih papira te njihovom predajom Uredu.

Dikcija pravila upućuje da je osiguranje privremenim mjerama moguće tražiti: a) prije nego što je pokrenut kazneni postupak¹¹ te b) nakon pokretanja kaznenog postupka. Osiguranje se ostvaruje određivanjem i provedbom određene vrste privremene mjere koje su u zakonu dane primjerice, pa je dopušteno i moguće odrediti i provesti svaku privremenu mjeru kojom se ostvaruje svrha osiguranja.

Ovršna pravila, uređujući u čl. 345. OZ vrste privremenih mjera koje se mogu odrediti radi osiguranja novčane tražbine, slijede isti kriterij: zahtjev da se određenom vrstom privremene mjere ostvari svrha radi koje se osiguranje određuje i provodi. I ovdje su vrste privremenih mjera koje se mogu odrediti dane primjerice, a kada je riječ o stvarima kao predmetima osiguranja, navode se: a) zabrana protivniku osiguranja da otuđi ili optereti pokretnine, oduzimanje tih stvari i njihovo povjeravanje na čuvanje predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi, b) oduzimanje i polaganje gotovoga novca, vrijednosnih papira i sl. u sud, odnosno kod javnoga bilježnika te c) zabrana protivniku osiguranja otuđenja ili opterećenja nekretnine, uz zabilježbu te zabrane u zemljišnu knjigu.¹²

II. OSIGURANJE ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI PRIVREMENIM MJERAMA NA NEKRETNINAMA I POKRETNINAMA

1. Nadležnost za osiguranje

Postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama, odnosno osiguranje tim mjerama određuje sud po prijedlogu ovlaštene osobe-predlagatelja osiguranja. Sastav suda i stvarnu nadležnost sudova uređuju pravila iz čl. 11. st. 2. do 4. ZPOIKOKDP, te s njima, a u vezi sa stadijem kaznenog postupka, povezana pravila iz čl. 271. st. 2. ZKP. Tako, potonja određuju da tijekom istrage odluku (rješenje o određivanju privremene mjere) donosi sudac istrage, nakon

10 U smislu čl. 3. st. 1. t. 12. ZPOIKOKDP Ured je Središnji državni ured za upravljanje državnom imovinom ili drugo tijelo zakonom određeno za upravljanje državnom imovinom.

11 Pravilo iz čl. 12. st. 2. ZPOIKOKDP određuje da se osiguranje može odrediti i prije nego što je protivniku osiguranja omogućeno da se očituje o prijedlogu predlagatelja osiguranja.

12 V. usporedbe radi i čl. 951. st. 1. PZ kojim je određeno da prije pokretanja ili tijekom parničnoga, ovršnog ili upravnog postupka sud može radi osiguranja novčane tražbine predlagatelja osiguranja na njegov prijedlog odrediti svaku mjeru kojom se postiže svrha osiguranja, a osobito zabranu otuđenja ili drugog raspolaganja brodom, čuvanje broda i zaustavljanje broda, a uz uvjete utvrđene OZ-om, ako odredbama PZ-a nije drugačije predviđeno.

podizanja optužnice, ali izvan glavne rasprave optužno vijeće, a na glavnoj raspravi, sud koji vodi raspravu, tj. sudsko vijeće, odnosno sudac pojedinac.

Usporede li se predmetna pravila ZKP-a s posebnim pravilima iz čl. 11. st. 2. do 4. ZPOIKOKDP vidljivo je da, u suštini, korespondiraju, pa o prijedlogu za osiguranje:

a) odlučuje sud iz čl. 5. st. 3. ZPOIKOKDP, dakle sud koji vodi kazneni postupak i čl. 6. st. 6. ZPOIKOKDP, dakle sudac pojedinac suda koji bi bio nadležan za vođenje kaznenog postupka,

b) do podizanja optužnice sudac istrage, a nakon podizanja optužnice do njezina potvrđivanja optužno vijeće, a nakon potvrđivanja optužnice ili određivanja rasprave na temelju privatne tužbe sud pred kojim se ima provesti rasprava, te

c) do pokretanja postupka prema čl. 6. ZPOIKOKDP sudac istrage, a nakon njegova pokretanja sud pred kojim se ima provesti rasprava.

Za raspravu o nadležnosti, važno je uočiti da navedena pravila (i ona iz čl. 11. ZPOIKOKDP i s njima povezana pravila ZKP-a), sadrže, pored pravila o stvarnoj nadležnosti (funkcionalnoj nadležnosti)¹³ i sastavu suda, i neka pravila o mjesnoj nadležnosti (kao npr. čl. 5. st. 3. ZPOIKOKDP kojim je predviđena mjesna nadležnost suda koji vodi kazneni postupak).

Prema pravilima o mjesnoj nadležnosti iz čl. 20. do 24. ZKP, najopćenitije bi se mjesno nadležnim mogao držati sud mjesta na čijem je području kazneno djelo počinjeno ili pokušano. Ovo pravilo vrijedi i kada je riječ o mjesnoj nadležnosti suda za osiguranje oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom.¹⁴ Jednako, istina neizravno, proizlazi i iz čl. 52. st. 3. ZUSKOK koji, uređujući nadležnost suda za odlučivanje o produljenju roka na koji je mjera osiguranja određena, predviđa da je nakon započinjanja kaznenog postupka nadležan sud pred kojim se vodi kazneni postupak.

Sva naprijed navedena pravila odnose se na odlučivanje o prijedlogu za osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama, dakle određivanje

13 PAVIŠIĆ, B., KUNŠTEK, E., *Zakon o postupku oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem*, Dušević & Kršovnik, Rijeka, 2010., str. 57.

14 Kada je npr. riječ o privremenim mjerama na nekretninama, primjena pravila o mjesnoj nadležnosti, imaju za posljedicu da u nemalom broju slučajeva sudovi određuju, npr. privremenu mjeru zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine koja se nalazi na području nadležnosti drugog suda. U takvim se slučajevima sudovi susreću s nizom faktičnih poteškoća: potrebe hitne dostave rješenja o privremenoj mjeri nadležnom zemljišno-knjižnom sudu, osiguranju tajnosti istrage, odnosno osiguranju tajnosti akata donesenih tijekom istrage, i sl. V. npr. ŽS u Zagrebu, Kir-US-711/12 kojim je, između ostalog, određena privremena mjera i prema trećoj osobi (supruzi okrivljenika) te naložena provedba privremene mjere zabrane otuđenja ili opterećenja nekretnina na području nadležnosti Općinskog suda u ... i Sudska praksa pokazuje da ima i slučajeva kada je privremenu mjeru odredio inozemni sud, a koja se provodi u RH-a, npr. ŽS u Rijeci, Kir-449/10 odredio je privremenu mjeru zabrane otuđenja i opterećenja nekretnina u vlasništvu protivnika osiguranja, tj. okrivljenika koje se nalaze na području nadležnosti Općinskog suda u, a sve temeljem zamolnice Republike Njemačke u povodom rješenja suda u Augsburgu, IGS 373109, 506 Js 102870/09 kojim je protivniku osiguranja određena zabrana raspolaganja imovinom do visine od EUR-a.

osiguranja. Međutim, postupak osiguranja sastoji se od dva stadija: a) stadija određivanja osiguranja i b) stadija provedbe osiguranja. Nadležnost za postupanje ne mora biti jednako uređena u svakom od tih stadija. Tako je i u slučaju kada je riječ o provedbi privremene mjere radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi. Postoji posebno pravilo o provedbi rješenja o osiguranju privremenom mjerom prema kojem je za provedbu privremene mjere nadležan sud ili drugo tijelo određeno posebnim zakonom (čl. 11. st. 6. ZPOIKOKDP). Čl. 11. st. 7. i 8. ZPOIKOKDP izrijekom je predviđena hitnost u provedbi rješenja o osiguranju privremenom mjerom i određeno da se, radi provedbe, rješenje odmah dostavlja sudu ili drugom tijelu nadležnom za njegovu provedbu, a najkasnije prvoga narednog radnog dana nakon donošenja.

Uređenje nadležnosti prema čl. 52. ZUSKOK, sličnije je onom iz OZ-a koje je drugačije stipulirano, no u bitnom jednako. Naime, mjesno je nadležan za provedbu mjere osiguranja, sukladno ovom pravilu, sud koji bi bio mjesno nadležan za provedbu ovrhe. I ZUSKOK predviđa hitnost postupka (čl. 53. st. 2. ZUSKOK), te određuje da će sud obrazloženo rješenje o određivanju mjere osiguranja, radi provedbe, dostaviti protivniku osiguranja, banci i drugim osobama koje se bave platnim prometom te po potrebi i drugim državnim tijelima (čl. 56. st. 6. ZUSKOK).

Već je rečeno da je uređenje mjesne nadležnosti prema čl. 340. OZ uređeno drugačije. Naime, prema čl. 340. st. 1. OZ, prije pokretanja postupka o tražbini koja se osigurava (parničnoga ili drugoga sudskog postupka), za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje privremenom mjerom i provedbu osiguranja, mjesno je nadležan sud koji bi bio nadležan za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu, odnosno za provedbu ovrhe. Nakon što je postupak pokrenut, mjesno je nadležan sud pred kojim je postupak pokrenut uz mogućnost atrakcije nadležnosti ranije navedenog suda (čl. 340. st. 2. OZ).

2. Prijedlog za osiguranje

Prema odredbi čl. 341. st.1. OZ, osiguranje privremenom mjerom može se predložiti prije pokretanja sudskog postupka, tijekom postupka te nakon njegova završetka, sve dok ovrha ne bude provedena. I prema čl. 11. st. 1. ZPOIKOKDP, a kako je već prethodno navedeno, osiguranje privremenom mjerom može se predložiti (odrediti) prije i nakon pokretanja kaznenog postupka.¹⁵

Postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi pokreće predlagatelj osiguranja prijedlogom za osiguranje privremenom mjerom radi osiguranja imovinske koristi. Osiguranje privremenom mjerom ovlašten je, u prvom redu, predložiti:

15 V. i čl. 52. ZUSKOK koji određuje da odluku o privremenoj mjeri prije početka kaznenog postupka donosi sudac istrage, što upućuje da i ovaj propis predviđa mogućnost osiguranja privremenom mjerom prije pokretanja kaznenog postupka. Tako je npr. USKOK Rijeka u predmetu UK-13/09 od 10. siječnja 2012. „...podnio prijedlog za određivanje privremene mjere zabranom protivniku osiguranja I-opt. ... da otuđi ili optereti nekretninu-dvoiposobni stan u prizemlju i spremište br. 2 u prizemlju, ukupne površine 85,18 čm ...“ V. odluku ŽS u Zagrebu, K-US-33/10 kojom je citirani prijedlog USKOK-a u Rijeci usvojen.

a) državni odvjetnik (sukladno ovlasti iz čl. 271. st. 1. ZKP koji određuje da se, na prijedlog državnog odvjetnika, u kaznenom postupku mogu, a prema odredbama koje vrijede za ovršni postupak, odrediti privremene mjere osiguranja oduzimanja imovinske koristi), zatim b) Ured (prema ovlaštenju iz čl. 53. st. 1. ZUSKOK), ali i c) oštećenik kao tužitelj, te d) privatni tužitelj. Da su posljednje navedene osobe ovlaštene tražiti osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama proizlazi iz čl. 17. st. 1. ZPOIKOKDP. Naime, ova odredba, uređujući odgovornost za štetu kao posljedicu privremene mjere radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi, predviđa odgovornost navedenih osoba u slučaju kada su one podnijejele prijedlog za određivanje privremene mjere.

Pravilima ZPOIKOKDP-a nije određeno što prijedlog za osiguranje oduzimanja imovinske koristi treba sadržavati, odnosno barem ne postoji takvo posebno pravilo. Odredbom čl. 341. st. 2. OZ određuje se da u prijedlogu predlagatelj osiguranja mora istaknuti zahtjev u kojemu će: a) označiti tražbinu čije se osiguranje traži, b) odrediti kakvu mjeru traži i vrijeme njezina trajanja te, kada je to potrebno, c) sredstva osiguranja kojima će se privremena mjera prisilno ostvariti i d) predmet osiguranja, uz odgovarajuću primjenu pravila OZ-a o sredstvima i predmetu ovrhe.

Supsidijarna primjena pravila OZ-a u odnosu na sadržaj prijedloga za osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama, uputila bi na zaključak da i takav prijedlog treba sadržavati elemente naveden u čl. 341. st. 2. OZ. Dakle, prijedlog za osiguranje oduzimanja imovinske koristi, a ovisno o tome koja se vrsta privremene mjere predlaže, treba sadržavati prijedlog da se u vezi s tom mjerom odredi i provede osiguranje, a kada je to potrebno i određenim ovršnim sredstvima na predmetu osiguranja.¹⁶

2.1. Tražbina koja se osigurava

Osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama određuje se i provodi radi osiguranja tražbine te koristi. Imovinska korist ostvarena kaznenim djelom oduzima se sudskom odlukom kojom se utvrđuje da je počinjeno kazneno djelo, odnosno da je ostvarena protupravna radnja (čl. 77. st. 1. Kaznenog zakona).¹⁷ Odredba čl. 77. KZ supstancijalno je pravilo kojom je predviđeno oduzimanje

¹⁶ Prema Diki, sadržaj prijedloga za osiguranje privremenom mjerom ovisi o pravozaštitnom učinku koji se mjerom namjerava ostvariti. Pri tom se razlikuje: a) ostvaruje li se taj učinak već dostavom rješenja o osiguranju, kada je u prijedlogu dovoljno istaknuti zahtjev za osiguranje koji odgovara kondemnatornom, odnosno konstitutivnom tužbenom zahtjevu, a sama se mjera sastoji u naredbi, zabrani, dopuštenju, i sl., s tim da kada radi osiguranja treba izvršiti upis u odgovarajuću javni upisnik, odnosno evidenciju, treba stajati i odgovarajuća dispozicija o provedbi privremene mjere takvim upisom, ili b) kada za ostvarenje ovog učinka nije dovoljna samo dostava (upis) osiguranja, već se osiguranje treba prisilno ostvariti. U tom slučaju u prijedlogu treba zahtijevati i određivanje sredstava i predmeta osiguranja kojima će se kondemnacija prisilno ostvariti uz odgovarajuću primjenu pravila o sredstvima i predmetu ovrhe. DIKA, M., *Građansko ovršno pravo*, I. knjiga, *Opće građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 860.

¹⁷ Narodne novine br. 125/11 i 144/12, dalje: KZ.

imovinske koristi i, zapravo, konkretizirano opće načelo prema kojem nitko ne može zadržati imovinsku korist ostvarenu kaznenim djelom.

Oduzimanje imovinske koristi moguće je odrediti tako da se: a) odredi izravno oduzimanje neke stvari ili prava ostvarenih kao imovinska korist, i da se b) oduzimanje provede neizravno, tako što će sud naložiti počinitelju kaznenog djela da isplati odgovarajuću protuvrijednost imovinske koristi u novčanom iznosu (čl. 77. st. 4. KZ).¹⁸ Pravilom iz čl. 557. st. 1. ZKP predviđena je dužnost suda i drugog tijela pred kojima se vodi postupak da u tijeku postupka *ex officio* prikupljaju dokaze i istražuju okolnosti koje su važne za utvrđivanje imovinske koristi.

U pravilu se imovinska korist oduzima od počinitelja kaznenog djela, no može se oduzeti i od treće osobe na koju je prenesena, ako nije stečena u dobroj vjeri (čl. 77. st. 1. KZ). Posebne pretpostavke za oduzimanje imovinske koristi od treće osobe vrijede u predmetima iz nadležnosti USKOK-a gdje postoji pojam „kvalificirane“ treće osobe i predviđaju posebne pretpostavke vezane uz teret dokazivanja (u odnosu na pravilo iz čl. 77. st. 1. KZ).¹⁹ Tako se u čl. 78. st. 4. i 5. KZ određuje da će se imovinska korist oduzeti od člana obitelji počinitelja bez obzira po kojem se pravnom temelju kod njega nalazi i neovisno o tome živi li u zajedničkom kućanstvu s počiniteljem, kao i od druge osobe bez obzira na kojem pravnom temelju je stečena, ako ta osoba ne učini vjerojatnim da je korist stekla u dobroj vjeri i po razumnoj cijeni. Nadalje, čl. 78. st. 6. KZ predviđeno je da se u postupku propisanom posebnim zakonom imovinska korist ostvarena protupravnom radnjom može oduzeti i od sljednika osobe protiv koje je pokrenut kazneni postupak, ako ona umre.²⁰

Oduzimanje imovinske koristi sud može izreći u odluci kojom se utvrđuje da je okrivljenik počinio kazneno djelo koje je predmet optužbe u izreci koje će navesti koji se predmet, odnosno novčani iznos oduzima (čl. 560. st. 1. i 2. ZKP). Visinu iznosa imovinske koristi sud je ovlašten odmjeriti po slobodnoj ocjeni, ako bi njezino utvrđivanje bilo skopčano s nerazmjernim teškoćama ili sa znatnim odugovlačenjem postupka. Dakle, aproksimativno odrediti visinu, pa čak i ako se tijekom postupka steknu pretpostavke za točno utvrđenje visine novčane protuvrijednosti imovinske koristi.²¹

Što se tiče općeg pravila o dopuštenosti osiguranja oduzimanja imovinske koristi, prema pravilu iz čl. 271. st. 1. ZKP na prijedlog državnog odvjetnika mogu

18 Dispozicija kojom se izriče oduzimanje imovinske koristi treba sadržavati nalog počinitelju ili trećoj osobi: a) na predaju individualno određene pokretne ili nepokretne stvari (što uključuje i gotov novac i vrijednosne papire), b) na isporuku određene količine zamjenjivih stvari ili c) na plaćanje novčane protuvrijednost stečene imovinske koristi. DIKA, M., *Oduzimanje imovinske koristi u ovršnom postupku*, Policija i sigurnost, 1999., br. x., str. 282.

19 Prema pravilu iz čl. 78. st. 1. KZ na oduzimanje imovinske koristi od kaznenog djela za koje je nadležan USKOK primjenjuju se odredba čl. 77. KZ, ako samim čl. 78. KZ nije drugačije propisano.

20 Za postupak oduzimanja imovinske koristi, v. čl. 558. ZKP.

21 Prema: KATUŠIĆ JERGOVIĆ, S., *Privremene mjere osiguranja u kaznenom postupku-teorijski i praktični aspekti*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Zagreb, 2004., str. 273.

se u kaznenom postupku prema odredbama koje vrijede za ovršni postupak odrediti privremene mjere osiguranja oduzimanja imovinske koristi.²²

Osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenim mjerama, u pravilu se, određuje radi osiguranja dospjele tražbine imovinske koristi. U vezi s pitanjem dospjelosti tražbine, u praksi se smatra da u slučaju kada se optuženika oglasi krivim zbog učina kaznenog djela i utvrdi da imovinsku korist nije moguće oduzeti budući da se ona sastoji od novčanog iznosa koji optuženik tek treba dobiti, sud može i za takvo potraživanje odrediti osiguranje privremenom mjerom.²³ Ovo je u skladu s pravilom čl. 343. st. 1. OZ. prema kojem se privremene mjere mogu odrediti i radi osiguranja nedospjelih i uvjetnih tražbina.

2.2. Vrste privremenih mjera

Uvodno je navedeno da su vrste privremenih mjera kojima se osigurava oduzimanje imovinske koristi u zakonu dane primjerice, pa je radi osiguranja dopušteno odrediti bilo koju vrstu mjere kojom se ostvaruje svrha osiguranja, a posebno neku od mjere iz čl. 11. st. 1. ZPOIKOKDP.²⁴ Usporede li se mjere navedene u ovoj odredbi s onima iz čl. 345. OZ kojim su predviđene privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine, vidljivo je da se lista mjera u bitnom podudara kada je riječ o stvarima kao predmetima osiguranja i nema značajnijih razlika. Usporedbe radi, zapravo, i pravila PZ-a i ZOSOZP-a ne predviđaju suštinski drugačije mjere, već je samo riječ o mjerama koje su prilagođene naravi i vrsti predmeta osiguranja, npr. čuvanje broda i zaustavljanje broda,²⁵ zaustavljanja i čuvanja zrakoplova²⁶ i sl.

Riječ je o dvije grupe mjera. Prve, koje se odnose na zabranu protivniku osiguranja da otuđi ili optereti stvar koja je predmet osiguranja (pokretne i nepokretne) i druge koje su usmjerene na oduzimanje predmeta osiguranja i njegovo povjeravanje na čuvanje i upravu određenoj osobi.

Ove se mjere bitno razlikuju, u prvom redu, po svom sadržaju i doseg. K tome i s obzirom na važnu ulogu koju u odnosu na mjeru zabrane otuđenja i opterećenja imaju različiti javni upisnici, odnosno registri. Naime, upisom ove mjere u različite

22 Budući da se imovinska korist oduzima od svih sudionika kaznenog djela koji su je stekli kao i od osoba na koje je imovinska korist prenesena, a koji nisu sudionici kaznenog djela (pod određenim pretpostavkama), to se i privremena mjera osiguranja oduzimanja imovinske koristi može odrediti i u odnosu na treće osobe, v. npr. rješenja ŽS u Rijeci, Kir-US-54/11 od 2. kolovoza 2011., te rješenje ŽS u Zagrebu, Kir-US-711/12 od 28. prosinca 2012. kojima su određene privremene mjere zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine u odnosu na supružnike okrivljenih.

23 VS, Kž-2078/77 od 21. veljače 1979., prema: KATUŠIĆ JERGOVIĆ, S., op. cit., str. 273.

24 V. PAVIŠIĆ, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku s priložima, Žagar, Rijeka, 2005., str 169.

25 Čl. 951. st. 1. PZ, v. bilješku 12.

26 V. čl. 951. st. 1. PZ i čl. 175. ZOSOZP o odgovarajućoj primjeni čl. 867. do 988. PZ. V. čl. 170. i 171. za privremenu mjeru zaustavljanja i čuvanja zrakoplova.

evidencije omogućuje se publiciranje činjenice da je mjera određena, a time i njezini pravni učinci *erga omnes*. Tako će se, npr. zabrana otuđenja i opterećenja nekretnine upisati u zemljišnu knjigu, broda u upisnik brodova, zrakoplova u Hrvatski registar civilnih zrakoplova, pokretnina (kada se ta mjera upisuje) u Upisnik sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (dalje: Upisnik ili USJBO). Ovdje treba imati u vidu da je posljednje navedena evidencija upisnik u koji se upisuju prava i mjere na pokretninama, dok su ostale evidencije upisnici nekretnina, zrakoplova, brodova i sl. kao predmeta osiguranja.

2.3. Predmet osiguranja

2.3.1. Da bi na pojedinom predmetu osiguranja bilo dopušteno odrediti osiguranje potrebno je da taj predmet nije izuzet od osiguranja, odnosno da na njemu osiguranje nije ograničeno.²⁷ Pravila ZPOIKOKDP-a ne određuju ništa posebno o izuzimanju ili ograničenju. Kada je riječ o ovršnim pravilima, apsolutno su izuzete od osiguranja, prema čl. 4. st. 4.-6. OZ: stvari izvan prometa, druge stvari za koje je to posebnim zakonom određeno, kao i objekti, oružje i oprema namijenjeni obrani te oprema i objekti namijenjeni radu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravosudnih tijela. Liste pojedinih stvari (pokretnih i nepokretnih) sadrže pravila o apsolutnom, odnosno relativnom izuzimanju od osiguranja, a nalaze se u pravilima OZ-a,²⁸ odnosno u posebnim propisima.²⁹

2.3.2. Neovisno predlaže li se prijedlogom za osiguranje oduzimanja imovinske koristi zabrana otuđenja i opterećenja predmeta osiguranja ili prinudna uprava nad predmetom osiguranja, osiguranje privremenom mjerom može se, u pravilu, odrediti samo na pokretnini i nekretnini koja je u vlasništvu ili suvlasništvu protivnika osiguranja.

27 PAVIŠIĆ, B., KUNŠTEK, E., op. cit., str. 57.

28 Prema čl. 91. st. 1. OZ ne mogu biti predmet osiguranja poljoprivredno zemljište i gospodarske zgrade poljodjelca u opsegu potrebnom za njegovo uzdržavanje i uzdržavanje članova njegove uže obitelji te drugih osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati. Lista pokretnina izuzetih od osiguranja, odnosno pokretnina na kojim je osiguranje ograničeno sadrži čl. 135. OZ. Za izuzimanje od ovrhe i ograničenje ovrhe na imovini pravnih osoba v. čl. 241. OZ *et seq.*

29 Npr. prema čl. 843. PZ ne mogu biti predmet osiguranja: 1) ratni i s njima izjednačeni brodovi, javni brodovi, 2) strani brodovi u neškodljivom prolasku teritorijalnim morem RH, te 3) strani brodovi koji se zadržavaju na unutarnjim morskim vodama RH, izuzev ako se postupak provodi radi osiguranja tražbina koje su nastale za prolaska i zadržavanja broda na području RH. Sličan kriterij koristi i čl. 168. ZOSOZP, prema kojem, osim kod osiguranja tražbina nastalih tijekom preleta ili zadržavanja zrakoplova na teritoriju RH, ne mogu biti predmetom osiguranja: 1) vojni, carinski i policijski zrakoplovi, te zrakoplovi koji se upotrebljavaju za pružanje zdravstvenih usluga u zračnom prometu ili protupožarni zrakoplovi, 2) inozemni zrakoplov koji u skladu s valjanim propisima prelijeće preko teritorija RH ili sleti na aerodrom na teritoriju RH zbog više sile ili radi sigurnosti zračnog prometa (zrakoplov u nuždi), dok traje viša sila ili razlozi sigurnosti prometa, te kada sleti po naredbi nadležnog tijela.

To implicira primjena pravila o ovrsi na nekretnini iz čl. 79. do 132. OZ, a među njima i pravila iz čl. 82. OZ o dokazu prava vlasništva ovršenika na nekretnini i traženim pretpostavkama (v. i čl. 83. OZ).³⁰

Vezano uz pokretnine kao predmet osiguranja, primarno se osiguranje određuje na pokretninama u vlasništvu ili suvlasništvu protivnika osiguranja. No ovršna pravila o ovrsi na pokretninama u pravcu vlasništva pokretnina sadrže i dvije predmnjeve o vlasništvu ovršenika na pokretnini. Tako se, prema čl. 138. st. 2. OZ ovrha pljenidbom i sastavljanjem pljenidbenog popisa pokretnina provodi na pokretninama u posjedu ovršenika, s tim da se predmnijeva: a) da ovršeniku pripadaju pokretnine koje ima na sebi, odnosno koje se nalaze na ili u njegovoj nekretnini, u stanu u kojemu stanuje, te u poslovnoj prostoriji koju je zakupio (čl. 138. st. 4. OZ) i b) da su bračni drugovi suvlasnici u jednakim dijelovima svih pokretnina koje se zateknu u njihovoj kući, stanu, poslovnoj prostoriji ili drugoj nekretnini (čl. 138. st. 5. OZ).

Što se tiče ovršenikovih pokretnina koje se nalaze u posjedu treće osobe, prema ovršnim pravilima iz čl. 138. st. 6. i 7. OZ, one se mogu popisati samo ako treće osoba na to pristane. U suprotnom, sud na ovrhovoditelja, na njegov prijedlog, prenosi ovršenikovo pravo na predaju stvari. Posebna pravila iz čl. 56. st. 2. i 3. ZUSKOK sadrže drugačija rješenja po ovom pitanju, a na tragu, *infra* navedenih, pravila iz čl. 78. KZ. Tako se određuje da će u rješenju o osiguranju sud odrediti da se mjera osiguranja odnosi i na protivnikova sredstva, prihode ili imovinu za koji predlagatelj učini vjerojatnim da se po bilo kojem pravnom temelju nalaze:

a) kod protivnikovog bračnog ili izvanbračnog druga, srodnika u ravnoj lozi, srodnika u pobočnoj lozi do trećeg stupnja zaključno te srodnika po tzbini do drugog stupnja zaključno i posvojenika i posvojitelja, te

b) kod druge fizičke ili pravne osobe, osim ako ima mjesta primjeni pravila o zaštiti poštenog stjecatelja.

2.3.3. Nekretnina ili pokretnina za koju se predlaže osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenom mjerom treba biti određena i individualizirana, primarno, u skladu s pravilima stvarnog i zemljišnoknjižnog prava (v. čl. 2. i 9. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima³¹ i čl. 2. i 10. Zakona o zemljišnim knjigama³²) te pravilima posebnih propisa.^{33 34} Posebno je važno da

30 Za nekretninu kao predmet osiguranja, v. čl. 81. OZ.

31 Narodne novine 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, dalje: ZV.

32 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, dalje: ZZK.

33 Prema čl. 209. st. 4. PZ za sva stvarna prava u pogledu broda i jahte na odgovarajući se način primjenjuju odredbe ZV-a, ako PZ-om nije drugačije određeno.

34 Npr. za državnu pripadnost, identifikaciju, upis i brisanje broda, v. čl. 179.-207. PZ. V. čl. 3. i 4. Pravilnika o upisu pomorskih brodova u određene upisnike, podacima koji se unose u list a glavne knjige upisnika brodova, zbirkama isprava, pomoćnim knjigama koje se vode uz upisnike brodova i obrascima tih isprava i knjiga, te nadležnosti lučkih kapetanija za upis pomorskih brodova, Narodne novine br. 67/95 i 57/04, dalje: PUPB. Za upis u Hrvatski

predmet osiguranja na kojem se osiguranje ustanovljuje primjenom odgovarajućih registarskih propisa bude označen kako to određuju odgovarajući registarski propisi kao pretpostavku za upis.

3. RJEŠENJE O OSIGURANJU

Postupajući po prijedlogu predlagatelja osiguranja za osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenom mjerom sud će odrediti osiguranje ako je udovoljeno pretpostavkama za određivanje osiguranja. Imajući u vidu čl. 342. OZ u rješenju o određivanju osiguranja privremenom mjerom sud će: a) odrediti privremenu mjeru određene vrste, b) vrijeme za koje se određuje te c) ako je to potrebno s obzirom na vrstu mjere i svrhu koja se njome treba postići i ako je to predlagatelj predložio, sredstva kojima će se mjera prisilno ostvariti te predmet osiguranja, uz odgovarajuću primjenu pravila o određivanju sredstava i predmeta ovrhe u rješenju o ovrši. Dakle, a u vezi s tim kakvi se pravni učinci namjeravaju ostvariti privremenom mjerom i ostvaruju li se ti učinci već samom dostavom rješenja o osiguranju, dispozicija rješenja sadržavat će odgovarajuću kondemnaciju, odnosno konstituciju u slučaju kada se pravni učinak osiguranja privremenom mjerom ostvaruje već dostavom rješenja. Posebno je važno, kada se mjera upisuje u javni registar, da rješenje sadrži nalog za upis upravljen na određeni predmet osiguranja označen onako kako to zahtijevaju registarska pravila.³⁵ U slučaju kada za ostvarenje pravnih učinaka privremene mjere nije dovoljna samo dostava rješenja o osiguranju, već mjeru treba prisilno ostvariti, rješenje će sadržavati i sredstva i predmet kojim će se kondemnacija prisilno ostvariti.

3.1. Pretpostavke za određivanje privremene mjere

Prema čl. 344. st. 1. OZ privremena mjera radi osiguranja novčane tražbine može se odrediti ako: a) predlagatelj osiguranja učini vjerojatnim postojanje tražbine i b) opasnost da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine tako što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati,³⁶ s tim da se predmnjeva postojanje takve opasnosti ako se tražbina ima ostvariti u inozemstvu (čl. 344. st. 3. OZ). Predmnjeva je *presumptio iuris*, pa protivnik osiguranja može dokazivati suprotno.³⁷ Prema ovršnim pravilima, predlagatelj ne mora dokazivati postojanje opasnosti kao pretpostavke za određivanje privremene mjere, ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu (čl. 344. st. 2. OZ).

registar civilnih zrakoplova, državnu pripadnost i registracijske oznake zrakoplova, v. čl. 45. *et seq.* Zakona o zračnom prometu, Narodne novine br. 69/09 i 84/11, dalje: ZZP.

35 Npr. za nekretnine čl. 10. st. 2. ZZK prema kojem odluke o knjižnim pravima moraju sadržavati oznake i podatke o katastarskom broju i površini katastarskih čestica, kao i o katastarskoj općini u kojoj leže, onako kako su ti podatci označeni u zemljišnoj knjizi.

36 Objе pretpostavke trebaju biti ispunjene kumulativno.

37 V. čl. 355. OZ u vezi s čl. 333. st. 3. OZ.

Pitanje opasnosti da bi protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao naplatu tražbine time što bi svoju imovinu otuđio, prikrio ili na drugi način njome raspolagao bez privremene mjere, kao pretpostavka određivanja privremene mjere pravilima ZPOIKOKDP-a uređeno je u jednom posebnom slučaju na razini *presumptio iuris*.³⁸ Naime, čl. 12. st. 1. ZPOIKOKDP određeno je da se pretpostavlja postojanje opasnosti da tražbina RH-a glede oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom neće moći biti ostvarena, ili da će njezino ostvarenje biti otežano ako privremena mjera ne bude određena. Dakle, predlagatelj osiguranja jedino treba učiniti vjerojatnim postojanje novčane tražbine imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom čije se osiguranje traži.³⁹ Međutim, ovo vrijedi samo kada je u pitanju osiguranje tražbine imovinske koristi Republike (na bilo kojoj stvari kao predmetu osiguranja). Kada je riječ o osiguranju tražbina oštećenika kao tužitelja ili privatnog tužitelja, postojanje opasnosti kao pretpostavka osiguranja u režimu je *presumptio iuris*.

Važno je u vezi s osiguranjem oduzimanjem imovinske koristi privremenim mjerama prema čl. 55. ZUSKOK naglasiti da je u smislu ove odredbe za osiguranje potrebno da se kumulativno ispune sljedeće pretpostavke:

a) postojanje osnova sumnje da su sredstva, prihod ili imovina izravno ili neizravno ostvareni kaznenim djelom iz nadležnosti USKOK-a,

b) postojanje osnova sumnje da su ukupna sredstva, prihodi i imovina stečeni kao imovinska korist od kaznenog djela,

c) utvrđenje da vrijednost tih sredstava, prihoda ili imovine prelazi ukupnu svotu od 100.000,00 kn te

d) postojanje osnova sumnje da će počinitelj kaznenog djela iz čl. 21. ZUSKOK prije započinjanja kaznenog postupka ili u njegovu tijeku onemogućiti ili znatno otežati oduzimanje sredstva, prihoda ili imovine ostvarene kaznenim djelom.

S tim da, kada je i inače riječ o osiguranju privremenom mjerom u tzv. USKO-čkim predmetima, svakako treba imati u vidu čl. 56. i 57. ZUSKOK, i činjenicu da se, u skladu s ovim odredbama, pretpostavke za osiguranje privremenim mjerama, zapravo, preispituju retroaktivno.

Naime, prema čl. 56. st. 4. ZUSKOK, sud mjeru osiguranja određuje odmah, a najkasnije dvanaest sati nakon primitka zahtjeva predlagatelja. Nakon toga je dužan u roku od 21 dan, a kako određuje čl. 57. st. 1. ZUSKOK, održati ročište za potvrdu rješenja o osiguranju i na tom ročištu ukinuti ili potvrditi rješenje o mjeri osiguranja (čl. 56. st. 2. ZUSKOK). Ako potvrdi rješenje, sud će za rok od šest mjeseci produljiti vrijeme za koje je mjera određena, vodeći računa o težini kaznenog djela,

38 U literaturi se posebno naglašava značaj ovog pravila: IVIČEVIĆ KARAS, E., op. cit., str. 575.-576., MILIVOJEVIĆ, L., Oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem s osvrtnom na novo zakonodavno rješenje, Hrvatska pravna revija, 2011., br. 4., str. 57., KALEB, Z., Oduzimanje imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem, Pravo i porezi, 2012., br. 2., str. 61.-62.

39 Što ne utječe na pravo protivnika osiguranja na naknadu štete prouzročene neosnovanom privremenom mjerom. PAVIŠIĆ, B., KUNŠTEK, E., op. cit., str. 58.

opasnosti da bi se bez mjere osiguranja onemogućilo ili znatno otežalo oduzimanje imovinske koristi te imovinskim prilikama protivnika osiguranja kao i osoba koje je on po zakonu dužan uzdržavati (čl. 56. st. 5. ZUSKOK).

3.2. Sadržaj rješenja

Pravila ZPOIKOKDP-a određujući u čl. 11. st. 2. ZPOIKOKDP da o prijedlogu za osiguranje nadležni sud odlučuje rješenjem, ne govore previše o sadržaju rješenja o osiguranju oduzimanja imovinske koristi privremenom mjerom. Što je razložno kada se ima u vidu opće pravilo iz čl. 342. st. OZ u kojem se propisuje da će sud, u rješenju o određivanju privremene mjere, ako je to potrebno s obzirom na vrstu mjere i svrhu koja se njome treba postići, odrediti na prijedlog predlagatelja osiguranja i sredstva kojima će se ona prisilno ostvariti te predmet osiguranja, uz odgovarajuću primjenu pravila o određivanju sredstava i predmeta ovrhe u rješenju o ovrši. Što, u najbitnijem znači, da će rješenje o osiguranju privremenom mjerom sadržavati: a) vrstu privremene mjere, b) vrijeme trajanja mjere te c) sredstva i predmet osiguranja privremenom mjerom, odnosno potrebnima za njezinu provedbu.

Ipak, treba upozoriti, a kada je riječ o sadržaju rješenja o osiguranju, na postojanje posebnog pravila iz čl. 56. st. 4. ZUSKOK prema kojem će u rješenju kojim se određuje mjera osiguranja sud označiti: a) vrijednost sredstva, odnosno iznos prihoda ili koristi ostvarene kaznenim djelom i b) vrijeme za koje se ona određuje (što korespondira s ovršnim pravilima). Postoji i posebna predmnjeva o dospjelosti tražbine imovinske koristi oduzete kaznenim djelom. Tako se u čl. 56. st. 7. ZUSKOK određuje da se ta tražbina danom otvaranja stečajnog postupka nad protivnikom osiguranja smatra dospjelim iznosom na kojem postoji pravo razlučnog namirenja.

3.2.1. *Određivanje vrste privremene mjere*

3.2.1.1. *Zabrana otuđenja i opterećenja predmeta osiguranja*

Radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi može se odrediti privremena mjera zabrane protivniku osiguranja da otuđi i optereti određenu nekretninu ili pokretninu.

3.2.1.1.1. *Zabrana otuđenja i opterećenja pokretnina jedna je od mjera za koje je čl. 6. Zakona o Upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima⁴⁰ određeno da se upisuju u USJBO, kada se ne upisuju u koju drugu javnu knjigu.⁴¹ Upis predviđa i uređuje i posebno pravilo iz čl. 13. ZPOIKOKDP. Ono određuje da, u slučaju kada se privremena mjeru upisuje u javni upisnik (zemljišne knjige, upisnik brodova, upisnik*

40 Narodne novine br. 121/05, dalje: ZU.

41 Prema čl. 6. st. 1. t. 5. ZU, u Upisnik se, između ostalog, upisuju mjere zabrane otuđenja ili opterećenja predmeta osiguranja, određene u skladu sa zakonom.

zrakoplova, USJBO i sl.), odluka suda treba sadržavati i takav nalog za upis (čl. 13. st. 1. ZPOIKOKDP).

Zabrana otuđenja ili opterećenja pokretnine upisuje se u Upisnik tzv. glavnim upisom.⁴² Glavni upis je, kako propisuje čl. 7. st. 2. ZU, između ostalog, upis mjere zabrane otuđenja ili opterećenja. Postupak glavnog upisa provodi se prema pravilima čl. 22. *et. seq.* ZU. Upisom zabrane otuđenja i opterećenja pokretnine u Upisnik osiguravaju se publicitetni učinci zabrane i ostvaruje djelovanje *erga omnes*. Naime, prema čl. 19. ZU, publicitetni učinci upisa zabrane otuđenja i opterećenja pokretnina u Upisnik djeluju prema trećima od trenutka kada je prijedlog za upis primljen u Službi upisa, osim ako im zabrana nije bila priopćena ranije na koji drugi način prema pravilima ZU-a.

Upis više zabrana otuđenja i opterećenja na pokretnini ravna se pravilima o prvenstvenom redu. Zabrane se upisuju redom kojim ih je Služba upis primila (čl. 13. st. 1. ZU). Za zabranu otuđenja i opterećenja osiguran je privilegirani prvenstveni red kada konkurira s prijedlozima za upis založnog prava i prijenosa prava vlasništva i drugih prava. Tako se, prema čl. 17. st. 3. ZU, smatra kada su istodobno zaprimljene isprave na temelju kojih treba provesti upis založnog prava uz pristanak protivnika osiguranja i odluka o zabrani otuđenja ili opterećenja da je odluka o zabrani otuđenja ili opterećenja stigla ranije. Isto vrijedi i kada istodobno stignu prijedlog za prijenos prava vlasništva i drugih prava i odluka na temelju koje treba upisati zabranu otuđenja i opterećenja (čl. 18. st. 4. ZU).

Glavni je učinak zabrane otuđenja i opterećenje pokretnine u tome što su eventualna otuđenja i opterećenja koje protivnik osiguranja učini protivno zabrani bez pravnoga učinka kako unisono određuju čl. 345. st. 4. OZ i čl. 14. ZPOIKOKDP, s tim što ovršna pravila sadrže rezervu vezanu uz mogućnost primjene pravila o zaštiti poštenoga stjecatelja,⁴³ što posebnim pravilima nije predviđeno.⁴⁴

3.2.1.1.2. U poseban se upisnik upisuju zabrane otuđenja i opterećenja motornog vozila To proizlazi iz odgovarajuće primjene pravila čl. 20. Pravilnika o registraciji i označavanju vozila⁴⁵ kojim je predviđeno da će evidencija o registriranim i označenim vozilima, a na temelju rješenja o ovrsi, sadržavati i zabilježbu ovrhe na motornom vozilu, upisom ograničenja: „ovrha-zabrana

42 Kada je riječ o zabrani otuđenja i opterećenja pokretnine treba uočiti da za ovu mjeru nije predviđeno, kao kod nekretnina, da će se zabilježiti u USJBO. Time je njezina sudbina različita od sudbine zabilježbi koje se predviđaju ZU-om u čl. 7. st. 3. ZU, a prema kojem je zabilježba upis kojim se uz glavni upis naznačuje određeno svojstvo ili svrha upisanog prava odnosno upisa, npr. ovršivosti založnog prava, okolnost da je vlasništvo stvari ili pravo preneseno radi osiguranja, postojanje spora u vezi s kojim od upisa, okolnost da je izjavljen pravni lijek protiv odluke na temelju koje je obavljen koji od upisa, da je ta odluka postala pravomoćna, da je pokrenut postupak za brisanje upisa, da je pokrenut postupak prisilnog ostvarenja osiguranog prava i sl. i koje se upisuju primjenom čl. 28. ZU.

43 V. i pravila o brisovnoj tužbi iz čl. 34. ZU.

44 Čl. 14. ZPOIKOKDP glasi: „Pravni posao kojim protivnik osiguranja nakon upisa privremene mjere u javni upisnik raspolaže sa stvari ili pravom koje je predmet osiguranja, nema pravnog učinka.“

45 Narodne novine br. 151/08, 89/10 i 104/10, dalje: PROV.

otuđenja,“ a na temelju pravomoćnog zaključka Službe upisa Agencije i broj zaključka o upisu sudskog ili javnobilježničkog osiguranja tražbine vjerovnika. Ovo se ograničenje, odnosno pravo ili mjera iz zaključka o upisu, upisuje i u prometnu dozvolu i knjižicu vozila u prostor za napomenu.

3.2.1.1.3. U posebne se upisnike upisuju zabrane otuđenja brodova i zrakoplova.⁴⁶ U tom je pravcu u čl. 963. st. 1. PZ određeno da će sud, kada odredi privremenu mjeru zabrane otuđenja ili raspolaganja brodom, narediti istovremeno da se ta mjera zabilježi u upisnik brodova u koji je brod upisan. Prema pravilu iz čl. 201. PZ, zabrana otuđenja i opterećenja upisuje se u list C uložka glavne knjige upisnika.⁴⁷

Pravila o prvenstvenom redu sadrži čl. 266. PZ koji određuje da je za prvenstveni red upisa mjerodavno vrijeme kad je prijedlog upisa stigao lučkoj kapetaniji koja vodi upisnik brodova u koji se obavlja upis (čl. 266. st. 1. PZ). Konkurencija istodobno pristiglih prijedloga za upis riješena je čl. 266. st. 2. PZ tako da upisi obavljeni na temelju prijedloga koji su stigli u isto vrijeme imaju isti prvenstveni red, ako drugim zakonom nije drugačije određeno.

Prema čl. 21. b. Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja hrvatskog registra civilnih zrakoplova⁴⁸ zabilježbe se, između ostalog, mogu učiniti kako bi se osnovali pravni učinci koje zabilježba proizvodi po odredbama zakona ili npr. zabilježba prvenstvenog reda, zajedničke hipoteke, otkaza hipotekarnih tražbina, spora, prisilne dražbe, zabrane otuđenja ili opterećenja, obveze zahtijevanja brisanja hipoteke, pridržaja prvenstvenog reda, zabilježbe određene po pravilima o ovrsi i osiguranju i dr. Odredba čl. 10. st. 2. PSNVHRCZ određuje da se zabrane opterećenja, otuđenja ili ograničenja raspolaganja zrakoplovom ili suvlasničkim dijelom upisuju u teretni list.

Prema pravilu o prvenstvenom redu iz čl. 23. st. 1. PSNVHRCZ prvenstveni red upisa u Registar utvrđuje se prema datumu i satu kada je Agenciji stigao zahtjev za upis, odnosno odluka suda ili drugog nadležnog tijela kojom se određuje upis. Upisi provedeni povodom podnesaka koji su istodobno stigli, u istom su prvenstvenom redu, ako zakonom ili PSNVHRCZ-om nije drugačije određeno (čl. 23. st. 2. PSNVHRCZ).

46 Prema čl. 196. PZ razlikuju se sljedeći upisnici: a) za pomorske brodove: upisnik trgovačkih brodova, upisnik ribarskih brodova i upisnik javnih brodova (st. 1.), b) za brodove u gradnji: upisnik brodova u gradnji (st. 2.), c) za jahte: upisnik jahti, d) za jahte u gradnji: upisnik jahti u gradnji, e) za plutajuće objekte: upisnik plutajućih objekata, a za plutajuće objekte u gradnji: upisnik plutajućih objekata u gradnji, te f) za nepomične odobalne objekte: upisnik nepomičnih odobalnih objekata, a za nepomične odobalne objekte u gradnji: upisnik nepomičnih odobalnih objekata u gradnji.

47 Naime, ovdje se upisuju stvarna prava kojima je pomorski objekt ili njegov dio opterećen, prava stečena na tim pravima, zakup broda, brodarski ugovor na vrijeme za cijeli brod, pravo prvokupa, te druga ograničenja raspolaganja pomorskim objektom kojima je podvrgnut vlasnik opterećenog pomorskog objekta, zabrane opterećivanja i otuđivanja te sve zabilježbe za koje nije izričito određeno da se upisuju u drugi list uložka.

48 Narodne novine br. 137/12, dalje: PSNVHRCZ.

3.2.1.1.4. Zabrana otuđenja i opterećenja nekretnine upisuje se u zemljišne knjige zabilježbom u skladu s čl. 39. t. 2. ZZK prema pravilima iz čl. 70. *et seq.* ZZK.

Prema čl. 345. st. 5. OZ, učinak ove zabilježbe na nekretnini je u tome što predlagatelj osiguranja može tražiti ovrhu na nekretnini za koju je upisana zabrana, bez obzira na to što je nakon upisa zabrane treća osoba na temelju dobrovoljne raspoložbe protivnika osiguranja stekla i uknjižila u zemljišnu knjigu neko svoje pravo. Ovrhu na nekretnini predlagatelj je ovlašten tražiti izravno protiv osobe koja je uknjižena kao vlasnik nekretnine, na temelju ovršne isprave kojom je utvrđene njegova tražbina protiv protivnika osiguranja (radi osiguranja koje je zabrana zabilježena) te dokaza da je ta osoba stekla vlasništvo nekretnine nakon zabilježbe zabrane. Iz navedenoga se može zaključiti da su, zapravo, pravni poslovi koje u pogledu nekretnine opterećene zabilježbom zabrane otuđenja i opterećenja u ovršnom režimu valjani i da proizvode odgovarajuće pravne učinke. Kada je mjera zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine određena prema pravilima ZPOIKOKDP-a pravni poslovi protivnika osiguranja zaključeni nakon upisa zabrane nemaju pravni učinak.

3.2.1.2. Oduzimanje predmeta osiguranja i povjeravanje na čuvanje i upravu

Druga vrsta privremenih mjera radi osiguranja oduzimanja imovinske koristi na nekretninama i pokretninama mjere su oduzimanja predmeta osiguranja i njihovo povjeravanje na čuvanje i upravu.

3.2.1.2.1. Oduzimanje i povjeravanje na čuvanje pokretnina

Osiguranje oduzimanja imovinske koristi privremenom mjerom oduzimanjem pokretnih stvari i njihovim povjeravanjem na čuvanje Uredu ostvaruje se primjenom posebnih pravila o postupanju s privremeno oduzetom imovinom iz čl. 20. do 22. ZPOIKOKDP. Pravilom iz čl. 20. st. 1. i 2. ZPOIKOKDP određeno je da privremeno oduzetim novčanim sredstvima i predanim stvarima upravlja Ured koji je o istima dužan voditi evidenciju. Riječ je o svojevrsnom obliku sekvestracije nad oduzetim pokretninama, koja je u bitnom uređena, navedenim posebnim pravilima. Opća pravila koja bi u ovršnopravnom sustavu uređivala ovršnu sekvestraciju u našem pravu su izostala. U mjeri u kojoj bi to bilo moguće došla bi u obzir primjena pravila o ovrsi na pokretninama kada predviđaju kako se i na koji način provodi određena radnja koju treba provesti i kod sekvestracije. Ovrha na pokretninama provodi se sljedećim ovršnim radnjama: zapljenom, procjenom, oduzimanjem, otpremanjem, povjeravanjem na čuvanje sudu, ovrhovoditelju ili trećoj osobi, prodajom te namirenjem ovrhovoditelja iz iznosa dobivenog prodajom (čl. 136. st. 1. OZ). Tako bi, pod pretpostavkom da posebna pravila ne uređuju određena pitanja i da ih ne uređuju drugačije, došla u obzir primjena pravila o čuvanju popisanih pokretnina (čl. 140. OZ), o načinu predaje pokretnina na čuvanje (čl. 141. OZ), i sl. Kada je riječ o gotovu novcu ne će, npr. doći u obzir primjena općih pravila o ovrsi na pokretnini i oduzimanju i polaganju gotovoga novca, vrijednosnih papira i dragocjenosti iz čl. 140. st. 4. i 5. OZ koja predviđaju polaganje istih u sudski

ili javnobilježnički polog, jer postoji posebno pravilo koje izrijekom određuje da se novac oduzet prema odredbama ZPOIKOKDP-a uplaćuju na račun državnog proračuna (čl. 22. st. 2. ZPOIKOKDP).

Posebnim pravilima iz čl. 21. st. 1. ZPOIKOKDP ovlašten je Ured, bez prethodne objave javnog natječaja, donijeti odluku o prodaji privremeno oduzetih pokretnih stvari: a) ako je njihovo čuvanje opasno ili b) ako predstoji neposredna opasnost od njihova propadanja ili znatnog gubitka vrijednosti. Ured je, nadalje, ovlašten stvari pod sekvestrom dati u skladu s njihovom namjenom, u najam ili zakup (čl. 21. st. 2. ZPOIKOKDP), s tim da za štetu na stvarima odgovara RH prema općim pravilima o odgovornosti za štetu (čl. 21. st. 3. ZPOIKOKDP). U slučaju da zahtjev tužitelja bude odbijen (i privremena mjera ukinuta), u roku od petnaest dana od pravomoćnosti presude, civilne plodove stvari ostvarene temeljem navedenih pravnih odnosa treba predati protivniku osiguranja (čl. 21. st. 4. ZPOIKOKDP).

Protivnik osiguranja ovlašten je protiv odluka Ureda o prodaji, odnosno o davanju u zakup ili najam oduzete stvari, izjaviti prigovor u roku od 48 sati od dostave odluke. Protiv odluke suda o prigovoru nije dopuštena žalba (čl. 21. st. 5. ZPOIKOKDP).

3.2.1.2.2. Oduzimanje i povjeravanje na čuvanje nekretnina

Kada je riječ o oduzimanju i povjeravanju na čuvanje nekretnina Uredu, osim već naprijed navedenih posebnih pravila koja vrijede neovisno o kojoj je vrsti stvari riječ, općih pravila koja bi u ovršnopravnom sustavu uređivala ovršnu sekvestraciju na nekretninama nema.⁴⁹ Osim moguće primjene pravila o prinudnoj upravi nad nekretninom iz Zakona o izvršenju i obezbjeđenju od 9. srpnja 1930.⁵⁰ kojim je sekvestracija bila detaljno (§. 79.-§. 106.) uređena i koja bi se mogla primijeniti na temelju Zakona o načinu primjene pravnih propisa donesenih prije 6. travnja 1941. godine⁵¹ kao pravna pravila.⁵² No takvo rješenje, premda moguće, bilo bi korisnije zamijeniti novom legislativom koja bi se kreirala slijedeći ranija rješenja, te uređenja prinudne uprave na nekretnini iz austrijskog i njemačkog prava, na čijim su zasadima i donesena ranija hrvatska ovršna pravila.^{53 54} Određivanje prinudne

49 V. prijedloge *de lege ferenda* u DIKA, M., op. cit., str. 445. i 633. V. MIHELČIĆ, G., Ovlašt hipotekarnih vjerovnika na namirenje hipotekarne tražbine sekvestracijom nekretnine *de lege lata* i *de lege ferenda* u: Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić, Novi informator, 2009., str. 415.-417.

50 ŽILIĆ, F., ŠANTEK, M., Zakon o izvršenju i obezbjeđenju (Izvršni postupovnik), Hrvatska književna naklada, Zagreb, 1938.

51 Narodne novine br. 73/91., dalje: ZNPPP.

52 GAVELLA, N., JOSIPOVIĆ, T., GLIHA, I., BELAJ, V., STIPKOVIĆ, Z., Stvarno pravo, Svezak II., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 353.

53 Posebne odredbe, kojima je uređena prisilna uprava na nekretnini (ovršna sekvestracija) u njemačkom pravu nalaze se u Zakonu o prisilnoj prodaji i prinudnoj upravi, *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung*, (dalje: ZVG) od 24. ožujka 1897., zadnja izmjena Zakonom od 7. prosinca 2011., Bundesgesetzblatt I S. 2582. Mrežna stranica: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zvg/gesamt.pdf>. Odredbe o prisilnoj upravi na nekretnini nalaze u §§ 146.-161. u okviru trećeg dijela ZVG-a.

54 Ovršna pravila o prinudnoj upravi na nekretnini austrijskog prava nalaze se u austrijskom

uprave na nekretnini i po austrijskom i po njemačkom pravu inicira vjerovnik podnošenjem odgovarajućeg prijedloga. Za određivanje prinudne uprave potrebno je stjecanje istih onih pretpostavki koje zakonodavci traže za ovrhu prodajom i unovčenjem nekretnine,⁵⁵ a koje se tiču određenih supstancijalnih i postupovnih pretpostavki.⁵⁶ Postupak prinudne uprave, jednako kao i ovrha na nekretnini, provodi se u dva povezana stadija: određivanje i provedba prinudne uprave. Provodi se ovršnim radnjama: zabilježbom prinudne uprave, zapljenom nekretnine⁵⁷ (prema njemačkom pravu), određivanjem sekvestra koji će ubirati i unovčavati plodove i koristi te o tome polagati račun te namirenjem vjerovnika.

3.3. *Vrijeme trajanja privremene mjere*

Jedna od temeljnih karakteristika privremenih mjera osiguranja je da su one vremenski ograničene što proizlazi iz prirode i svrhe tog pravnog instituta.⁵⁸ Pravilima iz čl. 15. i 16. ZPOIKOKDP predviđena su posebna pravila o vremenu trajanja privremene mjere tj. vremenu na koje se mjera može odrediti.

Osnovno je pravilo ono iz čl. 16. st. 1. ZPOIKOKDP prema kojem osiguranje privremenom mjerom može trajati najdulje šezdeset dana nakon što je sud dostavio predlagatelju osiguranja obavijest o tome da je presuda (čl. 5. st. 1. i čl. 6. st. 1. ZPOIKOKDP) postala pravomoćna. Ovo se pravilo razlikuje od ovršnih pravila prema kojima je privremena mjera dopuštena i može trajati dok ne nastupe pretpostavke za određivanje prethodne mjere kojom se može postići ista svrha osiguranja (čl. 343. st. 2. OZ). Razlog produljenom trajanju privremene mjere (šezdeset dana nakon pravomoćnosti) leži u činjenici što pravilima ZPOIKOKDP-a nije predviđeno osiguranje prethodnim mjerama, pa je radi pravne sigurnosti trebalo

Ovršnom zakonu (*Exekutionsordnung*, dulji naziv: *Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren*, RGBL. Nr. 79/1896, zadnja promjena u BGBl. I Nr. 33/2013, dalje: EO. Mrežna stranica: http://www.jusline.at/index.php?cpid=f04b15af72dbf3fdc0772f869d4877ea&law_id=62. Ovim je Zakonom u §§ 97.-133. EO uređena prinudna uprava na nekretnini (*Zwangsverwaltung*).

55 Iako se, načelno, prinudna uprava određuje nad nekretninom u vlasništvu dužnika, može se odrediti i kada nisu ispunjene pretpostavke iz §. 17/1. ZVG (prema kojem se prinudna prodaja smije odrediti samo kada je dužnik upisan kao vlasnik ili nasljednik upisanog vlasnika), ako dužnik ima vlasnički posjed nekretnine (§. 147/1. ZVG) čije se postojanje mora učiniti vjerojatnim odgovarajućim ispravama, ukoliko sudu nije opće poznat (§. 17/2. ZVG). BÖTTSCHER, R., *ZVG, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung Kommentar*, 4. neu bearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2005., komentar uz § 147., Rn 1 i 2.

56 Njemački zakonodavac na privremenu upravu izriječno određuje odgovarajuću primjenu pravila koja uređuju prisilnu prodaju nekretnine pa se ista uvijek primjenjuju ako nešto drugo ne proizlazi iz § 147. do § 151. ZVG (§ 146/1. ZVG). BÖTTSCHER, R., op. cit., komentar uz § 146., Rn 35. i 36.

57 Tako BÖTTSCHER, R., op. cit., komentar uz § 148., Rn 1. i 15.

58 V. npr. VS, Kž-303/10 od 21. travnja 2010. u kojoj stoji da: „Privremene mjere osiguranja imovinskopravnog zahtjeva i oduzimanja imovinske koristi traju do okončanja kaznenog postupka što znači da ostaju na snazi do izvršenja mjera zbog čijeg su osiguranja donesene.“

osigurati razumno vrijeme kako bi pravomoćna odluka stekla svojstvo ovršnosti, a time udovoljila zahtjevu za podobnost i ovršnost ovršne isprave za moguću ovrhu. Ako bi, unutar roka od šezdeset dana, bila predložena ovrha, privremena mjera će se ukinuti.⁵⁹

Postoje i pravila iz čl. 15. ZPOIKOKDP koja uređuju vrijeme trajanja privremene mjere:

a) u slučaju kada je prijedlog za osiguranje podnesen prije pokretanja postupka, osiguranje privremenom mjerom može trajati najdulje dvije godine od dana kad je ta mjera određena, odnosno ako ne bude potvrđena optužnica, određena rasprava na temelju privatne tužbe (čl. 15. st. 1. ZPOIKOKDP),

b) u slučaju kada sud, na prijedlog protivnika osiguranja, utvrdi da mjera nije potrebna ili da se osiguranje može postići kakvom drugom privremenom mjerom, te ako protivnik osiguranja ili treća osoba položi jamčevinu. U navedenim slučajevima privremena se mjera može ukinuti ili zamijeniti drugom prije isteka vremena na koje je ona određena, odnosno prije isteka roka (čl. 15. st. 2. ZPOIKOKDP),

Ono što je, međutim, iznimno važno kada je riječ o vremenu trajanja privremene mjere, a u vezi sa sadržajem prijedloga za osiguranje, odnosno rješenja o osiguranju privremenom mjerom je to da je predlagatelj dužan u prijedlogu, odnosno sud u rješenju predložiti tj. odrediti vrijeme trajanja mjere. Osiguranje privremenom mjerom ne može se odrediti *sine die*.

4. ŽALBA PROTIV RJEŠENJA O OSIGURANJU I IZLUČNI PRIGOVOR (ŽALBA)

Prema čl. 11. st. 5. ZPOIKOKDP protiv rješenja o osiguranju dopuštena je žalba u roku od 3 dana od dana njegova dostavljanja. Riječ je o posebnom roku koji predviđaju pravila ZPOIKOKDP, koji je kraći od roka za žalbu protiv rješenja o osiguranju privremenim mjerama koji predviđaju pravila OZ-a i iznosi osam dana. Žalba nije suspenzivna, pa ne zadržava ovrhu rješenja. O žalbi odlučuje viši sud i to sudac pojedinac višeg suda.

Protiv rješenja o osiguranju privremenom mjerom treća osoba koja tvrdi da u odnosu na stvar za koju je određeno osiguranje ima pravo koje sprječava provedbu može podnijeti izlučni prigovor i tražiti da se osiguranje proglasi nedopuštenim (čl. 18. st. 1. ZPOIKOKDP). O izlučnom prigovoru odlučuje sud koji je donio rješenje o osiguranju privremenom mjerom. Protiv tog rješenja dopuštena je žalba u roku od 3 dana od dana dostave. Žalba nije suspenzivna, a o njoj odlučuje sudac pojedinac višeg suda (čl. 18. st. 2. ZPOIKOKDP). Međutim, u slučaju kada treća osoba dokazuje svoje pravo javnom ispravom ili se postojanje tog prava može utvrditi na temelju pravila o zakonskim predmnjevama, žalba je suspenzivna i odgađa provedbu rješenja o osiguranju privremenom mjerom (čl. 18. st. 3. ZPOIKOKDP). No, neovisno o tome ima li treća osoba izlučni prigovor utemeljen na kvalificiranim

59 PAVIŠIĆ, B., KUNŠTEK, E., op. cit., str. 62.-63.

isprava, pa je time taj prigovor suspenzivan ili ne, ono što čini bitnu razliku od uređenja predviđenog ovršnim pravilima, je rješenje prema kojem se treća osoba ne upućuje u parnicu kako bi se utvrdila osnovanost njezina prigovora, već se o njemu meritorno odlučuje u postupku u kojem se određuje osiguranje.⁶⁰

5. UKIDANJE PRIVREMENE MJERE

Pitanje ukidanja rješenja o osiguranju privremenom mjerom u uskoj je vezi s vremenom trajanja osiguranja. Osnovno je pravilo da osiguranje privremenom mjerom traje do isteka vremena za koje je određeno. U takvom slučaju, ne predloži li predlagatelj osiguranja produljenje osiguranja, rješenje o osiguranju ukinut će se protekom vremena. Moguće je, međutim, da predlagatelj osiguranja stavi prijedlog za produljenje osiguranja privremenom mjerom. Prema posebnom pravilu iz čl. 59. ZUSKOK takav se prijedlog mora staviti najkasnije tri dana prije isteka vremena na koje je mjera određena. Sud će odrediti produljenje mjere, ako se nisu promijenile okolnosti pod kojima je mjera određena.

Posebno pravilo iz čl. 15. st. 4. ZPOIKOKDP predviđa na ukidanje i produženje osiguranja privremenom mjerom primijeniti pravila čl. 11. st. 2. do 8. ZPOIKOKDP koja, u bitnom, sadrže pravila o nadležnosti za određivanje i provedbu mjere i sastav suda. U slučaju ako je privremena mjera određena na vrijeme koje je kraće od roka iz čl. 15. st. 1. ZPOIKOKDP ili šezdeset dana od dostave pravomoćne presude, predlagatelj osiguranja može predložiti da se trajanje privremene mjere produži (čl. 15. st. 3. ZPOIKOKDP), ako za to postoje pretpostavke koje se inače prema pravilima ZPOIKOKDP-a traže za osiguranje privremenom mjerom.⁶¹

Do ukidanja privremene mjere može doći i u slučajevima kada sud, na prijedlog protivnika osiguranja, utvrdi da: a) mjera nije potrebna, b) se osiguranje može postići kakvom drugom privremenom mjerom te c) ako protivnik osiguranja ili treća osoba položi jamčevinu. Jamčevina se uvijek daje u gotovom novcu, a iznimno u stvarima ili pravima koja se, po ocjeni suda, mogu unovčiti u kratkom roku (čl. 15. st. 2. ZPOIKOKDP).

6. PRAVO NA NAKNADU ŠTETE

Sukladno čl. 354. st. 1. OZ protivnik osiguranja ima prema predlagatelju osiguranja pravo na naknadu štete koja mu je nanesena privremenom mjerom za koju je utvrđeno da je bila neosnovana ili koju predlagatelj osiguranja nije opravdao. Za štetu koja je posljedica privremene mjere radi osiguranja oduzimanja imovinske

⁶⁰ PAVIŠIĆ, B., KUNŠTEK, E., op. cit., str. 65.

⁶¹ V. čl. 351. st. 2. i 3. OZ kojima se određuje da će sud, na prijedlog predlagatelja osiguranja, produžiti trajanje privremene mjere, uz uvjet da se nisu promijenile okolnosti pod kojima je ta mjera određena. Prijedlog se može podnijeti samo prije nego što protekne vrijeme za koje je privremena mjera određena.

koristi ostvarene kaznenim djelom odgovara RH-a (čl. 17. st. 1. ZPOIKOKDP). Međutim, ako je prijedlog za određivanje privremene mjere podnio oštećenik kao tužitelj ili privatni tužitelj, za štetu koja je posljedica privremene mjere odgovara oštećenik ili privatni tužitelj (čl. 17. st. 2. ZPOIKOKDP). Protivnik osiguranja može pokrenuti parnični postupak za naknadu štete pred nadležnim sudom u roku od godinu dana računajući od pravomoćnosti presude kojom je okrivljenik oslobođen ili je optužba odbijena, ili kojom je odbijen prijedlog za donošenje presude iz čl. 6. ZPOIKOKDP. U slučaju, kada je riječ o naknadi štete od Republike Hrvatske, dakle kada je osiguranje privremenom mjerom određeno po prijedlogu državnog odvjetnika, protivnik osiguranja može pokrenuti parnični postupak u roku od trideset dana od dana kad je saznao da je državni odvjetnik odbio njegov zahtjev za mirno rješenje spora, odnosno od dana kad je istekao rok u kojem je državni odvjetnik trebao donijeti odluku o tom zahtjevu (čl. 17. st. 3. ZPOIKOKDP).

Prema pravilu iz čl. 60. st. 3. ZUSKOK protivnik osiguranja ovlašten je od predlagatelja zatražiti naknadu štete prema općim propisima.

III. ZAKLJUČAK

Postupak osiguranja oduzimanja imovinske koristi ostvarene kaznenim djelom i prekršajem uređuje složena križaljka pravila različitih propisa. Pored pravila kaznenopravne naravi, u prvom redu, pravila ZPOIKOKDP-a, ali i relevantnih pravila ZKP-a i ZUSKOK-a (kada je riječ o postupcima oduzimanja imovinske koristi u predmetima iz tzv. USKO-čke nadležnosti), nezaobilazna je primjena ovršnopравnih pravila i s njima povezanih pravila stvarnopравne naravi iz ZV-a kao općeg propisa i iz ZZK-a, PZ-a, ZOSOZP-a i dr. Hodogram pravila, kada je u pitanju oduzimanje imovinske koristi, počiva na pravilu o primarnoj primjeni pravila ZPOIKOKDP-a, dok se sva druga pravila primjenjuju supsidijarno i kada se za to kumulativno ispune pretpostavke da određeno pitanje nije uređeno, odnosno nije uređeno drugačije ZPOIKOKDP-om. Određene posebnosti rezervirane su za osiguranje oduzimanja imovinske koristi u predmetima iz nadležnosti USKOK-a i, premda nisu suštinske, postoje razlike spram pravila ZPOIKOKDP-a. Tako je najvažnija razlika u horizontalnoj hijerarhiji kaznenopravnih pravila koja se odnosi na pretpostavke za određivanje osiguranja privremenom mjerom za koje se ZUSKOK-om predviđa ispitati na ročištu postoje li te pretpostavke, nakon što je, zapravo osiguranje određeno i počelo proizvoditi predviđene pravne učinke.

S druge strane, temeljna se razlika u uređenju osiguranja oduzimanja imovinske koristi prema pravilima ZPOIKOKDP-a u odnosu na uređenje prema pravilima OZ-a ostvaruje u nekoliko važnih točaka.

Prva se ogleda u pravnim učincima koje prema pravilima ZPOIKOKDP-a proizvodi upis zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine, ali i sva druga osiguranja zabranom otuđenja i opterećenja predmeta osiguranja u odgovarajuće registre. Naime, prema ovršnim pravilima, učinak je ove zabilježbe na nekretnini u tome što predlagatelj osiguranja može tražiti ovrhu na nekretnini za koju je upisana zabrana,

bez obzira na to što je nakon upisa zabrane treća osoba na temelju dobrovoljne raspoložbe protivnika osiguranja stekla i uknjižila u zemljišnu knjigu neko svoje pravo, tako da je ovlašten tražiti je izravno protiv osobe koja je uknjižena kao vlasnik nekretnine, na temelju ovršne isprave kojom je utvrđena njegova tražbina protiv protivnika osiguranja (radi osiguranja koje je zabrana zabilježena) te dokaza da je ta osoba stekla vlasništvo nekretnine nakon zabilježbe zabrane. To znači da prema ovršnim pravilima, neovisno o tome što je na nekretninu upisana zabrana otuđenja i opterećenja, ova mjera osiguranja nema za posljedicu nevaljalost raspolaganja nekretninom, pa i onih koja imaju značenje dobrovoljnih raspoložbi protivnika osiguranja. S druge strane, kada je mjera zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine određena prema pravilima ZPOIKOKDP-a, to za posljedicu ima da pravni poslovi protivnika osiguranja zaključeni nakon upisa zabrane nemaju pravni učinak. Ovdje treba imati u vidu da navedeno uređenje iz ZPOIKOKDP-a govori samo o pravnim poslovima, dakle o dobrovoljnim raspoložbama protivnika osiguranja i za njih određuje da ne će biti valjani ako je za nekretninu upisana privremena mjera osiguranja zabrane otuđenja i opterećenja prema pravilima ZPOIKOKDP-a. Dakle, *arumentum a contrario*, upis zabrane otuđenja i opterećenja ne prijeći daljnje upise za nekretninu, odnosno promjene koje nastaju temeljem sudske odluke (npr. nedobrovoljna sudska hipoteka) ili zakona.

Druga je važna razlika plod činjenice što u odnosu na privremenu mjeru oduzimanja i povjeravanje na čuvanje nekretnine, za razliku od OZ-a, ZPOIKOKDP sadrži određena pravila i kao najvažnije ono o mogućnost da se sekvestrirana nekretnina dade u zakup ili najam. Izostanak općih pravila koja bi uređivala ovršnu sekvestraciju, a posebno delikatnu u dijelu u kojem izostaje publiciranje činjenice oduzimanja nekretnine i povjeravanja na čuvanje Uredu upisom u zemljišnu knjigu, upis zakupa ili najma zahtjeva da se takva pravila *de lege ferenda* predvide.

Važna razlika u odnosu na ovršna pravila postoji i s obzirom na vrijeme za koje se privremena mjera određuje, odnosno vrijeme za koje najdulje može trajati, a ono prema pravilima ZPOIKOKDP-a iznosi šezdeset dana od dostave pravomoćne presude. Takvo, svojevršno produljenje trajanja privremene mjere, bilo je nužno odrediti kako bi se omogućilo da pravomoćna presuda stekne svojstvo ovršnosti protekom paricijskog roka, pe se time ostvare i pretpostavke za ovrhu. Imajući u vidu da pravila ZPOIKOKDP-a ne predviđaju osiguranje prethodnim mjerama.

Konačno, značajna razlika spram uređenja iz OZ-a postoji i s obzirom na dužnost suda da o izlučnom prigovoru treće osobe odluči u samom postupku osiguranja, bez ovlasti da podnositelja izlučnog prigovora uputi u parnicu.

Summary

**SECURING CONFISCATION OF PECUNIARY GAIN ACQUIRED
BY A CRIMINAL OFFENCE AND MINOR OFFENCE ON REAL
ESTATE AND MOVABLES**

This paper analyzes the legislative regulation of securing the confiscation of pecuniary gain acquired through a criminal offence and minor offence as a special kind of security by interim measures on real estate and movables. The latter is illustrated by means of special and general rules by which it is governed. Thereafter, the key features of its legal structure are analyzed. Finally, the authors compare both special and general rules and demonstrate the underlying differences in the regulation of this concept under the Act on Confiscation of Pecuniary Gain Acquired by a Criminal or Minor Offence in relation to the regulation under the rules of the Croatian Execution Act. Special emphasis is placed on: a) legal effects produced by the entry of the prohibition of alienation and encumbrance of real estate in the special regime; b) special rules on seizing and entrusting the real estate to care; c) the period for which the interim measure is determined under a special regime and d) objections by a third party.

Key words: interim measures, real estate, movables.

Zusammenfassung

**SICHERUNG VON WEGNAHME DES DURCH DIE STRAFTAT
UND ORDNUGSWIDRIGKEIT AN IMMOBILIEN UND
MOBILIEN ERZIELTEN VERMÖGENSVORTEILS**

Die Autoren analysieren das Institut der Sicherung von Wegnahme des durch die Straftat und Ordnungswidrigkeit an Immobilien und Mobilien erzielten Vermögensvorteils als eine besondere Art von einstweiligen Verfügungen an Mobilien und Immobilien. Zuerst wird das Institut bezüglich der Sonderregeln und allgemeinen Regeln, durch welche es geregelt wird, dargestellt. Danach werden Schlüsselmerkmale der Regelung analysiert. Abschließend werden Sonderregeln und allgemeine Regeln verglichen und grundlegende Unterschiede bei der Institutsregelung gemäß den Regeln des Gesetzes über das Verfahren der Wegnahme des durch die Straftat und Ordnungswidrigkeit erzielten Vermögensvorteils in Bezug auf die Regelung gemäß den Regeln des Zwangsvollstreckungsgesetzes dargestellt. Folgendes wird apostrophiert: a) Rechtswirkungen, welche durch die Eintragung des Verbots der Veräußerung und Belastung von Immobilie im Sonderregime entstehen b) Sonderregeln über die Wegnahme der Immobilie und über die zur Verwahrung

anvertrauten Immobilie, c) den Zeitraum, für welchen die einstweilige Verfügung im besonderen Regime bestimmt wird, und d) die aus dem Aussonderungsrecht hervorgehende Einrede.

Schlüsselwörter: einstweilige Verfügungen, Immobilien, Mobilien.

Riassunto

L'ASSICURAZIONE DI CONFISCA DEL PROFITTO DERIVANTE DA DELITTO O CONTRAVVENZIONE SU BENI IMMOBILI E MOBILI

Gli autori nel contributo analizzano l'istituto dell'assicurazione di confisca del profitto derivante da delitto o contravvenzione quale specifica misura temporanea su beni mobili ed immobili. Prima di tutto s'illustra l'istituto con riferimento alle regole generali e speciali che lo disciplinano. Dopo di che si analizzano i tratti caratteristici della disciplina. Da ultimo si mettono a confronto le regole speciali e generali e si rilevano le principali differenze quanto alla disciplina dell'istituto secondo le regole della legge sulla confisca dei profitti derivanti da reati rispetto alle regole sull'esecuzione forzata. Si rilevano: a) le conseguenze giuridiche prodotte dall'annotazione del divieto di alienazione e degli aggravati degli immobili assoggettati a particolare regime; b) le regole speciali riguardo alla confisca e la custodia dell'immobile; c) la durata della misura temporanea in regimi speciali; d) l'atto di opposizione.

Parole chiave: misure temporanee, beni immobili, beni mobili.

PRAVNO UREĐENJE LINIJSKIH INFRASTRUKTURNIH GRAĐEVINA

Dr. sc. Justina Bajt
T-HT d.d.
Zagreb

UDK: 351.82
Ur: 31. siječnja 2013.
Pr.: 14. ožujka 2013
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U svom radu autorica istražuje ključne nedostatke u postojećem pravnom uređenju linijskih infrastrukturnih građevina (LIG-a) s gledišta prostornog planiranja, gradnje, korištenja, održavanja i upisa u javne registre. Budući da u RH ne postoji poseban propis koji bi na jedinstveni način i sustavno uredio osnovna obilježja LIG-a, kao građevina od javnog interesa, njihovo prostorno planiranje, gradnju, korištenje i održavanje te upis takvih objekata kao cjeline u javne registre, otvoren je prostor za različite interpretacije, što nedvojbeno dovodi do pravne nesigurnosti i ne pogoduje ulaganjima u gradnju i razvoj LIG-a. Problemi koji proizlaze iz postojećeg zakonskog okvira uređenja LIG-a kočnica su razvoja LIG-a, ali i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i države kao cjeline. Vrlo komplicirani postupci i veliki broj raznih dokumenata koje investitor LIG-e mora ishoditi u postupku prostornog planiranja i gradnje LIG-e bitno utječu na ulaganja u razvoj postojećih i novih LIG-a te smanjuju mogućnost povlačenja sredstava iz fondova EU-a.

Autorica zaključuje da je potrebno posebnim zakonom sustavno urediti prostorno planiranje, gradnju, korištenje, održavanje, razvoj i upis u javne registre LIG-a kao posebne vrste građevina. Stoga, zakonom treba utvrditi osnovna obilježja svake LIG-e kao građevine od javnog interesa, sastavljene od cijevi, kabela i drugih pripadajućih elemenata koji čine jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu tehničko-tehnološku cjelinu koja omogućava prijenos signala, tvari i dr. (elektroničke komunikacije, struja, voda, otpadne vode, topla voda, plin, nafta) i koja se kao cjelina nalazi u koridoru koji je na dijelovima većeg broja zemljišnih čestica koje mogu biti u pravnom režimu općeg dobra, vlasništvu RH, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i drugih pravnih i fizičkih osoba. Autorica predlaže da se u zakonu o LIG-ama propiše posebni pravni režim za koridore tako da se stimulira gradnja, održavanje i razvoj LIG-a pod povoljnijim uvjetima na javnim nekretninama u odnosu na privatne nekretnine. Na privatnim nekretninama predlaže da koridori budu određeni kao ograničenje prava vlasništva radi zaštite javnog interesa gradnje LIG-a, za što investitor, odnosno vlasnik LIG-e mora platiti naknadu za

ograničenje koje trpi vlasnik nekretnine. Koridor je potrebno zakonom odrediti kao poseban pravni entitet koji se proteže preko velikog broja zemljišnih čestica različitih vlasnika i u različitim pravnim režimima, a koji se utvrđuje u dokumentima prostornog uređenja i upisuje u katastar vodova. Autorica smatra da je radi povećanja investicija u LIG-e, čija gradnja je javni interes, potrebno: smanjiti opseg dokumentacije (različitih suglasnosti kao posebnih uvjeta gradnje; tipizirati projekte i projektnu dokumentaciju i smanjiti broj dozvola za gradnju); pojednostaviti postupak ishodaženja dokumenata za gradnju jer se takve građevine grade u koridorima, pa bi za njih trebala važiti identična pravna pravila i propisati poseban pravni režim uređivanja imovinskopravnih odnosa te odrediti nositelje posebnih prava u koridoru, odnosno trasama.

Ključne riječi: *linijske infrastrukturne građevine, koridor, pravo puta, javne nekretnine, katastar vodova.*

1. UVOD

U suvremenim državama gotovo je nezamisliv život u urbanim, ali i ruralnim područjima bez infrastrukture koja omogućava opskrbu stanovništva i pravnih osoba vodom, električnom energijom, plinom i drugim energentima, telekomunikacijskim, odnosno elektroničkim komunikacijskim uslugama te koja omogućava odvodnju otpadnih i oborinskih voda. Veliki dio te infrastrukture čine tzv. vodovi, tj. tisuće i tisuće kilometara cijevi (cjevovoda, kanalizacije) i kabela, kojima korisnici dobivaju vodu, električnu energiju, plin, elektroničke komunikacijske usluge, grijanje, odvodnju otpadnih voda i dr., koje se u praksi naziva „linijskom infrastrukturom“. Navedenu infrastrukturu najčešće se stavlja pod poseban pravni režim te se posebnim propisima određuje da je ona značajna za državu, odnosno da je njezina izgradnja i razvoj u općem, javnom ili državnom interesu. U taj interes vrlo često su spojeni interesi obrane i sigurnosti države, zaštite stanovništva i materijalnih dobara od raznih vrsta ugroza, kao i druge najviše vrednote pravnog poretka. Zbog toga se u gradnju i razvoj takve infrastrukture ulažu ogromna financijska sredstava i na razini lokalnih zajednica i na razini država, pa čak i međudržavnih ili širih društvenih asocijacija.

U skupinu linijske infrastrukture nad kojom nadležnost, u pravilu, ima država ulaze: elektroenergetska, elektronička komunikacijska i naftovodna infrastruktura u cijelosti; plinovodi od međunarodnog, državnog i međumjesnog značaja (magistralni i regionalni plinovodi) te vrlo rijetko magistralni vodovodi. Infrastrukturni objekti bitni za funkcioniranje manjih životnih sredina, kao što su lokalne i regionalne zajednice, u pravilu su pod nadležnošću lokalnih samouprava i najčešće se za njih upotrebljava zajednički naziv „komunalna infrastruktura“. U tu skupinu ubrajaju se vodovodi, kanalizacija (odvodnja otpadnih i oborinskih voda), toplovodi i dijelovi plinovoda kojima se distribuiraju plin unutar naseljenih mjesta.

Razvoj tržišne ekonomije i s time povezani zahtjevi za liberalizacijom tržišta pojedinih vrsta energenata i usluga doveli su do prenošenja vlasništva nad određenim infrastrukturnim objektima s osoba javnog prava na osobe privatnog prava – trgovačka društva.¹ Posebno je taj trend izražen u onim područjima u kojim je tehnološki napredak posebno brz, kao što su primjerice elektroničke komunikacije. Prenosjenje određenih prava nad infrastrukturnim objektima s javnopravnih na privatnopravne subjekte, često puta zahtijeva i drugačije pravno uređenje stvarnih i drugih prava koja ti subjekti mogu imati na infrastrukturnim objektima, ali i na nekretninama na kojima su izgrađeni ti objekti. Takvi linijski infrastrukturni objekti, kao jedinstvena i nedjeljiva funkcionalna tehničko-tehnološka cjelina sačinjena od cijevi (cjevovoda), kabela i pripadajućih elemenata, izgrađenih ili položenih na velikom broju zemljišnih čestica, po svojoj pravnoj naravi specifična su vrsta stvari za koje, u pravilu, ne vrijedi načelo pravnog jedinstva nekretnine.² Naime, radi omogućavanja funkcioniranja tih stvari kao cjeline, one su pravno odvojene od zemljišta u kojima, odnosno na kojima su izgrađene ili postavljene. U Republici Hrvatskoj³ navedenoj vrsti stvari opće stvarnopravno uređenje, te propisi iz područja energetike, elektroničkih komunikacija, gospodarenja vodama, komunalnog gospodarstva, prostornog uređenja i gradnje nisu dali značaj koji one imaju u praksi.⁴ Vraćanjem načela pravnog jedinstva nekretnine u pravni sustav RH nije jasno riješen pravni odnos između infrastrukturnih objekata i zemljišta na kojima su ti objekti izgrađeni, a što je posebno izraženo u odnosu na nekretnine u režimu općeg dobra (pomorsko dobro i javne ceste⁵). Slijedom toga, imovinskopravni odnosi između vlasnika zemljišta i vlasnika infrastrukturnih objekata rješavaju se u skladu s općim stvarnopravnim uređenjem. Međutim, pravno nije uređen upis u javne registre linijskih infrastrukturnih objekata kao cjeline, tj. posebne vrste građevina koje moraju biti planirane u dokumentima prostornog uređenja i za koje moraju biti ishodišne dozvole za gradnju i uporabu, pa bi tome u propisima trebalo posvetiti posebnu pažnju. S obzirom na značaj linijskih infrastrukturnih objekata i niz posebnosti koje ih obilježavaju u odnosu na druge vrste stvari, kao i odstupanja od općeg stvarnopravnog uređenja, to područje zahtijeva sustavno i cjelovito uređenje posebnim zakonom.

1 V. Aralica, Z., Račić, D., Šišinački, J., Projektno financiranje infrastrukture, Privredna kretanja i ekonomska politika, 112/2007.

2 O tome više v. Ernst, H., Posebno stvarnopravno uređenje za stvari elektroničke komunikacijske infrastrukture u knjizi Gavella, N., et al., Stvarno pravo, svezak III., Narodne novine, Zgb., 2011, str. 495.-551

3 Republika Hrvatska dalje u tekstu: RH.

4 Bajt, J.: Stvarnopravno uređenje glede infrastrukturnih objekata u Republici Hrvatskoj s posebnim osvrtom na telekomunikacijsku infrastrukturu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 59, br. 2-3, 2009., str. 371-419;

5 Javne ceste bile su u pravnom režimu općeg do kraja 2009. godine kada je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o javnim cestama (NN 153/09) propisano da su javne ceste javno dobro u općoj upotrebi u vlasništvu RH.

Stoga, je cilj ovoga rada upozoriti na ključne nedostatke u postojećem pravnom uređenju linijskih infrastrukturnih objekata s gledišta prostornog planiranja, gradnje, korištenja, održavanja i upisa u javne registre te izložiti kakva se pravna rješenja predlažu kroz projekt sustavnog zakonskog uređenja linijskih infrastrukturnih građevina⁶. Osnovna je misao vodilja da zakonska rješenja budu u skladu s javnim interesom gradnje LIG-a kao ključne infrastrukture za razvoj i napredak države, lokalnih zajednica, drugih pravnih i fizičkih osoba, umjesto da zakonska rješenja otvaraju prostor za različite interpretacije, koje nedvojbeno dovode do pravne nesigurnosti i ne pogoduju ulaganjima u gradnju i razvoj LIG-a, a koja su itekako poželjna u razdoblju krize i recesije za državu.

Istraživanje u okviru projekta zakonskog uređenja LIG-a ograničeno je samo na one objekte elektroenergetske, elektroničke komunikacijske, plinovodne, naftovodne, vodnogospodarske, kanalizacijske i toplovodne infrastrukture koji su LIG-e, tj. koje udovoljavaju sljedećim kriterijima:

1) jedinstvena su i nedjeljiva funkcionalna tehničko-tehnološka cjelina sastavljena od cijevi (cjevovoda), kabela i pripadajućih elemenata, tj. cjelina sačinjena od vodova;

2) kao jedinstveni objekt (jedna građevina) izgrađeni su, odnosno postavljeni u koridorima koji se protežu preko velikog broja zemljišnih čestica i to na površini zemlje, iznad površine (u zračnom prostoru) i ispod površine zemlje;

3) zemljišne čestice na kojima je izgrađen infrastrukturni objekt, u pravilu, nisu u vlasništvu investitora gradnje, odnosno vlasnika infrastrukturnog objekta;

4) izgradnja infrastrukturnih objekata određena je posebnim zakonom⁷ kao javni, odnosno državni interes.

2. PROBLEMI KOJI PROIZLAZE IZ POSTOJEĆEG ZAKONSKOG UREĐENJA LINIJSKE INFRA-STRUKTURE

U RH ne postoji poseban propis koji bi na jedinstveni način i sustavno uređio prostorno planiranje, gradnju, korištenje i održavanje linijske infrastrukture, upis takvih objekata kao cjeline u javne registre te uređivanje imovinskopravnih odnosa između vlasnika zemljišta i investitora LIG-a, odnosno vlasnika LIG-a. U općim propisima o vlasništvu, drugim stvarnim pravima, zemljišnim knjigama, katastru nekretnina i katastru vodova te u propisima kojima je uređena komunalna, vodnogospodarska, energetska i elektronička komunikacijska djelatnost postoje

⁶ Linijske infrastrukturne građevine dalje u tekstu: LIG.

⁷ Primjerice, gradnja određene vrste LIG-a utvrđena je javnim, odnosno državnim interesom sljedećim zakonima: Zakon o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08 i 90/11, u daljnjem tekstu: ZEK), Zakon o energiji (NN 68/01, 177/04, 76/07, 152/08 i 127/10), Zakon o vodama (NN 153/09 i 130/11)

pojedine odredbe koje se odnose na sve ili samo na neke vrste LIG-a.⁸ Primjerice, Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, kao opći propis, sadrži odredbe o osnivanju služnosti vodova na nekretninama⁹ (postavljanje vodova i drugih uređaja čl. 108.; osnivanje služnosti vodova odlukom suda čl. 223. i 225.).¹⁰ Također i u

- 8 Primjerice, postojeći zakonski okvir za gradnju LIG-e elektroničkih komunikacija je sljedeći: Zakon o elektroničkim komunikacijama (NN 73/08 i 90/11); Zakon o prostornom uređenju i gradnji (NN 76/07, 38/09, 55/11, 90/11 i 50/12, u daljnjem tekstu: ZPUG); Zakon o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina (80/11); Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 i 143/12, u daljnjem tekstu: ZV); Zakon o zemljišnim knjigama (NN 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07 i 152/08); Zakon o komunalnom gospodarstvu (NN 26/03 – pročišćeni tekst, 82/04, 178/04, 38/09, 79/09, 153/09, 49/11 i 144/12); Zakon o izvlaštenju (NN 9/94, 35/94, 112/00, 114/01, 79/06, 45/11 i 34/12); Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina (NN 16/07 i 124/10); Zakon o cestama (NN 84/11, u daljnjem tekstu: ZC); Zakon o sigurnosti u željezničkom prometu (NN 40/07 i 61/11 - čl. 15. i 17.); Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (NN 158/03, 141/06 i 38/09 - čl. 19., 28.); Zakon o poljoprivrednom zemljištu (NN 152/08, 21/10, 124/10 i 63/11 - čl. 18. i 24.); Zakon o vodama (čl. 11., 14/3); Zakon o šumama (NN 140/05, 82/06, 129/08, 80/10, 124/10 i 25/12 – čl. 37/2 i 57.); Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (NN 69/99, 151/03, 157/03, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12 i 136/12 – čl. 45., 56.-58., 60., 62., 63., 65., 73., 74., 86.); Zakon o zaštiti prirode (NN 70/05, 139/08 i 57/11 – čl. 37., 39, 40., 124., 127.).
- 9 Gavella, N., et al. *Stvarno pravo*, svezak II., Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 36., navodi se pod stvarnim služnostima *«pravo imati dio zgrade i naprave na poslužnoj nekretnini»*. Autor teksta Stipković, Z. navodi sljedeće: *«U modernom pravu, pa tako i po našem zakonu (196) ona ovlašćuje vlasnika povlasne nekretnine da u tuđem vlasničkom prostoru, tj. na površini susjedne nekretnine, ispod nje ili u njezinu zračnome prostoru ima svoj dio zgrade, neku izgrađenu napravu ili neki uređaj koji služi njegovoj zgradi. Danas će to osobito često biti razni vodovi (električni, plinski, telekomunikacijski), cijevi (vodovodne, kanalizacijske) itd. Ovlaštenik je dužan taj dio ili uređaj održavati o svom trošku, a vlasniku poslužne nekretnine plaćati naknadu za iskorištavanje njegove nekretnine u visini zakupnine, ako nije zakonom ili ugovorom drukčije određeno.»*
- Smatramo da se navedeno može odnositi samo na onaj dio linijske infrastrukture koji se naziva privod i koji služi isključivo kao tzv. korisnički priključak. Taj dio kabela položenog izravno u zemlju (za struju ili elektroničke komunikacije) ili cijev (za vodu, plin, toplu vodu, odvodnju otpadnih voda ili elektroničke komunikacijske kabele) proteže se od pristupnog zdenca (tzv. šahta) do zgrade u kojoj je korisnik, odnosno više korisnika usluga. Naime, ti kabeli/cijevi služe za potrebe svagdašnjeg vlasnika, odnosno suvlasnika zgrade. U tom slučaju postoji povlasno dobro (zemljište sa zgradom) i poslužno dobro, odnosno poslužna dobra (zemljišta na kojima se nalazi privod, odnosno priključak).
- 10 Od postupka osnivanja služnosti odlukom tijela vlasti u postupku izvlaštenja, razlikuje se sudski postupak u kojem sud donosi odluku o osnivanju služnosti. Slijedom odredbe čl. 225. ZV-a, sud će svojom odlukom osnovati na tuđoj nekretnini služnost „vodova i drugih uređaja (električnih, kanalizacijskih, plinovodnih, vodovodnih, toplinskih, elektroničkih komunikacijskih i dr.)“ ako su ispunjene sljedeće pretpostavke:
- vlasnik nekretnine do koje nema nikakve veze s dobavljačem stvari, energije ili usluge koja se dostavlja tim vodovima i drugim uređajima, postavio je zahtjev sudu za osnivanjem služnosti,
 - korist od postavljanja tih vodova i uređaja za gospodarenje nekretninom veća je od štete na poslužnoj nekretnini,
 - vlasnik povlasne nekretnine mora platiti punu novčanu naknadu vlasniku poslužne

zakonima koji se odnose na nekretnine u posebnim pravnim režimima postoje pojedine odredbe koje se primjenjuju na gradnju LIG-a i uređenje imovinskopravnih odnosa na tim nekretninama. Primjerice, Zakon o cestama određuje da se na javnoj cesti može osnovati pravo služnosti i pravo građenja radi izgradnje komunalnih, vodnih, energetskih i elektroničkih komunikacijskih građevina (čl. 3/3) te je propisano građenje navedenih objekata unutar cestovnog zemljišta (čl. 25.).¹¹

Postojeći zakonski okvir u RH koji se odnosi na linijsku infrastrukturu, ne određuje jasno takve objekte kao posebnu vrstu stvari, koja ima svoje posebnosti u području prostornog planiranja, gradnje, korištenja, održavanja i upisa u javne registre.¹² Svaki takav objekt kao cjelina, u pravilu, se nalazi na većem broju zemljišnih čestica, koje su vrlo često u različitim pravnim režimima i u vlasništvu većeg broja osoba, tj. osoba javnog prava, drugih pravnih i fizičkih osoba ili u nevlasničkom režimu kao opće dobro, a što zahtijeva poznavanje i primjenu niza posebnih propisa na samo jedan takav objekt. Stoga, premašuje svrhu ovoga

nekretnine za sve što će on trpjeti i biti oštećen, a koja ne može biti manja od one na koju bi on imao pravo da se provodi izvlaštenje u korist RH.

- Mišljenja smo da se ova odredba odnosi na tzv. privode koji su posebna cjelina koja je pri projektiranju i gradnji obuhvaćena, tzv. mini-projektom i smatra se jednostavnom građevinom za koju nije potrebno ishoditi sve dokumente za njezinu gradnju, odnosno postavljanje (potvrdu glavnog projekta, uporabnu dozvolu). Vlasnik određene vrste privoda, u pravilu, ona je pravna osoba koja je vlasnik LIG-e od koje se privod gradi do krajnjeg korisnika. Međutim, izgradnja privoda u smislu ZV-a može se smatrati privatnim interesom krajnjeg korisnika - fizičke ili pravne osobe (čl. 225. i 108. ZV-a), a ne interesom RH. Za razliku od toga gradnja, odnosno postavljanje LIG-a interes je RH utvrđen odredbama posebnih zakona koji se odnose na energetiku, elektroničke komunikacije, vodnogospodarsku djelatnost i dr.
- 11 Odredbama čl. 25. ZC-a propisano je građenje novih i rekonstrukcija postojećih komunalnih, vodnih, energetskih i elektroničkih komunikacijskih građevina unutar cestovnog zemljišta. Troškove izrade projekta i građenja navedenih građevina snosi investitor određen propisima koji uređuju komunalno gospodarstvo, odnosno upravljanje vodnim, energetskim i elektroničkim komunikacijskim građevinama. Suglasnost za građenje navedenih građevina na javnoj cesti koje ne služe potrebama javne ceste daje upravitelj javne ceste, odnosno koncesionar, a osnivanje prava služnosti ili prava građenja te ostala prava i obveze investitora utvrđuju se ugovorom. Građenjem ili rekonstrukcijom javne ceste može doći do zadiranja u postojeće komunalne, vodne, energetske i elektroničke komunikacijske građevine tako da ih je potrebno zaštititi i/ili premjestiti, pa tada projekt gradnje ili rekonstrukcije javne ceste mora obuhvatiti i zaštitu i/ili premještanje navedenih građevina.
- 12 Zakon o prostornom uređenju i gradnji (ZPUG) ne prepoznaje LIG-e kao posebnu vrstu građevina, pa je na takvu vrstu građevina primjenjivo više definicija iz toga Zakona. Definira se pojam građevine kao „*građenjem nastao i s tлом povezan sklop, svrhovito izveden od građevnih proizvoda sa zajedničkim instalacijama i opremom, ili sklop s ugrađenim postrojenjem, odnosno opremom kao tehničko-tehnološka cjelina ili samostalna postrojenja povezana s tлом, te s tлом povezan sklop koji nije nastao građenjem, ako se njime mijenja način korištenja prostora*“ (čl. 2/1/B/36). Nadalje, na LIG-e su primjenjive i definicije građevina kao: javne infrastrukture državne i regionalne razine (čl. 2/1/B/6), komunalne građevine (čl. 2/1/B/7) i druga infrastruktura (čl. 2/1/B/5). Također se, u smislu navedenog Zakona, LIG-e mogu smatrati i inženjerskom građevinom koju se definira kao: „*građevina koja se sastoji od konstrukcije, kao brana, most, cesta, željeznica, pista, instalacije, cjevovod ili sustav odvodnje...*“.

rada prikazivanje svih važećih propisa koji se odnose na LIG-e te ukazivanje na sve probleme koji zbog postojećeg pravnog okvira nastaju u području prostornog planiranja, gradnje, korištenja, održavanja, razvoja, upisa u javne registre LIG-a i uređivanja imovinskopravnih odnosa vlasnika zemljišta i investitora, odnosno vlasnika LIG-a.

2.1. Problemi u području prostornog planiranja

U području prostornog planiranja LIG-a postoji niz problema od kojih ukazujemo samo na neke važnije. Dokumentima prostornog uređenja sljedećih razina: prostornim planom županije, odnosno Grada Zagreba; prostornim planom uređenja velikog grada, grada, općine; provedbenim planovima (urbanističkim planom uređenja i detaljnim planom uređenja), u pravilu, nisu određeni koridori za LIG-e određene namjene (struja, voda, plin, elektroničke komunikacije i dr.) što uzrokuje probleme u postupku ishoda lokacijske dozvole, a potom i potvrde glavnog projekta, odnosno građevinske dozvole za gradnju određene LIG-e. Naime, u vrlo malo dokumenata prostornog uređenja u opisnom su dijelu i/ili grafičkom dijelu određeni koridori LIG-a. Nadalje, propisi o prostornom planiranju nemaju jasne kriterije za određivanje koridora LIG-a¹³ i time zaštite javnog interesa gradnje takvih građevina, odnosno rješavanja kolizije dva ili više javnih interesa, npr. u slučaju kolizije javnog interesa zaštite kulturnog dobra i javnog interesa gradnje dalekovoda. Česte promjene propisa (posebno onih koji se odnose na nekretnine u posebnim pravnim režimima) odražavaju se na prostorno planiranje i utvrđivanje posebnih uvjeta gradnje, a što stvara pravnu nesigurnost za investicije u LIG-e. Bitno je naglasiti i da je donošenje dokumenata prostornog uređenja te njihovih izmjena i dopuna vrlo dugotrajan proces, što se loše odražava na investicije u LIG-e.

2.2. Problemi u području gradnje

Postupak ishoda dozvola za gradnju (lokacijske dozvole; potvrde glavnog projekta ili građevinske dozvole; uporabne dozvole) vrlo je komplicirana i dugotrajna. Naime, LIG-e se u pravilu grade na vrlo velikom broju zemljišnih

13 Odredbom čl. 25/2 ZEK-a propisano je da su jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave obvezne planirati u svojim dokumentima prostornog uređenja elektroničku komunikacijsku infrastrukturu i povezanu opremu, koja obuhvaća i LIG-e elektroničkih komunikacija, pri čemu se osobito moraju zadovoljiti uvjeti zaštite ljudskog zdravlja, zaštite prostora i očuvanja okoliša. Na temelju čl. 25/3 ZEK-a Vlada RH donijela je Uredbu o mjerilima razvoja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme (NN 131/12) kojom je odredila da se u dokumentima prostornog uređenja mora planirati koridore za navedenu infrastrukturu. Pri tome, prednost se daje planiranju i gradnji u zajedničkom koridoru više vrsta infrastrukturnih objekata (načelo gradnje integrirane infrastrukture). U dokumentima prostornog uređenja mora biti prikazano stanje postojećih LIG-a elektroničkih komunikacija (postojeći koridori) i mora se planirati koridore za buduću gradnju i/ili rekonstrukciju LIG-a elektroničkih komunikacija, kao i mogući sadržaj tih koridora u odnosu na druge vrste LIG-a.

čestica u različitim pravnim režimima glede vlasništva (opće dobro, javno dobro, privatno vlasništvo) te na koje se primjenjuje posebno pravno uređenje određeno posebnim zakonima, npr. za ceste, šume, željezničke pruge, kulturno dobro, javno vodno dobro. U postupku ishođenja lokacijske dozvole investitor LIG-e mora za tu građevinu dobiti posebne uvjete građenja. To znači da se mora pribaviti veliki broj raznih suglasnosti propisanih ZPUG-om, ali i propisanih posebnim propisima koji se odnose na nekretnine u posebnim pravnim režimima (javne i nerazvrstane ceste; šumsko zemljište, poljoprivredno zemljište u vlasništvu RH; kulturno dobro; javno vodno dobro; pojas željezničke pruge; pomorsko dobro i dr.).

Ishođenju potvrde glavnog projekta, odnosno građevinske dozvole prethodi dugotrajni i iscrpljujući postupak uređenja imovinskopravnih odnosa s vlasnicima velikog broja nekretnina, odnosno upraviteljima općeg dobra. Vlasnik nekretnine, odnosno upravitelj općeg dobra može dobrovoljno sklopiti ugovor o osnivanju prava služnosti s investitorom LIG-e.¹⁴ Međutim, ako vlasnik zemljišta ne pristane sklopiti ugovor o osnivanju prava služnosti, tada investitor LIG-e može, u skladu s odredbom čl. 108. ZV-a, radi interesa RH za gradnjom LIG-e, zatražiti provođenje nepotpunog izvlaštenja. Nakon što nadležno upravno tijelo provede postupak nepotpunog izvlaštenja i donese odluku o osnivanju služnosti radi postavljanja vodova, odnosno gradnje LIG-e, investitor može nastaviti postupak ishođenja dozvole za gradnju. U slučaju gradnje LIG-e na pomorskom dobru, investitor LIG-e mora dobiti koncesiju na pomorskom dobru za posebnu upotrebu pomorskog dobra za gradnju LIG-e. Međutim, čak i ako postoji pristanak vlasnika zemljišta (knjižnog ili izvanknjižnog), odnosno upravitelja općeg dobra, postupke uređenja imovinskopravnih odnosa vrlo često nije moguće završiti u razumnom roku zbog nesređenog zemljišnoknjižnog i/ili katastarskog stanja. Nesređeno zemljišnoknjižno i katastarsko stanje javnih i privatnih nekretnina onemogućava uređenje imovinskopravnih odnosa radi gradnje LIG-a, a time i dobivanja dokumenata potrebnih za gradnju takvih građevina i to bez obzira jesu li investitori LIG-a osobe javnog ili osobe privatnog prava.¹⁵

14 U skladu s odredbama čl. 3/6, 25. i 122. ZC-a upravitelj javne ceste, odnosno koncesionar javne ceste sklapa ugovor o osnivanju prava služnosti, odnosno prava građenja za javne ceste, kao javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu RH. Smatramo da će se za LIG-e sklapati ugovori o služnosti, a ne ugovori o osnivanju prava građenja. Naime, zbog položaja LIG-a u koridoru, koji u pravilu zauzima samo manji dio zemljišne čestice, mala je vjerojatnost da bi se osnivalo pravo građenja.

15 Zakon o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina (NN 80/11) određuje da osobe javnog prava (RH, jedinice lokalne i područne/regionalne samouprave, ustanove i pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu RH, odnosno jedinice lokalne i područne/regionalne samouprave) imaju besplatno pravo služnosti, odnosno pravo građenja na nekretninama u javnom vlasništvu, odnosno u vlasništvu onih pravnih osoba koje se po tom Zakonu smatra osobama javnog prava. Također, ZC propisuje da se ne plaća naknada za služnost odnosno pravo građenja na javnoj cesti ako su komunalne, vodne, energetske i/ili elektroničke komunikacijske građevine ili instalacije, tj. LIG-e u isključivom vlasništvu RH ili jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, odnosno pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu RH ili jedinice i područne (regionalne) samouprave (čl. 86. st. 5.-7.). Međutim, i u tim slučajevima prije osnivanja služnosti, odnosno prava građenja

Naime, za osnivanje služnosti pravnim poslom (ugovorom) na ugovoru je potreban potpis knjižnog vlasnika i upis tog prava u zemljišne knjige. Također, postupak nepotpunog izvlaštenja traje vrlo dugo i zahtijeva izradu vrlo opsežnog elaborata o izvlaštenju, s utvrđivanjem vlasnika nekretnine.¹⁶ Prema procjenama nekih stručnjaka, iako su ustrojene e-zemljišne knjige, u RH manje od 10% podataka u zemljišnim knjigama o knjižnim vlasnicima nekretnina odgovara stvarnom stanju. Postupak zemljišnoknjižnog sređivanja javnih nekretnina traje već vrlo dugo i nije dao očekivane rezultate u rokovima određenim zakonom. Takvo stanje kočnica je uređenju imovinskopravnih odnosa i ishodu potrebnih dozvola za gradnju LIG-a.

Tijela nadležna za izdavanje dozvola za gradnju u praksi vrlo različito tumače zakonske odredbe o javnom interesu gradnje određene vrste LIG-a. Naime, čl. 224/2 ZPUG-a ne poziva se na sve vrste LIG-a čija je gradnja posebnim zakonima određena kao interes RH, nego se odnosi samo na plinovode, vodovode, odvodnju i niskonaponske električne vodove.¹⁷ Iz toga proizlazi da za ostale vrste LIG-a, kao dokaz da investitor ima pravo graditi određenu LIG-u, nije dovoljno pozivanje na odredbu zakona kojom se utvrđuje interes RH.

2.3. Problemi u području korištenja i održavanja

Uređeni imovinskopravni odnosi s vlasnicima nekretnina, odnosno upraviteljima općeg dobra pretpostavka su nesmetanog pristupa LIG-i i nekretninama u kojima, odnosno na kojima se nalazi LIG-a. Ako ti odnosi nisu uređeni, investitor, odnosno vlasnik LIG-e može biti onemogućen u pristupu LIG-i radi njezinog korištenja te preventivnog i korektivnog održavanja. Posebno su ti problemi izraženi kod LIG-a elektroničkih komunikacija jer status infrastrukturnog operatora¹⁸

mora biti ispunjena pretpostavka da je uređeno zemljišnoknjižno stanje, tj. da je upisana kao knjižni vlasnik RH, odnosno jedinica lokalne ili područne (regionalne) samouprave ili pravna osoba u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu RH ili jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave.

- 16 Odredbama čl. 27. ZEK-a bilo je omogućeno radi gradnje nove elektroničke komunikacijske infrastrukture stjecanje prava puta, kao posebnog prava na javnim i privatnim nekretninama koje je u pravni sustav RH uveo ZEK. Pravo puta moglo se steći na temelju suglasnosti knjižnog ili izvanknjižnog vlasnika nekretnine, bez upisa tog prava u zemljišne knjige, međutim te su odredbe brisane u kolovozu 2011. godine. Od stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama ZEK-a imovinskopravne odnose radi gradnje novih LIG-a elektroničkih komunikacija mora se rješavati u skladu s općim propisima o vlasništvu i zemljišnim knjigama, te propisima o nekretninama u posebnim pravnim režimima. Prema odredbama ZEK-a pravo puta stječe se samo za ranije izgrađenu elektroničku komunikacijsku infrastrukturu.
- 17 Neka tijela nadležna za izdavanje dozvola za građenje smatraju da se čl. 224/2 ZPUG-a ne odnosi na visokonaponske električne vodove, elektroničku komunikacijsku infrastrukturu, toplovode i naftovode kao LIG-e.
- 18 ZEK određuje da je infrastrukturni operator pravna ili fizička osoba koja se koristi vlastitim nekretninama i/ili nekretninama drugih u svrhu građenja, održavanja, razvoja i korištenja elektroničke komunikacijske mreže i elektroničke komunikacijske infrastrukture ili koja je zasnovala pravo puta u skladu s odredbama ZEK-a (čl. 2/1/17).

proizlazi iz uređenih imovinskopravnih odnosa s vlasnikom nekretnine, odnosno upraviteljem općeg dobra.

2.4. Problemi u području upisa u javne registre

Propisi o zemljišnim knjigama, kao temeljnom registru za zemljišta i građevine na njima, ne prepoznaju LIG-e kao posebne građevine koje su kao jedinstvene cjeline smještene u prostoru na velikom broju zemljišnih čestica u vlasništvu različitih subjekata, a vrlo često i na području više katastarskih općina, koje nisu u nadležnosti istog zemljišnoknjižnog suda. Stoga se u zemljišnim knjigama ne omogućava upis LIG-e kao cjeline, nego samo ograničenih stvarnih prava na pojedinim nekretninama (služnost, pravo građenja) osnovanih radi gradnje dijelova LIG-e na pojedinim katastarskim česticama. Dakle, nema uspostavljene veze između svih katastarskih čestica na kojima se nalazi koridor određene vrste LIG-a, pa nije moguće brzo i jednostavno utvrditi na kojim sve katastarskim česticama postoji teret (služnost, pravo građenja) u korist investitora, odnosno vlasnika određene LIG-e. Katastar nekretnina također nije prilagođen upisu LIG-a.

Zakonom o državnoj izmjeri i katastru nekretnina¹⁹ propisano je još 2007. godine osnivanje katastra vodova, kao organizacijskih cjelina na razini jedinica lokalne samouprave, međutim do sada veliki dio katastarskih vodova uopće nije u funkciji. U dijelu katastarskih vodova koji su ipak u funkciji, podaci o LIG-ama, tj. vodovima nesređeni su, nepotpuni i neažurni; nema podataka o vlasnicima, odnosno upraviteljima LIG-a; stare geodetske podloge ne odgovaraju novim izmjerama i podacima iz katastra nekretnina, odnosno katastra zemljišta i zemljišnih knjiga.

Posebno valja istaknuti da pored navedenih javnih registara postoji i još jedan javni registar, a to je Upisnik koncesija na pomorskom dobru u koji se upisuju samo neki podaci o LIG-ama na pomorskom dobru. Upisnik se, kao poseban javni registar, vodi po načelima zemljišnih knjiga za sve koncesije na pomorskom dobru (Listovi: A, B, i C), pa između ostalog i za podmorske kabele i cjevovode za čiju gradnju i korištenje je investitor, odnosno vlasnik LIG-e dobio koncesiju za posebnu upotrebu pomorskog dobra.

¹⁹ Zakonom o državnoj izmjeri i katastru nekretnina propisano je da katastar vodova ustrojavaju i vode jedinice lokalne samouprave. U katastru vodova evidentiraju se vodovi elektroenergetske, elektroničke komunikacijske, vodovodne, kanalizacijske, toplovodne, plinovodne i naftovodne mreže u što se ubrajaju i drugi objekti koji pripadaju tim mrežama. Katastar vodova osniva se i vodi na temelju evidencija koje su za pojedinu vrstu vodova dužni osnovati i voditi njihovi upravitelji, a sadržava podatke o vrstama, odnosno namjeni, osnovnim tehničkim osobinama i položaju izgrađenih vodova te imenima i adresama njihovih upravitelja. Odredbe o katastru vodova ne primjenjuju se na vodove kojima upravlja Ministarstvo obrane RH. (čl. 96. – 99.)

2.5. Postojeći zakonski okvir LIG-a kočnica je razvoja

Problemi koji proizlaze iz postojećeg zakonskog okvira uređenja LIG-a, na koje smo samo dijelom ukazali u prethodnim poglavljima, postaju kočnica razvoja LIG-a, ali i mnogih djelatnosti i raznih privatnih i javnih subjekata te posebno jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i države kao cjeline. Navedeno stanje smatramo da ne pogoduje:

- ulaganjima u razvoj postojećih i novih LIG-a;
- adekvatnoj zaštiti javnog interesa gradnje, korištenja, održavanja i razvoja LIG-a;
- razvoju gospodarstva kao cjeline, kao i drugih djelatnosti za čije funkcioniranje je na ovom stupnju tehnološkog razvoja nužan preduvjet brzi razvoj elektroničkih komunikacija, ali i ostalih LIG-a primjerenih ovom stupanju društvenog razvoja;
- smanjenju nezaposlenosti koje je uzročno-posljedično vezano s ulaganjima u razvoj postojećih i izgradnju novih LIG-a;
- efikasnosti državnih tijela (npr. nedostupnost i/ili neažurnost podataka o LIG-ama zapreka je brzom izdavanju dozvola za gradnju ostalih poslovnih ili stambenih građevina na pojedinim građevnim parcelama, a što može bitno usporiti investicije u takve građevine).

Osim navedenog, takvo stanje ne omogućava: pravna raspolaganja LIG-ama te njihovu adekvatnu pravnu zaštitu; stvaranje jedinstvenog javnog registra LIG-a; dostupnost potrebnih informacija o LIG-ama nadležnim tijelima; brzo i jednostavno povlačenje sredstava iz fondova EU-a.

3. DE LEGE FERENDA - POSEBNO ZAKONSKO UREĐENJE LIG-A

S obzirom na niz posebnosti koje obilježavaju LIG-e kao infrastrukturne objekte od javnog interesa, kao i odstupanja od općeg stvarnopravnog uređenja, potrebno je definirati posebnim zakonom pojam LIG-a i utvrditi osnovna zajednička obilježja svih vrsta LIG-a te posebna obilježja pojedinih vrsta LIG-a. Nadalje, tim zakonom trebalo bi jedinstveno i sustavno urediti prostorno planiranje, gradnju, razvoj, korištenje, održavanje i upis u javni registar (katastar vodova) svih vrsta LIG-a koje su javni interes: elektroenergetske, elektroničke komunikacijske, vodovodne, kanalizacijske (za odvodnju), toplovodne, plinovodne, naftovodne građevine. Donošenje takvog propisa zahtijeva prethodni sustavni pristup utvrđivanju ključnih nedostataka u postojećem pravnom uređenju LIG-a te prepoznavanje i prihvaćanje onih rješenja koja su se u dosadašnjoj praksi pokazala uspješnima. Stoga, projekt posebnog zakonskog uređenja LIG-a mora dati odgovore na pitanja što u postojećem pravnom uređenju LIG-a koči, odnosno onemogućava njihovo prostorno planiranje, gradnju, razvoj, korištenje, održavanje i upis u javne

registre. Odgovori na ta pitanja daju smjernice za novo zakonsko uređenje LIG-a te za ustrojavanje novog sustava u kojem će se jednostavnije, brže i učinkovitije planirati, graditi, razvijati i koristiti LIG-e, ali i voditi jedinstveni javni registar u kojem će biti u elektroničkom obliku svi podaci o LIG-ama.

Projekt posebnog zakonskog uređenja ne bi smio prestati donošenjem posebnog zakona o LIG-ama, nego bi se trebao nastaviti sve dok se u dokumentima prostornog uređenja ne utvrde koridori za postojeće i buduće LIG-e i u potpunosti ne srede i unesu u jedinstveni javni registar (katastar vodova) svi podaci o postojećim LIG-ama, upišu svi postojeći koridori te novi koridori za LIG-e te omogući svima zainteresiranima pristup zakonom određenom sloju podataka o LIG-ama, odnosno pristup ovlaštenih osoba dijelu podataka o LIG-ama koji nisu javni podaci.

3.1. Utvrđivanje osnovnih obilježja LIG-a

Polazeći od sadašnjeg pravnog uređenja LIG-a koje izravno, ali i neizravno proizlazi iz više zakona i podzakonskih propisa, i koji se primjenjuju ili se može primijeniti na različite vrste LIG-a, utvrdili smo osnovna obilježja svih vrsta LIG-a, koja ih razlikuju od drugih vrsta građevina. Naime, u postojećem pravnom uređenju ne postoji jasno pravno prihvaćanje ovog tipa građevine, kao zasebne vrste građevina, sa svim njezinim posebnostima u odnosu na druge vrste građevina. Stoga, u posebnom zakonu o LIG-ama ta bi obilježja trebala biti sadržana u definiciji LIG-e te detaljno razrađena u pojedinim odredbama toga zakona koje se odnose na prostorno planiranje, gradnju i upisu LIG-a u javni registar (katastar vodova).

Nedvojbeno su LIG-e građevine u smislu odredaba važećeg ZPUG-a, međutim iz ZPUG-a jasno ne proizlazi da su LIG-e posebne linijske građevine koje se sastoje od cijevi, kabela i drugih elemenata koji čine jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu tehničko-tehnološku cjelinu koja omogućava prijenos signala, tvari i dr. (elektroničke komunikacije, struja, voda, otpadne vode, topla voda, plin, nafta). Zato je u zakonskoj definiciji potrebno propisati da su to osnovna obilježja LIG-a.

Nadalje, takva građevina ne gradi se na građevnoj čestici definiranoj u smislu propisa o prostornom uređenju i gradnji, vlasništvu i drugim stvarnim pravima, zemljišnim knjigama te državnoj izmjeri i katastru nekretnina za gradnju zgrada i sličnih građevina, nego se gradi na dijelovima većeg broja zemljišnih čestica. Ti dijelovi zemljišnih čestica i sada se u dokumentima prostornog uređenja najčešće nazivaju koridorima i trasama,²⁰ a ZPUG ih propisuje kao tzv. obuhvat zahvata u prostoru (čl. 223/2/5; 228/2/6 ZPUG-a)²¹ kojim se planira i gradi infrastrukturne

20 Koridor je pojas zemljišta određene širine rezerviran za izgradnju određene vrste infrastrukture. Trasa je projektirani ili već izgrađeni pravac i geodetski pozicionirana linija za objekte linijske infrastrukture unutar koridora za određenu vrstu infrastrukture.

Uredba Vlade RH o mjerilima razvoja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme (NN 131/12) propisuje prostorno planiranje elektroničke komunikacijske infrastrukture u koridorima i trasama.

21 O tome više v. Bienenfeld, J.: Prostorni i građevinski aspekti prava građenja, Nekretnine u pravnom prometu – 2006., Inženjerski biro, Zagreb, 2006., str. 251-253.

građevine. Stoga smo mišljenja da je osnovno obilježje LIG-a njihovo planiranje i gradnja u koridorima, a što bi zakonski trebalo biti detaljno uređeno. Dakle, zakon bi trebao jasno propisati da se LIG-e, s gledišta propisa o prostornom uređenju i gradnji, ne planira i ne gradi na građevnim česticama, nego u koridorima i trasama namijenjenim određenoj vrsti ili vrstama LIG-a.²²

LIG-e se planira i gradi na dijelovima većeg broja zemljišnih čestica koje su, u pravilu, u vlasništvu različitih vlasnika (RH, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, druge pravne i fizičke osobe) ili su opće dobro, tj. u različitim su pravnim režimima (vlasnički ili ne vlasnički; posebni pravni režim), što dovodi do toga da se na određenu LIG-u, koja je s tehničkog i funkcionalnog gledišta jedinstvena i nedjeljiva cjelina, primjenjuje niz propisa na dijelove iste građevine, ovisno o tome na kojem se zemljištu nalaze ti dijelovi građevine. Osim toga, zbog zemljišnoknjižnog i katastarskog stanja na tim zemljišnim česticama, u pravilu, nije moguće u skladu s postojećim općim i posebnim pravnim uređenjem, brzo i jednostavno urediti imovinskopravne odnose između vlasnika zemljišta, odnosno upravitelja općega dobra i investitora, odnosno vlasnika (upravitelja) LIG-e. Radi primjene jedinstvenih pravila u koridorima LIG-a, smatramo da je potrebno zakonom odrediti da se LIG-e planira i gradi u koridorima i trasama, što

Bienenfeld na str. 252. navodi: *“Za zahvate u prostoru za koje se ne određuje oblik i veličina građevne čestice određuje se obuhvat zahvata u prostoru. Obuhvat zahvata u prostoru u praksi se najčešće, ovisno o vrsti zahvata u prostoru, određuje koridorom za široke linearne građevine, trasom za uske linearne građevine i određivanjem međanižnih točaka za zahvate na velikim površinama (npr. za eksploatacijska polja ili marikulture). Koridori i trase, s obzirom na veličinu – duljinu zahvata u prostoru, određuju se različitim preciznošću. Kod kraćih zahvata u prostoru određivanje koridora i trase vrši se navođenjem katastarskih čestica ili dijelova tih čestica koje obuhvaća koridor odnosno preko kojih prolazi trasa. Kod velikih – dugačkih zahvata koridor ili trasa određuju se točkama u prostoru (orijentirima) kroz koje zahvat prolazi, odnosno koje spaja, pri čemu se često navode i katastarske općine te općine kroz koje taj koridor, odnosno trasa prolazi. Opisani stupnjevi detaljnosti određivanja obuhvata zahvata u prostoru u praksi su često puta „inspirirani“ detaljnošću kojom je obuhvat određenog zahvata u prostoru propisan dokumentom prostornog uređenja.“*

- 22 Na jednoj nekretnini može biti izgrađeno, odnosno može biti planirana gradnja više vrsta LIG-a, primjerice podzemni cjevovodi vodovoda, odvodnje, toplovoda i plinovoda te nadzemni (zračni) vodovi električnih komunikacija i elektroenergetike, pa je vrlo bitno znati gdje su u zemljištu i/ili na površini zemljišta izgrađeni, odnosno gdje još ima prostora u koridoru za druge vrste LIG-a ili razvoj postojećih LIG-a. Smještaj u prostoru bitan je uvjet za dobivanje potrebnih dokumenata za gradnju, kao i dozvola za uporabu LIG-a. Naime, izgradnja više različitih vrsta LIG-a na istom zemljištu mora udovoljavati određenim međunarodnim i hrvatskim tehničkim standardima i normama izgradnje takve vrste objekata, pa tako, između ostalog, mora postojati određena minimalna udaljenost između pojedine vrste cjevovoda, vodova i pripadajućih elemenata, minimalna dubina na kojoj se postavlja određene vrste cjevovoda, položaj cijevi itd. Primjerice, zone LIG-a električnih komunikacija i njihova zaštita u odnosu na zone drugih vrsta LIG-a propisane su Pravilnikom o načinu i uvjetima određivanja zone električne komunikacijske infrastrukture i povezane opreme, zaštitne zone i radijskog koridora te obveze investitora radova ili građevina (NN 42/09 i 39/11). U području pružnog pojasa na gradnju svih vrsta LIG-a primjenjuje se Pravilnik o općim uvjetima za građenje u zaštitnom pružnom pojasu (NN 93/10).

sada ZPUG prepoznaje kao „obuhvat zahvata u prostoru“. Zakonom bi trebalo biti utvrđeno da koridori nemaju obilježja koja imaju građevne čestice za gradnju zgrada i sličnih građevina u smislu općih propisa o prostornom uređenju i gradnji te vlasništvu i drugim stvarnim pravima, katastru nekretnina i zemljišnim knjigama, nego su to posebni entiteti u prostoru na kojima se isključivo grade LIG-e.

Osnovno obilježje LIG-e je da su to građevine od javnog interesa, odnosno interesa RH, pa bi stoga trebalo biti zakonom određeno da je gradnja, postavljanje, korištenje, održavanje i razvoj LIG-a javni interes (interes RH).

3.2. Određivanje koridora LIG-a u dokumentima prostornog uređenja i upis u katastar vodova

Koridorima LIG-a potrebno je dati veći značaj nego što ga sada imaju u dokumentima prostornog uređenja svih razina. Stoga bi trebalo zakonom odrediti kojim dokumentima prostornog uređenja se utvrđuju koridori LIG-a, odnosno koji su to dokumenti u kojima se točno utvrđuju položaji koridora u prostoru, koji se potom upisuju u katastar vodova. Smatramo da bi bilo prihvatljivo rješenje da se zakonom odredi da se Strategijom prostornog uređenja i Programom prostornog uređenja RH utvrđuju obveze nositelja izrade i donositelja dokumenata prostornog uređenja vezano uz određivanje koridora LIG-a te mjerila za utvrđivanje koridora i razvoj pojedine vrste LIG-a u prostoru. Slijedom toga, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave bile bi obvezne detaljno u opisnom i grafičkom dijelu u svojim dokumentima prostornog uređenja planirati koridore za LIG-e određene namjene, pri čemu se mora zadovoljiti potrebe razvoja LIG-a i uskladiti druge javne interese. Dakle, u dokumentima prostornog uređenja određene razine, u opisnom (tekstualnom) dijelu i grafičkom dijelu, te obveznim priložima morali bi se odrediti koridori za LIG-e određene namjene. Položaj koridora LIG-a u prostoru morao bi biti usklađen u dokumentima prostornog uređenja svih razina. U postupku izrade, odnosno izmjena i dopuna prostornih planova županija, Grada Zagreba, gradova i općina te provedbenih planova, katastar vodova morao bi nositelju izrade plana omogućiti pristup podacima o postojećim koridorima za LIG-e, trasama izgrađenih LIG-a u koridorima i slobodnom prostoru u koridorima za trase budućih LIG-a. Prije donošenja dokumenta prostornog uređenja, nositelj njegove izrade morao bi pribaviti prethodnu suglasnost katastra vodova da su u tom dokumentu utvrđeni postojeći koridori za LIG-e, te novi koridori u skladu s mjerilima za prostorno planiranje koridora i trasa LIG-a.

Smatramo da bi pravilo trebala biti da se koridore LIG-a utvrđuje u dokumentima prostornog uređenja (u opisnom i grafičkom dijelu te obveznim priložima). Međutim, ako nadležna jedinica lokalne samouprave, odnosno županija nije donijela dokument prostornog uređenja ili u tom dokumentu nije odredila koridore LIG-a, to ne smije biti zapreka određivanju koridora LIG-a i slijedom toga gradnji LIG-a. Stoga, u takvim slučajevima radi zaštite javnog interesa gradnje i razvoja LIG-a zakonom treba biti propisano da Vlada RH svojom odlukom određuje

koridore LIG-a, u skladu sa Strategijom i Programom prostornog uređenja RH. Ako nisu doneseni odgovarajući dokumenti prostornog uređenja užeg područja u kojima su određeni koridori za LIG-e ili u važećem dokumentu prostornog uređenja nisu uneseni koridori za sve ili pojedine vrste LIG-a, Vlada RH trebala bi biti ovlaštena donijeti odluku i o određivanju položaja koridora LIG-a u prostoru užeg područja koja bi svakako morala biti usklađena s dokumentom prostornog uređenja širega područja te Strategijom prostornog uređenja i Programom prostornog uređenja RH. Nakon stupanja na snagu dokumenta prostornog uređenja određene razine, odnosno stupanja na snagu odluke Vlade RH o određivanju položaja koridora LIG-a u prostoru, tijelo nadležno za katastar vodova trebalo bi upisati koridore utvrđene dokumentom prostornog uređenja, odnosno odlukom Vlade u katastar vodova kao jedini javni registar o koridorima i LIG-ama u RH.

Kako bi se uklonile zapreke koje proizlaze iz nesređenog zemljišnoknjižnog i katastarskog stanja, smatramo da koridori trebaju dobiti status posebnog pravnog entiteta. Da bi koridor postao poseban pravni entitet, smatramo da nije potrebno mijenjanje zemljišnoknjižnih i katastarskih podataka, nego je samo potrebno uspostaviti posebni pravni režim u onim dijelovima nekretnina (opće dobro, javno dobro, privatne nekretnine) na kojima koridor se nalazi. To bi značilo da se prvo u dokumentu prostornog uređenja utvrđuje gdje se točno po GPS točkama u prostoru nalazi koridor i to bez obzira na broj i veličinu katastarskih čestica ili zemljišnoknjižne podatke (geopozicioniranje koridora). Dakle, koridor je potrebno utvrditi u dokumentu prostornog uređenja kao poseban pravni entitet u kojem se u trasama grade LIG-e određene namjene, a koji se proteže preko dijelova velikog broja zemljišnih čestica različitih vlasnika i u različitim pravnim režimima. Mišljenja smo da bi koridor, kao posebni pravni entitet, trebao biti određen samo na dijelovima velikog broja katastarskih čestica, odnosno zemljišnoknjižnih tijela različitih vlasnika, tako da ne opterećuje cijelu česticu, odnosno zemljišnoknjižno tijelo.

Radi jedinstvenog i sustavnog vođenja podataka o koridorima i LIG-ama podatke utvrđene u dokumentima prostornog uređenja, odnosno u Odluci Vlade RH trebalo bi upisati u katastar vodova. Koridori za gradnju novih LIG-a, kao i oni u/na kojima su LIG-e izgrađene u katastru vodova trebali bi biti upisani kao posebni entiteti, na podlogama koje su kompatibilne s geodetskim podlogama katastra nekretnina vođenim u elektroničkom obliku, kao službenim geodetskim podlogama Državne geodetske uprave. Dakle, koridori bi trebali biti upisani kao 3D prostorno zauzeće vođeno modernom GIS tehnologijom u grafičkom dijelu katastra vodova na koji se nadovezuje pisani dio katastra vodova. Smatramo da bi u katastru vodova za svaki koridor trebalo biti naznačeno za koju vrstu LIG-a je namijenjen, te koliko trasa LIG-a je izgrađeno, a koliko je još prostora u koridoru slobodno za gradnju nove LIG-e ili razvoj postojeće.

U dokumentima prostornog uređenja i katastru vodova trebalo bi odrediti koridore postojećih LIG-a tako da se obuhvate sve LIG-e koje su legalno izgrađene, odnosno koje je moguće legalizirati u skladu s posebnim propisima o očuvanju

okoliša, zaštiti prirode, zaštiti zdravlja i zaštiti kulturnih dobara.²³ Pri tome, smatramo da se koridor ne bi smjelo odrediti većih dimenzija od onih kojima se obuhvaća postojeće trase LIG-a i neophodni prostor za razvoj, rekonstrukciju i nadogradnju postojećih LIG-a.²⁴ Međutim, iznimno bi trebalo dopustiti mogućnost povećanja koridora postojećih LIG-a, ako se koridor u kojem postoji jedna ili više vrsta LIG-a određuje dokumentom prostornog uređenja kao višenamjenski i za druge vrste LIG-a, koje do tada nisu postojale u tom koridoru. Smatramo da bi trebalo omogućiti povećanje koridora samo tolikih dimenzija koje su prema propisima i pravilima struke neophodne za gradnju, odnosno postavljanje nove vrste LIG-a u postojećem koridoru. Koridore za gradnju više vrsta LIG-a trebalo bi odrediti kao višenamjenske i u njima bi se trebalo planirati i graditi LIG-e po načelu gradnje integrirane infrastrukture. Načelo gradnje integrirane infrastrukture podrazumijeva usklađenje planiranih trasa određenih vrsta LIG-a s trasama drugih vrsta LIG-a u odnosu na smještaj u prostoru i rokove gradnje. Koridore za gradnju nove LIG-e i/ili razvoj postojeće (proširenje, rekonstrukcija LIG-e), u pravilu bi se trebalo određivati u koridorima prometnica (cesta, željezničkih pruga, pješačkih površina), jer bi se time najmanje zadiralo u korištenje prostora. Iznimno, radi bitnog skraćivanja trasa LIG-a, koridore LIG-a može se odrediti i izvan koridora prometnica vodeći se načelom prvenstvenog korištenja javnih nekretnina.²⁵

Smatramo da je radi povezivanja podatka iz katastra vodova s ostalim javnim registrima potrebno u katastru nekretnina, odnosno katastru zemljišta, također, naznačiti položaj i veličinu koridora koji su određeni u dokumentima prostornog uređenja i upisani u katastar vodova, a što bi detaljno trebalo urediti podzakonskim

23 Koridori postojećih LIG-a smatramo da moraju uvažiti stanje u prostoru postojećih LIG-a tako da budu obuhvaćene sve trase LIG-a unutar toga koridora, osim ako te LIG-e nisu izgrađene protivno propisima koji daju prioritet javnom interesu očuvanja okoliša, zaštite prirode, zaštite zdravlja i zaštite kulturnih dobara. Legalizaciju postojećih LIG-a i koridora moglo bi se propisati zakonom tako da vlasnici, odnosno upravitelji LIG-a dostave katastru vodova elaborate izrađene u skladu za zahtjevima katastra vodova najkasnije, npr. do kraja 2015. godine. Ako vlasnici, odnosno upravitelji LIG-a ne dostave elaborate o legalizaciji LIG-a u zakonskom roku, kazna za njih mogla bi biti npr. da nelegalizirana LIG-a postaje vlasništvo RH.

24 U praksi već i sada postoje primjeri, a što smatramo da treba i ubuduće prihvatiti da je u istom koridoru moguće planirati trase podzemnih i nadzemnih LIG-a. Stoga bi u zakonu moglo biti propisano da se u naseljenim mjestima, u pravilu, planiraju trase podzemnih LIG-a, a postojeće trase nadzemnih LIG-a u naseljenim mjestima prikazuju se u dokumentima prostornog uređenja u nadzemnom dijelu koridora. U slučaju razvoja, proširenja ili rekonstrukcije postojeće nadzemne LIG-e smatramo da bi se trebalo provedbenim dokumentom prostornog uređenja omogućiti premještanje trase nadzemne LIG-e u podzemnu LIG-u, osim ako svojstva te LIG-e ili neki drugi opravdani razlozi ne zahtijevaju i dalje njezin smještaj u nadzemnom dijelu koridora.

25 Takva pravna rješenja velikim su dijelom već usvojena za LIG-e elektroničkih komunikacija u Uredbi Vlade RH o mjerilima razvoja elektroničke komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme.

propisima.²⁶ Mjerila prostornog planiranja koridora i trasa LIG-a u dokumentima prostornog uređenja, zaštite javnog interesa planiranja i gradnje LIG-a te rješavanja kolizije dva ili više javnih interesa u odnosu na planiranje koridora i trasa LIG-a i pojedinih gospodarskih i drugih područja trebalo bi detaljnije propisati pravilnikom koji bi donio ministar nadležan za prostorno planiranje uz prethodno pribavljenu suglasnost katastra vodova.

3.3. Posebni pravni režim uređivanja imovinskopravnih odnosa i gradnje u koridorima LIG-a

U prethodnim poglavljima naglasili smo da je uređivanje imovinskopravnih odnosa bitna kočnica ishodu dozvola za gradnju LIG-a. U praksi su vrlo česti slučajevi da investitor LIG-e nakon dobivanja pravomoćne lokacijske dozvole ne može čak 3 ili više godina urediti imovinskopravne odnose s vlasnicima nekretnina na kojima se ta LIG-a treba graditi. Stoga smo zaključili da je u tom dijelu potrebno napraviti promjene koje bi znatno ubrzale uređivanje imovinskopravnih odnosa. Naime, da se imovinskopravne odnose ne bi rješavalo tek u etapi prikupljanja dokaza²⁷ za ishodu građevinske dozvole, odnosno potvrde glavnog projekta, tj. nakon što investitor ishodi pravomoćnu lokacijsku dozvolu, smatramo da bi imovinskopravni odnosi morali biti uređeni znatno ranije i to već u etapi prostornog planiranja koridora i trasa LIG-a. Prema sadašnjem općem pravnom uređenju prostornog planiranja i gradnje investitor građevine, pa prema tome i LIG-e, mora urediti imovinskopravne odnose s vlasnicima nekretnina sklapanjem ugovora o služnosti, odnosno mora dobiti pravomoćnu odluku tijela vlasti u postupku nepotpunog izvlaštenja kojom se radi interesa RH gradnje određene LIG-e osniva služnost na određenoj nekretnini. Ako se radi o općem dobru (pomorskom dobru) investitor mora urediti imovinskopravne odnose s upraviteljem općeg dobra dobivanjem koncesiju za posebnu uporabu pomorskog dobra. Sređeno zemljišnoknjižno stanje pretpostavka je uređenja navedenih odnosa između vlasnika

26 Zbog posebnih utjecaja mora i morskih struja na podmorske LIG-e te konfiguracije morskog dna, smatramo da koridori u podmorju moraju biti određeni većih dimenzija od koridora za takvu vrstu LIG-a na kopnu. Koridore u podmorju trebalo bi određivati ministarstvo nadležno za more i dostavljati podatke katastru vodova i nadležnim lučkim kapetanijama. Podaci o postojećim LIG-ama u podmorju upisani u Upisnik koncesija na pomorskom dobru, mišljenja smo, da bi trebali biti temelj za određivanje koridora za postojeće LIG-e u podmorju. Detaljna mjerila za utvrđivanje koridora za LIG-e u podmorju trebao bi pravilnikom propisati ministar nadležan za more uz prethodno pribavljenu suglasnost katastra vodova.

27 Dokazi da investitor ima pravo graditi navedeni su u odredbi čl. 214. ZPUG-a. *Potvrdu glavnog projekta* za gradnju LIG-e investitor može dobiti samo ako svome zahtjevu priloži sve dokaze određene u čl. 223. ZPUG-a. Između ostalog mora priložiti i dokaz da ima pravo graditi u tzv. „obuhvatu zahvata u prostoru u kojem namjerava graditi“ (čl. 223/1/6 ZPUG-a). U čl. 224/2 ZPUG-a određeno je da se za nerazvrstane ceste, plinovode, vodovode, odvodnju i niskonaponske električne vodove, dokazom da investitor ima pravo graditi, smatra i odluka Vlade o utvrđivanju interesa RH ili poziv na odredbu zakona kojom je određen interes RH za gradnju građevine za koju je zatražena potvrda glavnog projekta.

nekretnine, odnosno upravitelja općeg dobra i investitora LIG-e, pa se stoga cijeli postupak može dodatno zakomplicirati, a što znači i vremenski znatno produljiti. Međutim, navedene probleme moguće je izbjeći tako da se već u etapi prostornog planiranja koridora na javnim i privatnim nekretninama utvrdi gdje se točno u prostoru koridor nalazi i kolika je njegova širina i duljina. Na svim nekretninama na kojima se koridor nalazi uspostavilo bi se stupanjem na snagu dokumenta prostornog uređenja posebno pravo, koje su vlasnici javnih i privatnih nekretnina dužni trpjeti radi pridonosa općem dobru,²⁸ tj. radi javnog interese gradnje, korištenja, održavanja i razvoja LIG-a. Navedeno pravo smatramo da bi moralo biti upisano u katastar vodova zajedno s upisom koridora i trasa.²⁹

Da bi svatko mogao vidjeti postoji li na nekoj nekretnini koridor LIG-a, katastar vodova trebao bi imati elektroničkim putem poveznicu s katastrom nekretnina, odnosno katastrom zemljišta i zemljišnim knjigama kako bi se moglo vidjeti na kojim nekretninama (katastarskim česticama) se nalazi koridor LIG-a.

3.3.1. Pravo puta

Važeći Zakon o uređivanju imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina i Zakon o cestama određuju da osobe javnog prava: RH, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ustanove i pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu RH, odnosno jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave imaju besplatno pravo služnosti, odnosno pravo građenja na nekretninama u javnom vlasništvu, odnosno u vlasništvu onih pravnih osoba koje se po tim zakonima smatra osobama javnog prava. Iz navedenog je vidljivo da ti zakoni polaze od općih propisa o vlasništvu i drugim stvarnim pravima radi uređenja imovinskopravnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina. Za razliku od toga, radi uređivanja imovinskopravnih odnosa između vlasnika nekretnina, odnosno upravitelja općeg dobra i investitora, odnosno vlasnika elektroničke komunikacijske infrastrukture (koju najvećim dijelom čine LIG-e

28 Vlasništvo obvezuje i vlasnik je dužan pridonositi općem dobru, pa je pri izvršavanju svoga prava dužan postupati obzirno prema općim i tuđim interesima koji nisu protivni njegovu pravu (čl. 48. Ustava RH; čl. 31. i 32. ZV-a).

29 Mišljenja smo da bi katastar vodova kao jedinstveni javni registar LIG-a u kojem se vode podaci u elektroničkom obliku po istim načelima kao u zemljišnim knjigama i Upisniku koncesija na pomorskom dobru (glavna knjiga, zbirka isprava i dnevnik upisa), pri čemu koridor ima ulogu temeljnog pravnog entiteta koji se upisuje u katastru vodova u list A. U listu A trebali bi biti podaci o koridoru i građevini (geopozicioniranje koridora; širina, duljina i namjena koridora; broj i položaj trasa izgrađenih LIG-a u koridoru; slobodan prostor u koridoru za gradnju novih ili proširenje postojećih LIG-a; vrsta i namjena LIG-a; dozvole za gradnju i upotrebu građevine s projektom izvedenog stanja). U list B trebali bi biti podaci o korisniku koridora i investitoru/vlasniku LIG-a te podaci o izvorno stečenom pravu puta u koridorima; preneseno pravo puta na određenog investitora/vlasnika građevine; prestanak prava puta; rezervacija koridora u postupku izrade projektne dokumentacije. U listu C trebali bi biti podaci o pravima trećih na LIG-i npr. zajedničko korištenje dijelova LIG-e (najam/zakup).

elektroničkih komunikacija), ZEK je 2008. godine u pravni sustav RH, u skladu s direktivama Europske unije i najboljom praksom europskih država,³⁰ uveo novi pravni institut nazvan „pravo puta“. Prema odredbama ZEK-a pravo puta nastaje *ex lege* u trenutku kada su ispunjene opće i posebne pretpostavke za stjecanje toga prava utvrđene odredbama čl. 27. i 28. ZEK-a. Pravo puta ne upisuje se u zemljišne knjige. Potvrde o pravu puta, koje su deklaratorne naravi, izdaje nacionalni regulator Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije (HAKOM).

Smatramo da bi po uzoru na pravo puta iz ZEK-a u posebnom zakonu o LIG-ama trebalo propisati pravo puta kao poseban pravni režim koji važi u koridorima LIG-a. Pravo puta na javnim nekretninama trebalo bi urediti zakonom tako da RH ima na svim javnim nekretninama izvorno zakonsko besplatno pravo puta za sve koridore određene dokumentima prostornog uređenja, odnosno Odlukom Vlade RH kao javni interes.³¹ Zakonom bi trebalo propisati pravnu predmnjevu da RH stječe izvorno zakonsko pravo puta na koridorima u trenutku stupanja dokumenta prostornog uređenja, odnosno Odluke Vlade RH na snagu, a da je upis toga prava u katastar vodova deklaratorne naravi. Izvorno na temelju zakona stečeno pravo puta RH trebalo bi se u katastru vodova (u grafičkom i opisnom dijelu) upisati na koridoru na koji se to pravo odnosi. RH bi trebala biti zakonom ovlaštena prenijeti pravo puta za trasu, odnosno trase u koridoru na investitora buduće LIG-e, odnosno vlasnika postojeće građevine koji obavlja djelatnost pružanja javnih usluga, kao ovlaštenike prava puta. Prijenos prava puta s RH na ovlaštenike prava puta smatramo da bi trebao provoditi katastar vodova. Za postojeće LIG-e upis ovlaštenika prava puta na određenoj trasi LIG-a u koridoru trebao bi provoditi katastar vodova na temelju podataka iz elaborata o trasama LIG-a. Smatramo da bi upis ovlaštenika prava puta u katastar vodova trebao biti konstitutivne naravi. Upis ovlaštenika prava puta za buduće LIG-e katastar vodova morao bi provesti u što kraćem roku, od dana izdavanja odobrenja katastra vodova za projektiranje LIG-e u trasi čiji je položaj u koridoru određen na propisanoj podlozi u elektroničkom obliku i u kojem su određeni propisi i pravila struke kojih se mora pridržavati investitor s obzirom na druge LIG-e u koridoru. Budući da u istom koridoru može biti više ovlaštenika prava puta, svaki investitor, odnosno vlasnik LIG-e, koji je ovlaštenik prava puta u koridoru, trebao bi imati preneseno pravo puta za trasu LIG-e, koje mu omogućava pristup trasi LIG-e, gradnju, razvoj, korištenje, održavanje i popravlanje LIG-e.

RH bi također trebala imati izvorno zakonsko besplatno pravo puta za sve koridore na svim privatnim nekretninama na kojima su, kao javni interes, utvrđeni

30 Primjerice, u Njemačkoj je radi gradnje telekomunikacijske infrastrukture više od sto godina zakonom propisano besplatno pravo puta na javnim prometnim putovima u koje se ubrajaju i javne vode, a na privatnim nekretninama ovlaštenik prava puta dužan je platiti propisanu naknadu zbog ograničenja vlasnikovih prava.

31 Zakonom o uređivanju imovinskopравnih odnosa u svrhu izgradnje infrastrukturnih građevina i Zakonom o cestama uređena je besplatno pravo služnosti i pravo građenja u korist RH, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te drugih osoba, koje su u smislu tih zakona osobe javnog prava. Slijedom toga smatramo da nema zapreke i da se u korist RH zakonom odredi izvorno zakonsko besplatno pravo puta u koridorima.

koridori u dokumentima prostornog uređenja, odnosno odlukom Vlade RH. RH bi identično kao i na javnim nekretninama prenosila svoje pravo puta na privatnim nekretninama na investitora buduće LIG-e, odnosno vlasnika postojeće LIG-e koji obavlja djelatnost pružanja javnih usluga konstitutivnim upisom ovlaštenika prava puta u katastar vodova. Međutim, pravo puta koje je RH stekla na privatnim nekretninama, predstavlja ograničenje prava vlasništva privatnih vlasnika za što oni imaju pravo na naknadu, u skladu s ustavnim odredbama i odredbama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Stoga smo mišljenja da bi zakonsko rješenje moglo biti da naknadu za ograničenje prava vlasništva ne plati RH u trenutku određivanja koridora i upisa RH kao ovlaštenika prava puta, nego da tu naknadu plate investitori, odnosno vlasnici LIG-a, kada na njih RH prenese pravo puta. Investitor, odnosno vlasnik LIG-e, kao ovlaštenik prava puta bio bi dužan vlasniku nekretnine platiti naknadu za pravo puta u zakonom propisanom roku od dana prijena prava puta i to kao da je provedeno nepotpuno izvlaštenje. Naknada bi trebala biti plaćena jednokratno u visini umanjenja tržišne vrijednosti nekretnine koja bi trebala biti određena prema podacima Porezne uprave. Odnosno, tablice umanjene tržišne vrijednosti nekretnina za pojedina područja RH trebale bi biti usklađene sa službenim podacima ministarstva nadležnog za financije. Smatramo da bi u praksi najveći problem mogao nastati zbog nemogućnosti utvrđivanja tko je vlasnik nekretnine kojem treba platiti naknadu za pravo puta. Moguće rješenje tog problema osnivanje je posebnog državnog fonda naknada za pravo puta u koji bi ovlaštenik prava puta morao uplatiti naknadu za pravo puta. Smatramo da bi zakonom trebalo odrediti rok u kojem je ovlaštenik dužan pronaći vlasnika i platiti mu naknadu, odnosno uplatiti naknadu u Fond. Tako se primjerice može propisati da ako u roku zakonom određenom roku od dana prijena prava puta nije moguće nedvojbeno utvrditi vlasnika nekretnine, ovlaštenik prava puta dužan je rezervirati sredstva za naknadu za pravo puta uplatom u Fond naknada za pravo puta, a ako to ne učini bit će prekršajno kažnjen zakonom propisanom zakonom. Da bi katastar vodova imao potpune i točne podatke o pravu puta i ovlaštenicima, mišljenja smo da je potrebno propisati i da je ovlaštenik prava puta dužan dostaviti katastru vodova u zakonskom roku potvrdu o plaćenju naknadi za pravo puta vlasniku nekretnine, odnosno o uplati u Fond, a ako to ne učini trebao bi biti prekršajno kažnjen. Međutim, ako ovlaštenik prava puta u zakonskom roku od dana upisa ovlaštenika prava puta u katastar vodova, tj. kada je na njega s RH preneseno pravo puta, ne dostavi katastru vodova potvrdu o plaćenju naknadi za pravo puta u koridoru na privatnoj nekretnini, katastar vodova morao bi brisati upis ovlaštenika prava puta u cijelom koridoru u kojem se nalazi trasa LIG-a i o tome obavijestiti dotadašnjeg ovlaštenika prava puta, uz mogućnost podnošenja prigovora ovlaštenika prava puta. Osim navedenog, mišljenja smo da bi trebalo ostaviti mogućnost da investitori, odnosno vlasnici LIG-a s vlasnicima privatnih nekretnina na kojima su određeni koridori LIG-a, urede imovinskopravne odnose za trasu svojih LIG-a u skladu s općim propisima o vlasništvu i drugim stvarnim pravima i zemljišnim knjigama. Ako su vlasnik privatne nekretnine i investor, odnosno

vlasnik *LIG*-e ugovorom uredili međusobne odnose, tada prema općim propisima, da bi služnost bila osnovana mora ista biti upisana u zemljišne knjige. Međutim, smatramo da bi i u tom slučaju investitor, odnosno vlasnik *LIG*-e morao katastru vodova dostaviti dokument iz kojeg je vidljivo da upravo taj investitor, odnosno vlasnik *LIG*-e ima na temelju ugovora sva ona ovlaštenja koja bi imao po pravu puta koja mu omogućavaju pristup trasi *LIG*-e, gradnju, razvoj, korištenje, održavanje i popravljavanje *LIG*-e. Katastar vodova morao bi upisati zabilježbu postojanje ugovora između privatnog vlasnika nekretnine i investitora, odnosno vlasnika *LIG*-e.

Pravo puta na javnim i privatnim nekretninama trebalo bi prestati za investitora, odnosno vlasnika *LIG*-e, kao ovlaštenika prava puta, gubitkom statusa pružatelja javnih usluga, odnosno prijenosom vlasništava na *LIG*-i na stjecatelja prava vlasništva na toj *LIG*-i. U tom slučaju u katastru vodova trebalo bi upisati RH kao ovlaštenika prava puta. Dakle, svaki prijenos prava puta s investitora, odnosno vlasnika *LIG*-e na novog stjecatelja *LIG*-e, te prestanak prava trebao bi biti upisan u katastar vodova. Stoga smatramo da bi investitor, odnosno vlasnik *LIG*-e morao imati dužnost u zakonskom roku od dana gubitka statusa pružatelja javnih usluga, odnosno prijenosa vlasništva na *LIG*-i na stjecatelja prava vlasništva, obavijestiti katastar vodova radi promjene podataka o ovlašteniku prava puta, a za što bi svakako u zakonu trebale biti određene i kaznene odredbe. Pravo puta na javnim i privatnim nekretninama u korist RH, odnosno investitora i vlasnika *LIG*-a, kao ovlaštenika prava puta, smatramo da se ne bi trebalo upisivati u zemljišne knjige, nego samo u katastar vodova. Slijedom toga, katastar vodova bio bi ovlašten izdavati potvrde o pravu puta, te izvatke iz katastra vodova o koridoru, trasama i *LIG*-ama.

3.3.2. Gradnja LIG-e

Ako se usvoji gore opisani model uređenja imovinskopravnih odnosa radi gradnje *LIG*-a u koridorima već u fazi prostornog planiranja, a što znači da se upisom koridora u katastar vodova određuju svi parametri kojima mora udovoljiti buduća *LIG*-a, tada više nije potrebno ishođenje svih dozvola za gradnju koje su sada propisane za sve vrste građevina, niti prikupljanje raznih suglasnosti kojima se dokazuje ispunjavanje posebnih uvjeta građenja. Naime, više nema potrebe za ishođenje lokacijske dozvole, jer je već dokumentom prostornog uređenja određeno koja vrsta *LIG*-a će se u koridoru graditi, odnosno određuju se svi bitni uvjeti građenja *LIG*-a. Stoga smatramo da bi katastru vodova trebalo dati ulogu ne samo vođenja jedinstvenog javnog registra koridora i *LIG*-a, nego i ulogu izdavatelja uvjeta i odobrenja za projektiranje i građenje *LIG*-a.

Slijedom navedenog, mišljenja smo da bi postupak mogao biti propisan tako da investitor *LIG*-e podnosi zahtjev katastru vodova za izdavanje odobrenja za projektiranje i građenje *LIG*-a u određenoj trasi u koridoru u kojoj je moguće graditi *LIG*-u određene namjene te određivanja uvjeta gradnje. Takav zahtjev investitor bi podnosio katastru vodova elektroničkim putem, a katastar vodova odredio bi na posebnoj podlozi u elektroničkom obliku položaj trase buduće *LIG*-e u koridoru. Ako katastar vodova utvrdi da u koridoru nema slobodnog prostora za novu trasu

LIG-e, odbio bi izdati odobrenje podnositelju zahtjeva. Katastar vodova morao bi izdati u elektroničkom obliku odobrenje za projektiranje i građenje LIG-e u trasi određenoj na posebnoj podlozi, u zakonom određenom roku od dana podnošenja urednog zahtjeva, a koji smatramo da bi trebao biti što kraći. U odobrenju za projektiranje i građenje LIG-e u trasi određenoj na posebnoj podlozi, koja je sastavni dio odobrenja, katastar vodova morao bi odrediti propise te pravila struke kojih su se dužni pridržavati projektant pri izradi projekta, odnosno investitor, nadzorni inženjer i izvođač radova pri gradnji LIG-e.

Nadalje, sadašnji komplicirani postupak ishoda građevinske dozvole, odnosno potvrde glavnog projekta i lokacijske dozvole trebalo bi pojednostaviti tako da se poveća odgovornost projektanta za projekt i nadzornog inženjera za poštivanje projektne dokumentacije i odobrenja katastra vodova. Stoga smatramo da bi se zakonom moglo propisati da projektant mora, u skladu s propisima navedenim u odobrenju katastra vodova, izraditi glavni projekt koji bi ujedno bio i izvedbeni projekt. Umjesto ishoda posebnih građevinskih dozvola ili potvrde glavnog projekta, projektant bi trebao dati ovjerenu izjavu da je projekt izrađen u skladu s propisima navedenim u odobrenju katastra vodova i time bi postao odgovoran za kvalitetu projektne dokumentacije i njezinu usklađenost s propisima. Ovjerenu izjavu projektant bi trebao dostaviti: katastru vodova, inspekciji rada, građevinskoj inspekciji, nadležnoj jedinici lokalne i područne (regionalne) samouprave. Uz tu ovjerenu izjavu projektant bi trebao katastru vodova dostaviti kompletnu projektну dokumentaciju. Također bi se zakonom moglo propisati i da nadzorni inženjer mora dati ovjerenu izjavu o nadzoru izvođenja radova čime odgovora za poštivanje projektne dokumentacije i kvalitetu radova, a izvođač radova morao bi odgovarati za kvalitetu izvedenih radova.

Postupak ishoda uporabnih dozvola također bi trebalo pojednostaviti tako da se za manje složene LIG-e koje nisu opasne za ljudsko zdravlje i okoliš i sl. propiše samo obveza izrade dokumentacije izvedenog stanja na posebnoj podlozi katastra vodova. Navedenu dokumentaciju trebalo bi izraditi usporedno sa završetkom izvođenja radova na pojedinim dionicama trase LIG-e i odmah dostaviti elektroničkim putem katastru vodova. To znači da bi za cijelu LIG-u dokumentacija izvedenog stanja trebala biti završena i dostavljena katastru vodova odmah po završetku izvođenja radova čime bi se smatralo da LIG-a ima uporabnu dozvolu. Za razliku od toga za složene LIG-e koje su npr. opasne za okoliš, zdravlje ljudi i sl., smatramo da bi se trebao obaviti još i tehnički pregled te o tomu dostaviti dokumentacija katastru vodova čime bi se smatralo da LIG-a ima uporabnu dozvolu.

3.4. Korištenje i održavanje LIG-e

Investitor, odnosno vlasnik LIG-e smatramo da bi morao koristiti i održavati LIG-u u skladu sa zakonom određenim kriterijima, tako da ne ugrožava ostvarivanje i drugih javnih interesa na javnim i privatnim nekretninama na kojima se ta LIG-a nalazi. Također, investitor, odnosno vlasnik LIG-e trebao bi imati obvezu, pod

zakonom određenim uvjetima, omogućiti i drugim pružateljima javnih usluga ili državnim i drugim ovlaštenim tijelima zajedničko korištenje izgrađene LIG-e na temelju ugovora.

Investitor, odnosno vlasnik LIG-e trebao bi imati obvezu preventivnog i korektivnog održavanja LIG-e, a u slučaju zajedničkog korištenja LIG-e, troškovi održavanja trebali bi biti uključeni u visinu naknade za najam, odnosno zakup dijela LIG-e. Zajedničko korištenje pojedinih vrsta LIG-a kod kojih je zbog naravi takvih LIG-a moguće zajedničko korištenje, smatramo da je potrebno detaljno urediti posebnim pravilnicima.

ZAKLJUČAK

U RH ne postoji poseban propis koji bi na jedinstveni način i sustavno uredio prostorno planiranje, gradnju, korištenje i održavanje LIG-a, upis takvih objekata kao cjeline u javne registre te uređivanje imovinskopravnih odnosa između vlasnika zemljišta i investitora LIG-a, odnosno vlasnika LIG-a. Problemi koji proizlaze iz postojećeg zakonskog okvira uređenja LIG-a kočnica su razvoja LIG-a, ali i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i države kao cjeline. Vrlo komplicirani postupci i veliki broj raznih dokumenata koje investitor LIG-e mora ishoditi u postupku prostornog planiranja i gradnje LIG-e bitno utječu na ulaganja u razvoj postojećih i novih LIG-a te smanjuju mogućnost povlačenja sredstava iz fondova EU-a. Stoga smatramo da je potrebno posebnim zakonom sustavno urediti prostorno planiranje, gradnju, korištenje, održavanje, razvoj i upis u javne registre LIG-a kao posebne vrste građevina. Naime, potrebno je propisati da je LIG-a građevina sastavljena od cijevi, kabela i drugih pripadajućih elemenata koji čine jedinstvenu i nedjeljivu funkcionalnu tehničko-tehnološku cjelinu koja omogućava prijenos signala, tvari i dr. (elektroničke komunikacije, struja, voda, otpadne vode, topla voda, plin, nafta) i koja se kao cjelina nalazi u koridoru koji je na dijelovima većeg broja zemljišnih čestica koje mogu biti u režimu općeg dobra, vlasništvu RH, jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i drugih pravnih i fizičkih osoba.

U zakonu o LIG-ama mišljenja smo da bi trebalo propisati posebni pravni režim za koridore tako da se stimulira gradnja, održavanje i razvoj LIG-a pod povoljnijim uvjetima na javnim nekretninama u odnosu na privatne nekretnine. Na privatnim nekretninama koridori bi trebali biti određeni kao ograničenje prava vlasništva radi zaštite javnog interesa gradnje LIG-a, za što investitor, odnosno vlasnik LIG-e mora platiti naknadu za ograničenje koje trpi vlasnik nekretnine. Stoga smatramo da bi pravilo trebalo biti da se koridore za LIG-e određuje dokumentima prostornog uređenja na javnim nekretninama. A ako to nije moguće, iz posebno opravdanih razloga, koridore bi se moglo odrediti dokumentom prostornog uređenja i na privatnim nekretninama. Dakle, koridor je potrebno utvrditi kao poseban pravni entitet u kojem se u trasama grade LIG-e određene namjene, a koji se proteže preko velikog broja zemljišnih čestica različitih vlasnika i u različitim pravnim režimima.

Za postojeće LIG-e smatramo da treba odrediti koridore u dokumentima prostornog uređenja, tako da se obuhvate sve LIG-e koje su legalno izgrađene, odnosno koje se mogu legalizirati u skladu s posebnim propisima o očuvanju okoliša, zaštiti prirode, zaštiti zdravlja i zaštiti kulturnih dobara. Koridori za gradnju nove LIG-e, kao i oni u/na kojima su LIG-e izgrađene, smatramo da bi morali biti evidentirani u katastru vodova, kao posebni entiteti, na podlogama koje su kompatibilne s geodetskim podlogama katastra nekretnina (u elektroničkom obliku na službenim geodetskim podlogama Državne geodetske uprave). Za svaki koridor trebalo bi biti naznačeno za koju vrstu LIG-a je namijenjen, te koliko trasa LIG-a je izgrađeno, a koliko je još prostora u koridoru slobodno za gradnju nove LIG-e ili razvoj postojeće.

Mišljenja smo da je zakonom potrebno za koridore propisati i poseban pravni režim uređivanja imovinskopravnih odnosa i odrediti nositelje posebnih prava u koridoru, odnosno trasama. Budući da se gradnja, postavljanje, korištenje, održavanje i razvoj LIG-a zakonom utvrđuju kao javni interes, osobe javnog prava (RH, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave), kao nositelji zaštite javnog interesa, trebale bi imati zakonom određenu dužnost omogućiti nesmetano korištenje i pristup koridoru LIG-a na nekretninama kojima upravljaju ili koje su u njihovom vlasništvu. Radi zaštite javnog interesa gradnje LIG-a te pridonosenja općem dobru i privatne osobe (pravne i fizičke osobe) bi trebale trpjeti ograničenje prava vlasništva na svojim nekretninama na kojima je dokumentom prostornog uređenja određen koridor LIG-a. Za ta ograničenja moraju imati u skladu s ustavnim i zakonskim odredbama pravo na naknadu u visini umanjene tržišne vrijednosti nekretnine.

U cilju povećanja investicija u LIG-e, čija je gradnja javni interes, smatramo da je potrebno: smanjiti opseg dokumentacije (različitih suglasnosti kao posebnih uvjeta gradnje; tipizirati projekte i projektnu dokumentaciju i smanjiti broj dozvola za gradnju); pojednostaviti postupak ishoda dokumenta za gradnju jer se takve građevine grade u koridorima, pa bi za njih trebala važiti identična pravna pravila.

Dakle, smatramo da bi kroz multidisciplinarni projekt zakonskog uređenja LIG-a trebalo utvrditi nedostatke u postojećem pravnom uređenju LIG-a, stvoriti novi zakonski okvir i osigurati sve preduvjete za njegovu uspješnu provedbu, a što u praksi znači uspostaviti jedinstveni sustav evidentiranja koridora i LIG-a te prava u koridorima.

Summary

THE LEGAL REGIME OF LINE INFRASTRUCTURE BUILDINGS

This paper explores key limitations of the existing legal regime of line infrastructure buildings (LIGs) from the perspective of town and country planning, construction, usage, maintenance and entry into the public registrar. Since there is no specific legal act in the Republic of Croatia that systematically stipulates the main characteristics of LIGs (as of the objects of public interest), their physical planning, construction, usage and maintenance as well as their entry into the public registrar, remains open to different interpretations. The described situation undoubtedly leads to legal uncertainty and does not favour the investments into construction and development of LIGs. Problems that arise from the existing legal regime of LIGs present an obstruction not only to the development of LIGs, but also to the development of regional and local authorities and the entire country. Highly complicated procedures and a number of different documents, which an LIGs investor needs to collect in the process of physical planning and LIGs construction, impact investments in development of existing and new LIGs and at the same time decrease the possibility of drawing means from EU funds.

The author concludes that it is necessary to introduce a new legal act that would systematically regulate physical planning, construction, usage, maintenance and development of LIGs, as well as their entry into the public registrar. The main characteristics of each LIG should be stipulated as of the object of public interest consisting of pipes, cables and other pertaining elements that make unique and undivided functional and technical-technological unit, which facilitate transfer of signal, substance (e.g. electronic communications, electric power, water, waste water, warm water, gas, oil). Such unit is situated in a corridor which takes part of a number of land plots that can belong to the legal regime of public good, owned by RoC, local and regional authorities or by other legal or private persons. Therefore, the author proposes that within a legal act regulating LIGs a special legal regime should be stipulated for corridors in order to stimulate the construction, maintenance and development of LIGs on public real estate under more favourable conditions than on private real estate. Corridors situated on private real estate should be stipulated as limitations to the ownership rights for the purpose of protection of public interest comprised in LIGs construction. In such case the investor, or LIG owner, has to pay compensation for the limitation imposed on the real estate owner. Hence, the corridor should be defined as a special legal entity, stretching through the large number of land plots owned by various owners and regulated under different legal regimes. That should be determined in physical planning documentation and registered in cable registrar. With the view of increasing investments in LIGs, the construction of which represent public interest, it is necessary to decrease the amount of documentation (different approvals as special conditions for construction;

standardize projects and projects' documentation and decrease number of building permits), simplify the procedure for construction documents collection, since such objects are built in corridors, whereas the same legal rules should apply and finally establish a special legal regime of property law regulation and determine right-holders in corridors/routes.

Key words: *line infrastructure buildings (LIGs), corridor, right of way, public real estate, cable registrar.*

Zusammenfassung

RECHTSREGELUNG VON LINIENINFRASTRUKTURBAUTEN

In ihrer Arbeit erforscht die Autorin die Hauptmängel in der bestehenden Rechtsregelung von Linieninfrastrukturbauten aus der Perspektive der Raumplanung, des Baus, der Nutzung, der Instandhaltung und Eintragung in die öffentlichen Register. Da es in der Republik Kroatien keine Vorschrift gibt, welche die Hauptmerkmale von Linieninfrastrukturbauten als Bauten vom öffentlichen Interesse, ihre Raumplanung, Bau, Nutzung und Instandhaltung sowie die Eintragung solcher Objekte als Ganzheit in die öffentlichen Register, einheitlich und systematisch regeln würde, entstehen unterschiedliche Interpretationen, was zweifellos zur Rechtsunsicherheit führt und Investitionen in den Bau und die Entwicklung von Linieninfrastrukturbauten nicht erleichtert. Die aus dem gesetzlichen Rahmen hervorgehenden Probleme der Regelung von Linieninfrastrukturbauten bremsen die Entwicklung von Linieninfrastrukturbauten aber auch die Entwicklung von Einheiten der lokalen und regionalen Selbstverwaltung sowie des Staates als Ganzes. Sehr komplizierte Verfahren und zahlreiche Dokumente, welche der Investor von Infrastrukturbauten bei ihrer Raumplanung und ihrem Bauen erwirken muss, üben einen wesentlichen Einfluss auf die Investitionen in die Entwicklung von bestehenden und neuen Linieninfrastrukturbauten und reduzieren die Möglichkeit des Mitteleinzugs aus den EU Fonds.

Die Autorin zieht die Schlussfolgerung, dass ein Sondergesetz zur systematischen Regelung von Linieninfrastrukturbauten als Sonderbauarten bzw. von deren Raumplanung, dessen Bau, deren Nutzung, Instandhaltung, Entwicklung und Eintragung in die öffentlichen Register notwendig ist. Deshalb muss man durch Gesetz die Hauptmerkmale jedes Linieninfrastrukturbaus regeln als Bau vom öffentlichen Interesse, bestehend aus Rohren, Kabeln und anderen dazu gehörigen Elementen, welche eine einheitliche und unteilbare funktionale technisch-technologische Ganzheit machen, welche weiterhin die Übertragung von Signal, Materie u.A. (elektronische Kommunikationen, Strom, Wasser, Abwässer, Warmwasser, Gas, Erdöl) ermöglicht, und welche sich als Ganzheit im Korridor befindet, welcher sich weit-

erhin an einer größeren Zahl von Grundstücken befindet, welche zum Rechtsregime des Allgemeinguts, zum Eigentum von der Republik Kroatien, oder von der Einheiten der lokalen und regionalen Selbstverwaltung und anderen natürlichen und rechtlichen Personen gehören könnten. Die Autorin schlägt vor, im Gesetz über Linieninfrastrukturbauten das Sonderrechtsregime für Korridore vorzuschreiben, so dass man den Bau, die Instandhaltung und Entwicklung von Linieninfrastrukturbauten an öffentlichen Immobilien unter Bedingungen günstiger als denen an privaten Immobilien stimuliert. Sie schlägt vor, Korridore an privaten Immobilien als Einschränkung des Eigentumsrechts wegen Schutz vom öffentlichen Interesse des Linieninfrastrukturbaus zu bestimmen, wofür der Investor bzw. der Eigentümer von Linieninfrastrukturbauten einen Ersatz für die vom Eigentümer geduldete Einschränkung zahlen muss. Den Korridor soll man gesetzlich als eine Sonderrechtsentität bestimmen, welche sich über eine größere Zahl von Grundstücken verschiedener Eigentümer und über verschiedene Rechtsregimes erstreckt, und welche in der Raumplanunsdokumentation bestimmt und in den Leitungskataster eingetragen wird. Die Autorin ist der Meinung, dass mit dem Ziel des Zunehmens der Investition in die Linieninfrastrukturbauten, der Bau von welchen ein öffentliches Interesse darstellt, Folgendes notwendig ist: den Dokumentationsumfang zu reduzieren (verschiedene Zustimmungen für Sonderbedingungen des Bauens; Projekte und Projektdokumentation zu typisieren und die Zahl der Baugenehmigungen zu reduzieren); das Verfahren der Erwirkung der Baudokumentation zu vereinfachen, weil solche Bauten in Korridoren aufgababgegeben werden, weshalb für sie identische Rechtsregeln gelten sollten und weshalb man ein Sonderrechtsregime der Regelung von eigentümersrechtlichen Verhältnissen vorschreiben müsste und die Inhaber von Sonderrechten in Korridoren beziehungsweise in Trassen bestimmen müsste.

Schlüsselwörter: Linieninfrastrukturbauten, Korridor, Wegerecht, öffentliche Immobilien, Leitungskataster.

RIASSUNTO

DISCIPLINA GIURIDICA DELLE INFRASTRUTTURE LINEARI

Nel presente contributo l'autrice ricerca le principali lacune nella normativa vigente in materia di infrastrutture lineari da un punto di vista della pianificazione territoriale, dell'edificazione, dell'utilizzo, della manutenzione e dell'iscrizione nei pubblici registri. Stante l'inesistenza nell'ordinamento croato di una normativa specifica volta a regolamentare in maniera uniforme e sistematica le peculiarità delle infrastrutture lineari, quali ad esempio il fatto che si tratti di costruzioni di interesse pubblico, la loro pianificazione territoriale, l'edificazione, l'utilizzo e la manutenzione, come infine l'iscrizione di tali beni come unità nei pubblici registri, ad oggi v'è ampio spazio per discordanze interpretative, il che ineluttabilmente

conduce ad un'incertezza giuridica che non è certo d'aiuto per gli investimenti nel settore appunto delle infrastrutture lineari. I problemi derivanti dall'attuale quadro normativo delle infrastrutture lineari rappresentano un freno allo sviluppo delle infrastrutture medesime, come pure dell'amministrazione locale e dello Stato. I procedimenti assai complicati e la moltitudine di incombenzi posti in capo all'investitore nel corso del procedimento volto alla pianificazione ed alla costruzione delle infrastrutture influiscono in maniera significativa sulle infrastrutture presenti e future e diminuiscono la possibilità di attingere a fondi comunitari.

L'autrice giunge alla conclusione che si rende necessario offrire una disciplina sistematica alla materia. Pertanto, con una legge specifica occorre accertare quali sono le caratteristiche principali delle infrastrutture lineari quali costruzioni di pubblico interesse, composte di tubature, fili e di altri elementi che contribuiscono alla creazione di un'unità che sotto il profilo funzionale, tecnico e tecnologico sia inseparabile ed unica; tale unità deve essere atta a trasmettere un segnale, a trasportare energia o altro (comunicazioni elettroniche, energia elettrica, acqua, acque di scarico, acqua calda, gas o gasolio). Detta unità solitamente si trova su un corridoio che si estende su diversi fondi che possono essere demaniali, di proprietà della Repubblica di Croazia, delle amministrazioni locali, o di altre persone giuridiche o fisiche. L'autrice suggerisce che la legge sulle infrastrutture lineari regoli il regime giuridico di tali corridoi al fine di incentivare la costruzione, la manutenzione e lo sviluppo delle infrastrutture a condizioni più vantaggiose sui terreni pubblici rispetto a quelli privati. Per quanto riguarda i terreni privati propone di disciplinare i corridoi quali limitazioni al diritto di proprietà ai fini della tutela dell'interesse pubblico identificato nella costruzione delle infrastrutture lineari, prevedendo che all'uopo l'investitore, e cioè il proprietario della infrastruttura lineare, debba versare un'indennità per la limitazione che subisce il proprietario del fondo. Il corridoio va regolato legalmente quale entità giuridica speciale, che va accertata nella documentazione attinente alla pianificazione territoriale e che si iscrive nell'apposito catasto delle reti. L'autrice ritiene che ai fini di un'incentivazione degli investimenti in detto settore si renda necessario: snellire la documentazione (nullaosta, progetti e documentazione attinente e diminuire il numero di concessioni richieste per la costruzione); semplificare il procedimento volto all'ottenimento della documentazione ed uniformare le regole per la costruzione nei corridoi, definendo quali sono i titolari di specifici diritti nel corridoio, ovvero nelle corsie.

***Parole chiave:** infrastrutture lineari, corridoio, diritto di passaggio, terreni pubblici, catasto delle reti.*

O POLOŽAJU NAGODBENOG VIJEĆA U POSTUPCIMA PREDSTEČAJNE NAGODBE IZ PERSPEKTIVE ČLANKA 6. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Dr. sc. Sanja Grbić, viša asistentica
Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Ante Vuković, stečajni upravitelj, Split

UDK: 347.736::341.231.14(4)
Ur.: 29. siječnja 2013.
Pr.: 1. ožujka 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Financijska agencija (FINA) partner je državi u nizu važnih projekata. Tako je sudjelovala 2002. u okviru mirovinske reforme; 2002. u okviru reforma platnog prometa; 2003. u okviru prodaje imovine stečajnog dužnika kao cjeline; 2005. u okviru servisa HITRO.HR; 2006. u okviru Upisnika sudskih i javnobilježničkih osiguranja; 2007. u okviru podrška sustavu e-Spisa; 2010. u okviru sustava Registra zaposlenih u javnom sektoru; 2011. u okviru provođenja postupka ovrhe na novčanim sredstvima te 2012. u okviru provođenja postupka predstečajnih nagodbi. Ipak ono na što će se autori orijentirati su neka pitanja o ulozi FINE u postupku predstečajne nagodbe. Naime, tijela u postupku predstečajne nagodbe su nagodbeno vijeće i povjerenik predstečajne nagodbe. Postupak se vodi u FINI u mjesno nadležnom regionalnom centru gdje se i nalazi nagodbeno vijeće koje vodi postupak. Nagodbeno vijeće sastoji se od dva člana i predsjednika vijeća koji donose odluke u postupku, a koje imenuje ministar financija. Uloga nagodbenog vijeća u postupku predstečajne nagodbe je formalno-pravne naravi budući da ono ne odlučuje hoće li nagodba na kraju biti sklopljena ili ne, niti odlučuje o međusobnim pravima i obvezama stranaka u postupku. Zakonska uloga vijeća je da vodi postupak, da pazi da se postupak odvija u zakonskim okvirima i da usmjerava stranke da dođu do sporazuma kojim će urediti međusobna prava i obveze. Ako dođe do sporazuma nagodba se ne sklapa pred nagodbenim vijećem, već pred mjesno nadležnim trgovačkim sudom prema sjedištu dužnika. Na ovaj je način, barem po riječima predlagača zakona i dijela pravne teorije, izbjegnuta je uloga vijeća kao tijela koje odlučuje o međusobnim pravima i obvezama dužnika i njegovih vjerovnika. Uloga nagodbenog vijeća postaje više uloga arbitra, odnosno miritelja među strankama. Ipak, autori ne mogu zaobići činjenicu da je Republika Hrvatska, kao stranka u postupku predstečajne nagodbe u pravilu najveći vjerovnik, pa se opravdano može postaviti pitanje objektivnosti i nepristranosti osoba koji

su članovi nagodbenog vijeća. Štoviše, članove nagodbenog vijeća imenuje jedna od stranaka u postupku, i to, nerijetko, vjerovnik s najvećim pravima na imovini predstečajnog dužnika. Iznesena teza dobiva na važnosti ako ulogu nagodbenog vijeća, kao subjekta u predstečajnoj nagodbi, analiziramo i kroz prizmu članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Rad se sastoji od dva dijela. Prvi dio analizira neka pitanja pravnog položaja nagodbenog vijeća u postupku predstečajne nagodbe. Drugi dio rada, uvažavajući činjenicu da mnogi pojmovi navedeni u Europskoj konvenciji imaju autonomno značenje, analizira pojam „nezavisnog i nepristranog suda“ koji je naveden u članku 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i objašnjen u praksi Europskog suda za ljudska prava. Cilj je utvrditi može li se pravni položaj nagodbenog vijeća u okviru FINE podvesti pod pojam „suda“ u skladu sa shvaćanjima Europskog suda za ljudska prava, i ako da, ima li potrebne karakteristike nezavisnosti i nepristranosti.

Ključne riječi: predstečajna nagodba, FINA, sud, nepristranost, nezavisnost, čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Analiza strukture poslovanja subjekata ukazuje da je postotak trgovačkih društava u blokadi, pretočeno u brojke, poražavajući.¹ Drugim riječima, stečajni postupci se najčešće pokreću nakon isteka zakonom predviđenog roka. Manji broj stečajnih postupaka pokrenut je u zakonskom roku od nastanka stečajnog razloga. Insolventnost gospodarskih subjekata nerijetko se mjeri godinama. Ovakva struktura zaključenih stečajnih postupaka uvjetovana je činjenicom da se uglavnom radi o poslovnim subjektima kojima je imovina u potpunosti obezvrijeđena do otvaranja stečajnog postupka ili o društvima s ograničenom odgovornošću koja

1 U Republici Hrvatskoj se trenutno vodi 1.639 stečajeva, s tim da im je broj u odnosu na prošlu godinu porastao za 250%, a od ukupnog broja blokiranih tvrtki njih čak 36 tisuća blokirano je duže od 60 dana, što znači da čak 96% njih ne pokreće (izbjegava) stečaj. Još je poraznije što je više od 27.000 tvrtki u blokadi više od 360 dana, a iznos blokade čini 82% ukupnog duga poslovnih subjekata u RH koji je 44 milijarde kuna. Službeni podaci dostupni na mrežnim stranicama FINA-e. Isti su prikazani i pri predstavljanju ZFPPN-a od strane nadležnog ministarstva. Podrobnije ŠVERKO GRDIĆ, Zvonimira, RADOLOVIĆ, Jasminka i BAGARIĆ, Lidija, Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, *Ekonomski pregled*, vol. 60, 2009., no. 5-6, str. 250. *et seq.* i SAJTER, Domagoj, Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj, *Ekonomski vjesnik*, Ekonomski fakultet u Osijeku, br. 1 i 2, 2007., str. 31-42. LESAR, Dragutin, Hrvatski sabor, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista - Stranke rada, *Pregled podataka o stečajnim postupcima u tijeku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, od 6.4.2012., kao i podatke koji su dostupni na mrežnim stranicama Ministarstva pravosuđa: <http://www.mprh.hr/Default.aspx> (12.11.2012.).

nemaju imovinu. U konačnici navedeno rezultira da se rijetko stečajni postupak završi stečajnim planom stečajnog dužnika.² Analizom poredbeno pravnih iskustava uočavamo da se teži reorganizaciji kao jednom od mogućih načina provođenja stečajnog postupka i jedinoj alternativni likvidacijskom stečaju.³ Promiče se stajalište po kojem je takav model determinanta ekonomskog ozdravljenja, a podredno i očuvanja radnih mjesta. Navedeno će zakonodavac pokušati postići Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi.⁴ Cilj je postupkom predstečajne nagodbe i financijskog restrukturiranja potaknuti dužnike, koji su nelikvidni ili insolventni da poduzmu odgovarajuće korake kako bi uspostavili svoju likvidnost i solventnost, odnosno da se, ako je to moguće, restrukturiraju i nastave poslovanje.⁵

- 2 U obrazloženju Konačnog prijedloga ZFPPN se kao prvi razlog za uvođenje predstečajnog postupka navodi činjenica da tehnika provođenja stečaja nije dala pomake i da se u stečaj ide, u pravilu, bez plana restrukturiranja. Stoga je cilj ZFPPN-a predstečajnim postupkom omogućiti dužniku restrukturiranje i nastavak poslovanja. Dostupno na mrežnim stranicama Sabora Republike Hrvatske: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=50031> (11.12.2012.).
- 3 THE WORLD BANK, Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems, 2001., str. 25.; INSOL International, The Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts, str. 15.; UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency law, New York, 2005., str. 12.; Green Paper Entrepreneurship in Europe (presented by the Commission), Brussels, 21.1.2003., COM(2003) 27 final, str. 12. te Council Recommendation of 21 June 2002 on the Broad Economic Policy Guidelines of the Member States and the Community, 2002/549/EC, OJ L182, 11.07.2002. Navedeni trend su u svoja zakonodavstva uključile i susjedne zemlje. Tako slovenski Zakon o financijskom poslovanju, postupcima povodom insolventnosti i prisilnom prestanku (slov. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*), Ur.l. RS, št. 40/09., 59/09., 52/10., 106/10.-ORZFPPIP21, 26/11., 47/11., 87/11.-ZPUOOD, 23/12., 48/2012. Odl.US: U-I-285/10-13., čl. 139.-167., odnosno čl. 168.- 221. U Republici Srpskoj donesen je Zakon o stečajnom postupku, Sl. glasnik Republike Srpske, br. 67/02. 72/02., 38/03., 96/03. i 68 /07. (čl. 148.-200.), a zakon s istovjetnim nazivom donijela je i Federacija Bosne i Hercegovine, Zakon o stečajnom postupku, Sl. novine Federacije BiH, br. 29/03., 32/04. i 42/06. (čl. 142.-194.). U Distriktu Brčko donesen je Zakon kojim se u jednom tekstu regulira materija stečaja, prinudnog poravnanja i likvidacije, Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji, Sl. glasnik Distrikta Brčko, br. 1/02. (čl. 114.-173.). U Srbiji postoji Zakon o stečaju. Sl. glasnik RS, br. 104/09. (čl. 155.-173.). Crnogorski Zakon o insolventnosti privrednih društava (Sl. list RCG, br. 6/02., 01/06. i 02/07.) također uređuje postupak reorganizacija (čl. 61.-79.).
- 4 NN, br. 108/12. i 144/12. - dalje u tekstu: ZFPPN. Od prvenstvenog značaja za ubrzanje i proces restrukturiranja, bilo je i noveliranje niza zakona, primjerice, Zakona o trgovačkim društvima (NN, br. 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. i 111/12.), Zakona o preuzimanju dioničkih društava (NN, br. 109/07., 36/09. i 108/12.), Zakona o kreditnim institucijama (NN, br. 117/08., 74/09., 153/09. i 108/12.), Ovršnog zakona (NN, br. 112/12.), Zakona o upravljanju državnom imovinom (NN, br. 145/10. i 70/12.), Zakona o sudovima (NN, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 116/10., 122/10., 27/11., 57/11. i 130/11.) te Zakona o parničnom postupku (NN, 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.).
- 5 U pravnoj teoriji se pored pojma reorganizacija koriste i drugi pojmovi istog ili vrlo sličnog značenja: restrukturiranje, preustroj, rehabilitacija i reorganizacija. U Stečajnom zakonu iz 1996. upotrebljavao se naziv „preustroj“ i određivao je kao skup mjera koje se poduzimaju prema stečajnom dužniku kako bi on nastavio s poslovanjem svog poduzeća i mogao stjecati

2. TIJELA POSTUPKA PREDSTEČAJNE NAGODBE

U postupku predstečajne nagodbe FINA, kao tijelo javne vlasti,⁶ ima značajnu ulogu.⁷ Naime, ZFPPN Financijsku agenciju određuje kao ovlaštenu osobu koja provodi postupak predstečajne nagodbe⁸ te kao podršku u razrješavanju dužničko-vjerovničkih odnosa⁹ u postupcima rehabilitacije dužnika i povoljnijih

prihod. Novelom Zakona iz 1999. naziv „preustroj“ zamijenjen je širim pojmom „stečajni plan“. Vidi BARBIĆ, Jakša, Preustroj dužnika u stečaju, u knjizi: Reforma ovršnoga i stečajnoga prava, Organizator, Zagreb, 1999., str. 232.

6 Popis tijela javne vlasti (NN, br. 19/10.).

7 ZFPPN je u značajnoj mjeri usvojio velik broj pravila iz stečajnog zakonodavstva. Jedno od njih, a na kojem je zapravo izgrađen cijeli koncept predstečajne nagodbe, je hitnost postupanja. Postupak je *hitan* (kao i stečajni postupak) i mora se dovršiti pred nagodbenim vijećem najkasnije u roku od 120 dana od dana njegova otvaranja. Dakle, upravni postupak traje najdulje 120 dana, a produljuje se za vrijeme trajanja sklapanja predstečajne nagodbe pred trgovačkim sudom kada sud rješenjem odobrava sklapanje predstečajne nagodbe na koju se *ne* može izjaviti žalba sukladno Zakonu o parničnom postupku u postupku pred trgovačkim sudovima. U pitanju je vrlo ambiciozan i optimističan rok zakonodavca u kojem dužnik i vjerovnici u biti nagodbom, kao i pri usvajanju stečajnog plana u stečajnom postupku mijenjaju svoj pravni položaj (usp. s čl. 217. SZ). Daljnja sličnost sa stečajnim postupkom pravila su koja propisuju da se prijedlozi, izjave i prigovori u postupku predstečajne nagodbe ne mogu davati, odnosno podnositi ako se propusti rok, odnosno izostane s ročišta na kojem ih je trebalo dati ili podnijeti (v. čl. 7., st. 6. SZ). FINA je, kako smo već istaknuli dužna u roku od 8 dana, bez obveze plaćanja pristojbi i troškova vezanih uz pokretanje stečajnog postupka, podnijeti prijedlog za pokretanje stečajnog postupka po službenoj dužnosti (*ex offio*) kada je postupak predstečajne nagodbe obustavljen. Čl. 39. SZ-a određuje da se stečajni postupak pokreće prijedlogom vjerovnika ili dužnika, ako zakonom nije drugačije određeno. ZFPPN je poseban zakon koji daje ovlaštenje FINA da može biti predlagatelj ako postoje stečajni razlozi iz čl. 4. SZ-a (nesposobnost za plaćanje i prezaduženost). Je li ovo zgodna prilika da dužnik bude, bez plaćanja troškova koji redovito prate pokretanje stečajnog postupka (minimalno 10.000,00 kuna), elegantno likvidiran?

8 Financijska agencija (FINA) je, po pravnom obliku druga pravna osoba za koju je upis propisan posebnim zakonom, a jedini osnivač je Republika Hrvatska. Poseban zakon po kojem je osnovana je Zakon o financijskoj agenciji (NN, br. 117/01., 60/04., 42/05., 98/05. i 106/12.), a osnovna djelatnost je financijsko posredovanje putem tržišnih aktivnosti (informatičko-tehnološke podrške državnim tijelima, statistike financijskih tokova i sl.). Operativni se poslovi obavljaju kroz sustav koji se sastoji od četiri regionalna centra (Zagreb, Split, Rijeka i Osijek), podružnica, poslovnica i ispostava koje su povezane suvremenom informatičkom tehnologijom i locirane tako da osiguraju klijentima lagan i brz pristup iz svakog dijela Hrvatske. Zanimljivo je da se u određenim okolnostima nad Financijskom agencijom može provesti stečajni postupak (čl. 19. Zakona o financijskoj agenciji), ali se ne može provesti postupak predstečajne nagodbe sukladno čl. 25.m, st. 2. ZFPPN-a, temeljem čl. 9. Zakona o kreditnim institucijama, NN, br. 117/08., 74/09., 153/09. i 108/12. U slučaju stečaja za obveze FINA solidarno ne odgovara RH kao osnivač prema čl. 3., st. 4. Stečajnog zakona (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12. - dalje u tekstu: SZ). Dakle, FINA kao stečajni dužnik za obveze odgovara samo i isključivo svojom imovinom i stečajni vjerovnici će se moći namiriti samo iz zatečene i naknadno stečene imovine (čl. 67. SZ).

9 Postupak predstečajne nagodbe sastoji se od 2 stadija: 1.) upravnog kojim se vodi sam postupak te 2.) sudskog s kojim se stvaraju pravni učinci predstečajne nagodbe, upisi i

uvjeta namirenja vjerovnika od uvjeta koje bi vjerovnik ostvario da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak¹⁰ (v. odjeljak 2. *Opće odredbe o postupku*

troškovi (čl. 81.-86.). S druge strane, stečajni postupak je posebna vrsta izvanparničnog postupka s osobitostima koje ga razlikuju od parničnog postupka, ali i od izvanparničnih postupaka u užem smislu (ERAKOVIĆ, Andrija, *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, RRIF, Zagreb, 1997., str. 3.). Drugim riječima, nagodbeno vijeće vodi postupak predstečajne nagodbe prema pravilima ZFPPN-a uz podrednu primjenu Zakona o općem upravnom postupku, dok stečajni sudac vodi stečajni postupak prema SZ-u uz pomoćnu (supsidijarnu) primjenu ZPP-a. Daljnja razlika odnosi se na aktivnu legitimaciju za predlaganje postupka predstečajne nagodbe. Prihvaćeno je pravilo da se postupak predstečajne nagodbe pokreće isključivo na prijedlog dužnika koji je dužan podnijeti prijedlog ako se ispune sljedeći uvjeti: 1) ako dužnik u roku od 60 dana poduzetim mjerama financijskog restrukturiranja izvan postupka predstečajne nagodbe ne može uspostaviti stanje likvidnosti te 2) najkasnije 21 dan od nastanka insolventnosti što znači da će prijedlog upućen od strane vjerovnika dužniku nagodbeno vijeće odbaciti, iako se ne bi moglo tvrditi da vjerovnik nema pravni interes da se njegova stvar riješi u predstečajnoj nagodbi umjesto u likvidacijskom stečajnom postupku koji obvezno slijedi nakon neuspješne reorganizacije (v. čl. 39. SZ). Pitanje je kako će se miješanje upravnog sa sudskim postupkom odraziti na pretendirane ciljeve predstečajne nagodbe? Jesu li se željeni učinci ozdravljenja dužnika i boljeg namirenja vjerovnika mogli postići samo u upravnom postupku kao bitno jednostavnijem i bržem načinu rješavanja problematike dužničko-vjerovničkih odnosa? Jedini pravni lijek u postupku predstečajne nagodbe je žalba. Protiv rješenja nagodbenog vijeća može se izjaviti žalba u roku od 8 dana, osim ako ZFPPN-om nije drugačije određeno. Ako je ovim Zakonom određeno da se rješenje mora dostaviti određenim osobama, rok za podnošenje žalbe teče od dana dostave rješenja, a za ostala rješenja osmi dan od dana objave na web stranicama FINA-e. Žalba se podnosi prvostupanjskom tijelu koje je donijelo rješenje, a o žalbi odlučuje Ministarstvo financija, Samostalni sektor za drugostupanjski upravni postupak. Prvostupanjsko tijelo dužno je žalbu dostaviti drugostupanjskom tijelu u roku od tri dana od njezinog primitka, a drugostupanjsko tijelo dužno je odlučiti o žalbi u roku od 8 dana od primitka žalbe. Žalba protiv rješenja ne odgoda izvršenje rješenja, a protiv zaključka nije dopuštena žalba. U postupku predstečajne nagodbe ne može se tražiti povrat u prijašnje stanje niti podnositi prijedlog za obnovu postupka.

- 10) Pravilo je da do okončanja postupka predstečajne nagodbe nije dopušteno pokrenuti stečajni postupak (čl. 39., st. 3. ZFPPN). To znači da će stečajni sud rješenjem odbaciti svaki prijedlog vjerovnika koji predlaže pokretanje stečajnog postupka, a pred FINA-om je, na inicijativu dužnika već pokrenut postupak predstečajne nagodbe. Međutim, potencijalno je vrlo sporna odredba prema kojoj prijedlog za otvaranje postupka predstečajne nagodbe nije dopušten ako je nad dužnikom pokrenut stečajni postupak (čl. 39., st. 4. ZFPPN). Prema njoj, dužnik ne može pokrenuti postupak predstečajne nagodbe ako je vjerovnik već prije njega podnio nadležnom sudu prijedlog za stečaj. Pitanje je kako će dužnik saznati da na sudu postoji prijedlog vjerovnika budući da će relevantnu obavijest o tomu dobiti tek u pozivu suda da se očituje o prijedlogu vjerovnika, a koja će, zbog opterećenosti sudova u pravilu doći nekoliko mjeseci kasnije od trenutka podnošenja prijedloga. Nadalje, kako će se ponašati sam sud ako je, s jedne strane dužnik podnio prijedlog za predstečajnu nagodbu sukladno ZFPPN-u, dok je s druge strane vjerovnik prije stupanja na snagu ZFPPN-a podnio prijedlog za otvaranje stečajnog postupka i ustraje nadalje u svom prijedlogu bez obzira na aktivnost dužnika oko predstečajne nagodbe (čl. 39. SZ). U ovakvoj pravnoj situaciji sud ne može obustaviti postupak jer vjerovnik nije povukao svoj prijedlog, a niti može odbaciti prijedlog vjerovnika, jer je on aktivno legitimiran za podnošenje prijedloga za pokretanje stečajnog postupka. Čini se da je najelegantnije rješenje prekid sudskog postupka do donošenja odluke nagodbenog vijeća o prijavi dužnika, iako sud ne bi pogriješio ako bi otvorio stečajni postupak ako postoji

pred Financijskom agencijom i dr.).¹¹ Postupke predstečajne nagodbe provodi nagodbeno vijeće u sastavu od tri člana (čl. 33., st. 1. ZFPPN).¹² Predsjednika¹³ i članove vijeća¹⁴ imenuje ministar financija (čl. 33., st. 2. ZFPPN), pri čemu se ne traži da imaju položen stručni ispit. Dakle, kako nisu propisani uvjeti za obavljanje funkcije članova vijeća, odnosno postavljenja članova vijeća ovisi isključivo o diskrecijskoj ocjeni ministra financija, nema zapreke da navedene funkcije obavljaju i vježbenici u navedenim tijelima.¹⁵ O žalbi na rješenje nagodbenog vijeća u drugom

i koji od stečajnih razloga. Ovu spornu situaciju do kraja ne rješava nego dodatno komplicira čl. 89. ZFPPN-a prema kojem dužnik može prije otvaranja stečajnog postupka vjerovnicima predložiti sklapanje predstečajne nagodbe ako je protiv dužnika prije stupanja na snagu ovoga Zakona pokrenut (ali i ne otvoren) stečajni postupak. Drugim riječima, ako je nad dužnikom otvoren stečajni postupak ne dolaze u obzir nikakve predstečajne nagodbe te slijedi stečajni postupak.

- 11 Ovaj Zakon izrijekom obvezuje FINA-u, *inter alia* na podnošenje prijedloga za otvaranje stečajnog postupka nadležnom trgovačkom sudu ako je postupak predstečajne nagodbe obustavljen te kada je prijedlog dužnika za otvaranje postupka predstečajne nagodbe odbačen, osim ako je odbačen jer je nad dužnikom već otvoren stečajni postupak ili je prijedlog podnijela neovlaštena osoba (čl. 27., st. 4. i 5. ZFPPN).
- 12 Stvarna nadležnost FINA-e, kao i trgovačkog suda, određena je čl. 26. ZFPPN-a. Pravilo je da se postupak predstečajne nagodbe i skraćeni postupak predstečajne nagodbe provode u regionalnim centrima čija se mjesna nadležnost utvrđuje prema sjedištu dužnika (st. 1. i 2.), no, manje je prihvatljivo pravilo prema kojem je u postupcima predstečajne nagodbe, u kojima ukupan iznos obveza naveden u financijskom izvješću o stanju i poslovanju dužnika prelazi iznos od 10.000.000,00 kuna, isključivo nadležno nagodbeno vijeće regionalnog centra u Zagrebu. Je li to znači da su nagodbena vijeća u drugim regionalnim centrima (Split, Rijeka i Osijek) manje kvalificirana? Štoviše, u praksi se može dogoditi da upravo zbog koncentracije predmeta regionalni centar u Zagrebu bude relativno opterećen, dok drugi regionalni centri budu značajno manje. Sama predstečajna nagodba sklapa se pred trgovačkim sudom, mjesno nadležnim prema sjedištu dužnika. To znači da će nakon upravnog postupka, kao druga ključna komponenta u odlučivanju biti trgovački sud pred kojim se sklapa predstečajnu nagodbu sa svim svojim pravnim učincima (st. 4.). Potencijalni problem može nastati kada dužnik i vjerovnik nagodbu ugovaraju u Zagrebu (jer ukupan iznos obveza iznosi više od 10 milijuna kuna), dok samu nagodbu moraju sklopiti pred stvarno nadležnim trgovačkim sudom koji nije Trgovački sud u Zagrebu. Stoga se ovakvo zakonsko rješenje čini nepraktičnim pa bi trebalo odrediti da se postupak predstečajne nagodbe kao i sklapanje same nagodbe određuje jedinstveno prema sjedištu dužnika.
- 13 Predsjednik nagodbenog vijeća, izvan ispitnog postupka, brine se sam ili davanjem povjereniku predstečajne nagodbe odgovarajućih uputa o ispitivanju stanja sredstava i poslovanja dužnika, o pregledavanju popisa vjerovnika, popisa dužnika, prijavljenih tražbina i postupanju dužnika u skladu s ograničenjima u poslovanju (čl. 17. ZFPPN). Također, obavlja i druge poslove u vezi s pripremom ispitnog postupka, odnosno odluka nagodbenog vijeća (čl. 33., st. 3. ZFPPN).
- 14 Sva tri člana nagodbenog vijeća moraju biti hrvatski državljani sa završenim preddiplomskim i diplomskim sveučilišnim studijom ili integriranim preddiplomskim i diplomskim sveučilišnim studijom ili specijalističkim diplomskim stručnim studijem – pravne i ekonomske struke, dok predsjednik vijeća mora biti magistar prava (čl. 33., st. 2. ZFPPN).
- 15 Tako imenovano nagodbeno vijeće ima ovlast, između ostalog, staviti potvrdu ovršnosti na rješenje o troškovima i dostaviti ga FINI na izvršenje sukladno odredbama Zakona o provedbi ovrhe na novčanim sredstvima (čl. 8., st. 4. Pravilnika o troškovima postupka predstečajne nagodbe, NN, br. 5/13.). Takve bi se ovlasti moglo pravdati načelom ekonomičnosti,

stupnju ponovno odlučuje Ministarstvo financija RH putem Samostalnog sektora za drugostupanjski upravni postupak. U trećem stupnju odluku donosi jedan od upravnih sudova RH temeljem upravne tužbe (čl. 120. Zakona o općem upravnom postupku),¹⁶ a na odluke upravnog suda može se izjaviti žalba Visokom upravnom sudu RH.¹⁷

Drugo tijelo postupka predstečajne nagodbe je povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 34.-38.). Njega imenuje nagodbeno vijeće s liste stečajnih upravitelja (čl. 37., st. 3. ZFPPN), a uvjeti za njegovo imenovanje su jednaki kao i za stečajnog upravitelja (čl. 37., st. 2. ZFPPN). ZFPPN nije odredio da povjerenik zaprima prijave tražbina i on nema ovlasti izjašnjavati se o pristiglim tražbinama, što objektivno smatramo velikim nedostatkom ovoga Zakona.¹⁸

Prvenstveni predmet interesa autora nije bio propitati koliko su, ovako koncipirana, rješenja praktično pogodna za ostvarenje cilja funkcionalizacije stečajno pravne zaštite, već hoće li osigurati pravo na postupak odgovarajuće kvalitete, a da automatski ne ugroze druge konstitutivne elemente prava na pravičan

međutim, ne zadire li se time u sudsku nadležnost i ne dovodi li se na taj način u pitanje pravo na pravično suđenje? (v. *infra*).

16 NN, br. 47/09. - dalje u tekstu: ZOUP.

17 Ovo je izuzetno važno pitanje s obzirom na činjenicu da se o prijavama tražbina izjašnjava samo dužnik koji, šire gledajući, može osporiti svaku tražbinu koja nije utemeljena na ovršnoj ispravi. Stoga se i predstečajna nagodba može sklopiti bez njegovog sudjelovanja (nije sudjelovao u glasovanju), a on je isticao protivljenje toj nagodbi. Kao logičan zaključak nameće se da sudac trgovačkog suda neće u konačnici potvrditi niti jednu predstečajnu nagodbu u kojoj nisu rezervirana sredstva za vjerovnika čija je prijavljena tražbina osporena, a pokrenuo je postupke zaštite svojih prava u upravnom ili sudskom postupku. U stečajnom postupku stvar je drugačije koncipirana jer se vodi računa o interesu svakog sudionika postupka. Naime, prema čl. 178. SZ-a, osoba koja je upućena na parnicu dužna je u roku od 8 dana od primitka rješenja o upućivanju na parnicu, pokrenuti parnicu (tužbu radi utvrđenja osporene tražbine). Odugovlačenje postupka riješeno je odredbom da je žalba protiv rješenja o upućivanju na parnicu bez utjecaja na rok (nesuspeznost žalbe). Osoba koja uspije u parnici može tražiti ispravak tablice ispitanih tražbina. Pravomoćna odluka kojom se utvrđuje tražbina i ispladni red djeluje prema stečajnom dužniku i svim stečajnim vjerovnicima *erga omnes* (čl. 181. SZ). To je u skladu i s čl. 8. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 35/05., 41/08. i 125/11.) u pogledu zabrane prouzročenja štete drugome.

18 Zanimljivo je da ZFPPN ne pravi razliku između pojmovna ispitivanje tražbina i izjašnjenje o tražbinama. Naime, SZ izriječno navodi da je stečajni upravitelj dužan određeno se izjasniti priznaje li ili osporava svaku prijavljenu tražbinu (čl. 175., st. 2.). S druge strane, ZFPPN određuje da je povjerenik dužan ispitati vjerodostojnost dostavljene dokumentacije u pogledu poslovanja i imovine dužnika (čl. 35., t. 1.), pregledati prijavljene tražbine (čl. 35., t. 2.), te nakon izlaganja dužnika o prijedlogu izjašnjava se povjerenik predstečajne nagodbe (čl. 60., st. 9.). S treće strane, Pravilnik o troškovima postupka predstečajne nagodbe određuje “... a nakon što je povjerenik pristupio ispitivanju prijavljenih tražbina” (čl. 5.). Zaključno o prijavama tražbina vjerovnika povjerenik predstečajne nagodbe se ne izjašnjava (arg. čl. 35., st. 2. i čl. 60., st. 3. i 4.), nego ih samo pregledava u pogledu poslovanja i imovine ne ulazeći u njihov sadržaj (ističući primjerice, prigovor zastare potraživanja). Ovako problematičnoj regulaciji doprinosi i činjenica da je u stečajnom postupku dopuštena parnica radi utvrđenja osporenih tražbina, dok u postupku predstečajne nagodbe nema parnica pa je u najmanju ruku nedorečeno što se dalje događa s osporenim tražbinama.

postupak. Dakle, ne ulazeći detaljnije u pitanja koja su se otvorila oko donošenja ZFPPN-a i provedbe postupka predstečajne nagodbe,¹⁹ orijentirat ćemo se na ulogu nagodbenog vijeća u postupku predstečajne nagodbe, prvenstveno jer imenovanje nagodbenog vijeća od strane ministra, kao predstavnika izvršne vlasti, smatramo spornim (čl. 33. ZFPPN). Tu se pojavljuje problem čije će razmatranje biti predmet ovoga rada – predstavljaju li te odredbe kršenje ustavnog jamstva o pravu na nezavisan i nepristran sud (čl. 29., st. 1. Ustava RH²⁰ i članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda).²¹ Naime, članovi nagodbenog vijeća zaposlenici su Ministarstva financija RH i FINE, odnosno državni službenici zbog čega bi im se mogla pripisati neobjektivnost, odnosno pristranost u vođenju postupka predstečajne nagodbe budući da je Republika Hrvatska redovito na strani vjerovnika kao jedna od stranaka u postupku. Kako je nagodbeno vijeće tijelo koje odlučuje u okviru svojih nadležnosti propisanih zakonom i u okviru propisanog postupka, potpada pod pojam „suda“ u skladu s čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Štoviše, praksa pokazuje da tijelo ne mora biti dio uobičajenog sudskog aparata, čak može biti i savjetodavnog karaktera, ali mora posjedovati određene karakteristike.

3. POJAM „SUDA“ U PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Europska konvencija u čl. 6.²² jamči pravo na pošteno suđenje kojim se između ostalog daje svakome pravo na zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud. U predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*²³ Europski sud je naveo:

19 Detaljnije BRKANIĆ, Vlado, Nerealna očekivanja od Zakona koji bi trebao otkloniti financijski nered, Povodom Prijedloga Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 9, 2012., str. 19-23.; PAVIČIĆ, Damir, Rokovi ispunjenja novčanih obveza prema odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., str. 9-23.; ŠIMUNEC, Nenad, Provedba revizije u postupku predstečajne nagodbe, RRIF, br. 11, 2012., str. 39-42.; GUZIĆ, Šime, Financijski učinci Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., str. 23-39.; BRKANIĆ, Vlado, Neki aspekti provedbe Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., str. 2-9.; ČUVELJAK, Jelena, O predstečajnoj nagodbi prema Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 10, str. 21. *et seq.* i ĐURINOVAC, Vinka, Provedba predstečajne nagodbe, RRIF, br. 11, 2012., str. 23. *et seq.* i Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12.), CRNIĆ, Ivica (ur.), Organizator, Zagreb, 2012.

20 NN, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10. i 85/10.

21 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.) - dalje u tekstu: Europska konvencija ili Konvencija.

22 Čl. 6., st. 1.:

„Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni nezavisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. (...)”

23 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43.

*"U skladu s praksom Europskog suda, korištenje izraza "sud/tribunal" može se jamčiti samo za tijelo koje zadovoljava sljedeće zahtjeve - nezavisnost od izvršne vlasti i od stranaka u postupku, trajnost dužnosti te postupovna jamstva - od kojih se nekoliko nalazi i u tekstu čl. 6., st. 1."*²⁴

Takvo stajalište Europskog suda rezultiralo je definicijom pojma sud u predmetu *Belilos protiv Švicarske*:²⁵

"... pojam "sud" određen je njegovom sudskom funkcijom što znači da on odlučuje o predmetu u okviru svoje nadležnosti, na temelju vladavine prava, a nakon provedenog postupka koji mora biti reguliran odgovarajućim propisima ... Pojam suda mora ispunjavati i sljedeće zahtjeve – nezavisnost, posebice od egzekutive; nepristranost; određeno vremensko trajanje mandata njegovih zaposlenika; postojanje postupovnih jamstava - od kojih se nekoliko nalazi i u tekstu čl. 6., st. 1."

Kada govorimo o samom radu suda potrebno je naglasiti da je bitno obilježje suda njegova nadležnost u donošenju pravno obvezujućih odluka. Sama mogućnost davanja preporuka i savjeta (koje iz toga proizlaze) nije dovoljna za njegovo uspješno djelovanje. Prema svom sastavu sud može biti sastavljen većinom ili u cijelosti od osoba koje nisu profesionalni suci. Javni službenici i pripadnici oružanih snaga mogu biti članovi upravnih i disciplinskih sudova.²⁶

Čl. 6. određuje kako mora postojati *"zakonom ustanovljeni"* sud što znači da organizacija sudstva mora biti regulirana zakonom. Dijelovi sudske organizacije, npr. posebna sudska tijela, mogu biti zakonski prepuštena izvršnoj vlasti putem delegiranja nadležnosti, pod uvjetom da se propišu odgovarajuća jamstva kako bi se spriječila proizvoljnost. Niti jedno pravo o kojemu se vodi postupak na redovnom sudu ne može se isključiti iz ove odredbe, pa i ako postoji pravna osnova za posebni sud.²⁷ U predmetu *Zand protiv Austrije*²⁸ bivša Europska komisija ustanovila je:

"Cilj i svrha odredbe u čl. 6., st. 1., kojom se zahtijeva da sudovi budu "ustanovljeni zakonom," je da organizacija sudstva u demokratskom društvu ne smije ovisiti o diskreciji izvršne vlasti nego mora biti regulirana zakonom koji dolazi iz parlamenta. Međutim, to ne znači da su delegirani propisi kao takvi neprihvatljivi u pitanjima koja se odnose na sudsku organizaciju. Čl. 6., st. 1. ne zahtijeva od zakonodavca reguliranje svakog detalja u ovom području putem zakona ukoliko zakonodavac postavi barem organizacijski okvir sudske djelatnosti."

Iz toga proizlazi kako svaki detalj vezan uz sudsku organizaciju ne mora biti uređen zakonom s tim da temeljne odredbe koje se odnose na ustrojstvo i nadležnost sudova moraju biti propisane zakonom. Pojedina pitanja mogu se delegacijom prenijeti na izvršnu vlast, s tim da ona moraju biti podložna sudskoj kontroli kako

24 MARIČIĆ, Domagoj, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Informator, br. 5423-5424, 2006., str. 21.

25 *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. travnja 1988., Serija A, br. 132.

26 HARRIS, David John, *et al.*, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2009., str. 285-286.

27 *Ibid.*, str. 70.

28 *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

bi se izbjegla protupravna ili samovoljna djelovanja. Pojam "ustanovljen zakonom" znači ujedno i ustanovljen u skladu sa zakonom pa do povrede toga zahtjeva dolazi i ako sud ne djeluje u skladu s točno određenim zakonom kojim se propisuje njegovo djelovanje.²⁹

Zaključno možemo reći da pravo na pristup pravosuđu pretpostavlja da pravosudno tijelo kojemu je pristup osiguran ima u državi kojoj pripada svojstvo suda u smislu čl. 6., st. 1. To znači da je takvo tijelo nezavisan i nepristran sud ustanovljen zakonom. Nije dakle odlučno naziva li se to tijelo sud ili drukčije. U praksi tumačenja Europske konvencije, naglasak je stavljen na konkretna svojstva, a ne na apstraktni status takvog tijela. Izraz *tribunal*, preveden u Hrvatskoj kao sud, nužno ne implicira potrebu da osobe i tijela koje vode postupak formalno pripadaju državnoj sudbenoj vlasti ("sud" u formalnom smislu), ali se traži da u konkretnom slučaju ima svojstva nezavisnosti i nepristranosti te da njegovo ustrojstvo i rad budu propisani unaprijed određenim pravilima ("sud" u materijalnom smislu).³⁰ Europski je sud primjerice zauzeo gledište da se mogu smatrati nezavisnim i nepristranim sudom određena vojna ili zatvorska disciplinska tijela, profesionalni arbitražni sudovi, tijela nadležna za odobravanje ugovora o prodaji nekretnina, arbitražni sudovi nadležni za odlučivanje o naknadi u slučaju nacionalizacije itd.³¹

3.1. Nezavisnost suda

Zahtjevi nezavisnosti i nepristranosti međusobno su povezani do te mjere da Europski sud često zajednički odlučuje o oba postavljena zahtjeva. Možemo reći da ne postoji jasna granica između zahtjeva nezavisnosti i nepristranosti. Zbog toga su predmeti u kojima je Europski sud raspravljao o nezavisnosti sudova u velikoj većini doveli i do rasprave o njegovoj nepristranosti i obrnuto.

Većina prakse Europskog suda o zahtjevu nezavisnosti stvorena je u odlukama u kojima se raspravljalo o nezavisnosti upravnih i disciplinskih tijela. Također, nezavisnost je ispitivana i u predmetima u kojima su uobičajene sudske dužnosti povjeravane vojnim časnicima i tijelima koja mogu biti ovisna ili su usko vezana uz izvršnu vlast.³²

Uobičajeno je da se sudovi smatraju nezavisnim tijelima te se njihova nezavisnost rijetko ispituje. Nezavisnost se najčešće dovodi u pitanje kada se radi o odlučivanju nesudskih tijela. Takva tijela, također mogu odlučivati o građanskim

29 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 286.

30 UZELAC, Alan, Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6., st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, u: Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, ur. RADAČIĆ, Ivana, Centar za mirovne studije, Zagreb, 2010., str. 95.

31 V. npr. *Sramek protiv Austrije*, presuda, 26. siječnja 1984., Serija A, br. 84., *Ettl protiv Austrije*, presuda, 23. travnja 1987., Serija A, br. 117 i *Lithgow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. srpnja 1986., Serija A, br. 102.

32 JANIS, Weston, Mark, *et al.*, *European Human Rights law, Text and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2008., str. 783.

pravima i obvezama ili o kaznenoj optužnici iz čl. 6. U predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*³³ Europski sud je naveo što uzima u obzir pri razmatranju zahtjeva nezavisnosti: "Pri odlučivanju je li tijelo nezavisno - konkretno od izvršne vlasti i stranaka u postupku - Europski sud ispituje način na koji se izabiru suci, trajanje njihovog mandata, postojanje zaštite od vanjskih pritisaka te doima li se takvo tijelo nezavisnim."³⁴

Stoga možemo reći kako Europski sud pri razmatranju je li sud nezavisan uzima u obzir: sastav suda i imenovanje sudaca, trajanje njihovog mandata, postojanje zaštite od vanjskih pritisaka i vanjski dojam nezavisnosti tijela koje odlučuje.³⁵

3.1.1. Sastav suda i imenovanje sudaca

Čl. 6., st. 1. ne navodi kakav točno sastav suda mora biti. On se može sastojati od sudaca, sudaca i porotnika, a postoje i druge kombinacije.³⁶

Općenito možemo reći, kao što je Europski sud i utvrdio u predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*³⁷ da prisutnost sudaca ili pravno obrazovanih članova u sudskom tijelu najčešće predstavlja ispunjenje zahtjeva nezavisnosti. Nadalje, Europski sud je u predmetu *Langborger protiv Švedske*³⁸ utvrdio povredu čl. 6. Europske konvencije te naveo: "Kada su pojedinci kvalificirani za rješavanje pojedinog pitanja, i kada nema subjektivnih razloga za sumnju u njihov osobni integritet, važno je sačuvati izgled objektivne nezavisnosti i nepristranosti."

Taj kriterij poglavito zahtijeva da oni koji odlučuju o pojedinom pitanju ne smiju biti u vezi s bilo kojom od stranaka u postupku. Primjerice, u predmetu *Pescador Valero protiv Španjolske*³⁹ sudac je bio zaposlen i kod stranke u postupku, a u *Sigurdsson protiv Islanda*⁴⁰ suprug sutkinje bio je dužnik jedne od stranaka što je bio dostatan razlog Europskom sudu za utvrđivanje povrede čl. 6.⁴¹

Nadalje, činjenica da djelatnike suda ili sudskih tijela izabire izvršna vlast sama po sebi ne predstavlja povredu Europske konvencije, ona je dopuštena i uobičajena.⁴²

33 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

34 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 287.

35 PETTITI, Louis-Edmond, DECAUX, Emanuel, IMBERT, Pierre-Henri *La Convention européenne des droits de l'homme*, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1999., str. 260.

36 GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1996., str. 169-170.

37 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43.

38 *Langborger protiv Švedske*, presuda, 22. lipnja 1989., Serija A, br. 155.

39 *Pescador Valero protiv Španjolske*, presuda, 17. lipnja 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-VII.

40 *Sigurdsson protiv Islanda*, presuda, 10. ožujka 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-IV.

41 GOMIEN, Donna, *Europska konvencija o ljudskim pravima*, Naklada, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 92.

42 V. primjerice, *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80., *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. ožujka 1988., Serija A, br. 132.

U predmetu *Zand protiv Austrije*⁴³ Europski sud zaključio je da je za povredu nezavisnosti sudaca iz čl. 6., zbog načina na koji se oni izabiru, potrebno dokazati da je: "način na koji je sudac izabran nezadovoljavajući u cijelosti ili da je sastav suda takav da bi mogao utjecati na donošenje odluke u konkretnom predmetu."⁴⁴

3.1.2. Trajanje mandata sudaca

Ako su suci ili osobe koje odlučuju u drugim sudskim tijelima izabrane na vremenski određeni mandat, takav postupak predstavlja jamstvo nezavisnosti. U predmetu *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*⁴⁵ između ostalog Europski sud odlučio je da mandat članova Žalbenog vijeća u trajanju od šest godina predstavlja jamstvo nezavisnosti. U *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴⁶ zatvorski odbor za posjetitelje birao se na tri godine. Iako je to relativno kratko vrijeme, Europski sud je uzeo u obzir činjenicu da je to neplaćeni posao te da je teško doći do volontera koji bi ga obavljali pa zbog toga nije došlo do povrede čl. 6.⁴⁷

3.1.3. Postojanje zaštite od vanjskih pritisaka

Odredba čl. 6., st. 1. o nezavisnosti i nepristranosti temelji se na načelu diobe vlasti, ali niti Europska konvencija niti Europski sud ne navode sredstva za ostvarenje tog zahtjeva. Međutim, očito je iz sudske prakse da se ni zakonodavna ni izvršna vlast ne smiju miješati u djelovanje sudova. U predmetu *Beaumartin protiv Francuske*⁴⁸ postavljeno je pitanje podjele vlasti kada je *Conseil d'Etat* zatražio od ministra vanjskih poslova tumačenje ugovora i na temelju njega odbio tužbu. Europski sud je tu zaključio da je došlo do povrede podnositeljevog prava na pošteno suđenje jer to predstavlja povredu nezavisnosti: "Samo tijelo koje ima punu jurisdikciju i zadovoljava mnogobrojne zahtjeve, između kojih je i zahtjev nezavisnosti od izvršne vlasti, a i nezavisnost od stranaka u postupku, može se nazvati "sudom" u smislu čl. 6."

3.1.4. Vanjski dojam nezavisnosti tijela koje odlučuje

Pitanje doima li se tijelo koje odlučuje o predmetu nezavisnim odnosi se na tzv. objektivni kriterij koji je Europski sud postavio u predmetu *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁴⁹ Zahtjevi koji proizlaze iz takvog kriterija uglavnom su institucionalne naravi i traže odvojenost vlasti u okviru ustavnog uređenja države. Odvojenost sudske od izvršne vlasti nužno je za osiguranje njezine nezavisnosti, a uz

43 *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

44 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 287.

45 *Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43.

46 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

47 NUALA, Mole, HARBY, Catharina, *op. cit.*, str. 31.

48 *Beaumartin protiv Francuske*, presuda, 24. studeni 1994. Serija A, br. 296-B.

49 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984., Serija A, br. 80.

to je potrebna i nezavisnost samih tijela koja provode sudsku vlast. Tu ključnu ulogu ima pozicija suca: ako vlada ili druga tijela vlasti mogu bilo kada smijeniti suce, njihova institucionalna nezavisnost bit će povrijeđena. Nadalje, u suprotnosti s čl. 6. je i situacija u kojoj su suci ili sudovi pod utjecajem ili nadzorom nesudskih tijela. Takva situacija odnosi se na nadzor nad plaćama sudaca, na mogućnost izdavanja uputa sudovima od strane drugih vlasti, ili prijetnje sucima da će ih se premjestiti na druga radna mjesta, ako njihove odluke ne budu sukladne s očekivanjima ili navedenim uputama.⁵⁰ Međutim, ako se tijelo koje odlučuje o građanskim pravima i obvezama⁵¹ ne može smatrati nezavisnim zbog povrede vanjskog dojma nezavisnosti onda ipak neće doći do povrede čl. 6., st. 1., ako njegove odluke preispituje sudsko tijelo koje ima punu jurisdikciju i potpada pod pojam suda prema sudskoj praksi Europskog suda.⁵²

U predmetu *Sramek protiv Austrije*⁵³ došlo je do povrede čl. 6. jer je član tribunala bio javni službenik čiji je nadređeni bio zastupnik vlade u ovom predmetu. Europski sud ovdje nije ispitivao nadležnost nadređenog člana tribunala u smislu ovlasti na izdavanje uputa za njegov rad, jer takva situacija sama po sebi predstavlja "legitimnu sumnju" o nezavisnosti člana tribunala u odnosu na stranke.⁵⁴ U *Procola protiv Luksemburga*⁵⁵ sudac je obavljao i savjetodavnu i sudsku dužnost u istom predmetu. U *McGonnell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵⁶ sudac koji je predsjedao u žalbenom postupku koji se vodio zbog postupka planiranja, sudjelovao je i u usvajanju takvog razvojnog plana unutar parlamenta te je Europski sud i tu utvrdio povredu nezavisnosti. Nasuprot tomu u predmetu *Kleyn protiv Nizozemske*⁵⁷ nije došlo do povrede čl. 6., iako se radilo o sličnoj situaciji. Ovdje je sudac sudjelovao u dva postupka (savjetodavnom i sudskom), ali je njegova savjetodavna uloga bila puno značajnija od one koju je imao pri donošenju sudske odluke.⁵⁸

Zaključno možemo reći da Europski sud pri korištenju objektivnog kriterija u odlučivanju doima li se tijelo koje odlučuje nezavisnim detaljno ispituje činjenice svakog konkretnog slučaja i tek tada primjena objektivnog kriterija može dati potvrđan ili negativan odgovor u odnosu na nezavisnost toga tijela.

50 GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo, *op. cit.*, str. 169.

51 Prema čl. 6. prava i obveze građanske naravi moraju se tumačiti u skladu sa sudskom praksom Europskog suda. Tako pojam građanskog postupka u nacionalnim zakonodavstvima država ugovornica Europske konvencije ne možemo poistovjetiti s pojmom građanskog postupka prema Europskoj konvenciji.

52 LEACH, Philip, *Taking a Case to European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011., str. 289.

53 *Sramek protiv Austrije*, 22. listopada 1984., Serija A, br. 84.

54 HARRIS, David John, *et al.*, *op. cit.*, str. 288.

55 *Procola protiv Luksemburga*, presuda, 28. rujna 1995., Serija A, br. 326.

56 *McGonnell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 8. veljače 2000., Reports of Judgments and Decisions 2000-II.

57 *Kleyn protiv Nizozemske*, presuda, 6. svibnja 2003., Reports of Judgments and Decisions 2003-VI.

58 NUALA, Mole, HARBY Catharina, *The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 3., Council of Europe, Strasbourg, 2006., str. 288.

3.2. Nepristranost suda

Kada govorimo o nepristranosti smatra se da sud ne smije biti opterećen predrasudama u vezi s odlukom koju donosi. U sudnici ne smije biti pod utjecajem vanjskih informacija, stajališta javnosti ili kakvog drugog pritiska. Svoje mišljenje isključivo temelji na onome što je izneseno na suđenju.

Nepristranost pretpostavlja nepostojanje "predrasuda ili pristranosti" kao što je to utvrđeno u predmetu *Piersac protiv Belgije*.⁵⁹ U predmetu *Hauschildt protiv Danske*⁶⁰ Europski sud je utvrdio da je za nepristranost suda potrebno ispunjenje objektivnog i subjektivnog kriterija:⁶¹ "Postojanje nepristranosti u smislu čl. 6., st. 1. mora biti utvrđeno prema subjektivnom kriteriju, što znači na temelju osobnog uvjerenja suca koji odlučuje o predmetu, i na temelju objektivnog kriterija kojim se isključuje postojanje bilo kakve opravdane sumnje u njegovo takvo odlučivanje." Da bi se dokazala subjektivna nepristranost, Europski sud zahtijeva dokaze konkretne pristranosti. Osobna nepristranost sudaca pretpostavlja se dok se ne dokaže suprotno. Ovo je vrlo snažna pretpostavka i u praksi ju je vrlo teško dokazati.

Kada je riječ o objektivnom kriteriju, Europski sud je u predmetu *Fey protiv Austrije*⁶² izjavio:

"U okviru objektivnog kriterija mora se odrediti, u potpunosti odvojeno od osobnog ponašanja suca, postoje li činjenice koje mogu dovesti u sumnju njegovu nepristranost. U tom pogledu čak i dojam može imati izvjesnu važnost. Ono što je ovdje važno je povjerenje koje sudovi u demokratskom društvu moraju ulijevati javnosti ...".

Europski sud sasvim je jasno stavio do znanja, da se svaki sudac za kojeg postoji legitiman razlog za bojazan da nije nepristran, mora povući.⁶³

3.2.1. Različite uloge sudaca

Veliki broj predmeta iz sudske prakse u vezi s nepristranosti odnosi se na situacije kada sudac ima različite postupovne uloge tijekom postupka.⁶⁴ Ovdje je Europski sud većinom odlučivao o nepristranosti u kaznenim postupcima, ali ti kriteriji i načela protežu se i na građanske postupke. Također, Europski sud pod pojam građanskih postupka podvodi i upravne postupke.

59 *Piersac protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982., Serija A, br. 53.

60 *Hauschildt protiv Danske*, presuda, 24. svibnja 1989., Serija A, br. 154.

61 *V. Driza protiv Albanije*, presuda, 13. studeni 2007., br. 33771/02.

62 *Fey protiv Austrije*, presuda, 24. veljače 1992., Serija A, br. 255 – A.

63 LOUCAIDES, Loukis, Judge Loukis Loucaides: an alternative view on the jurisprudence of the European Court of Human Rights: a collection of separate opinions (1998-2007), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2008., str. 121-122.

64 NUALA, Mole, HARBY, Catharina, Pravo na pošteno suđenje, IMTEC, Sarajevo, 2005., str. 66-67.

U predmetu *Piersack protiv Belgije*⁶⁵ sudac koji je sudio u postupku protiv podnositelja prije toga bio je član odjela koji je proveo istragu u tom predmetu i podnio tužbu protiv njega. Europski sud smatrao je da je time došlo do povrede čl. 6. i to na temelju povrede objektivnog kriterija: "ako pojedinac obavlja dužnosti u uredu državnog odvjetnika, a kasnije odlučuje o istom predmetu u ulozi suca onda je opravdan strah javnosti da takav sudac neće zadovoljiti zahtjeve nepristranosti." Stoga je zaključio kako nije zadovoljen zahtjev nepristranosti jer sastav suda koji je trebao odlučiti o optužbi ide u prilog tužiteljstvu.⁶⁶

U presudama koje su uslijedile nakon predmeta *Piersack* Europski sud je razmatrao utječe li prethodno sudjelovanje sudaca u razmatranju o predmetu na njegovu nepristranost povodom donošenja odluke u samom postupku. U svakom takvom predmetu, ispitivao je ulogu suca u stadiju postupka koji je prethodio samom suđenju. Tu je utvrđivao je li njegova uloga već u tom stadiju postupka dovela do stvaranja njegove odluke o podnositeljevoj krivnji.

U predmetu *De Cubber protiv Belgije*⁶⁷ jedan od triju sudaca koji je sudio podnositelju za prijevaru, prethodno je provodio istražne radnje u tom predmetu kao istražni sudac. Istražni sudac zadužen je prema belgijskom pravu za "pozivanje optuženog pred sud ili za određivanje njegovog pritvaranja, prisutnost optuženog na suđenju ili za njegovo uhićenje. Europski sud je smatrao da istražni sudac ima mnogo sličnih dužnosti kao i tužitelj i barem formalno je pod nadzorom državnog odvjetnika. U ovom je predmetu sudac čija se pristranost ispitivala obavljao takve dužnosti. Uz to, obavljao ih je i u tajnosti. Budući da je sudac bio već dobro upoznat s detaljima predmeta, bio je opravdan strah optuženoga da je taj sudac stvorio odluku o njegovoj krivnji ili nevinosti. Također, takav sudac nema uobičajeni utjecaj na donošenje odluke u postupku jer, između ostalog, mora ispitivati i svoje odluke koje je donio obavljajući dužnost istražnog suca. Dakle, zaključeno je da je povrijeđeno podnositeljevo pravo na nezavisan i nepristran sud.

Presuda u predmetu *De Cubber* stvorila je probleme sudskim sustavima u državama u kojima je uobičajeno da zbog ograničenog broja osoblja suci koji odlučuju o predmetu obavljaju različite dužnosti u različitim stadijima postupka. Predmet *Oberschlick br. 1 protiv Austrije*⁶⁸ odnosio se na postupak pred žalbenim sudom u kojemu su sudjelovala trojica sudaca, koji su ranije sudjelovali u donošenju odluke prvostupanjskog suda. Europski sud ustanovio je da to predstavlja povredu prava na nepristran sud. Nakon toga je razvio praksu po kojoj je rješavao takve predmete. U predmetu *Hauschildt protiv Danske*⁶⁹ Europski sud je utvrdio da danskog suca nisu spriječile u odlučivanju njegove prethodne odluke u kaznenom postupku, uključujući i odluku o pritvoru. U Danskoj, za razliku od Belgije ne postoji istražni

65 *Piersack protiv Belgije*, presuda, 1. listopada 1982., Serija A, br. 53.

66 BERGER, Vincent, PETITI, Luis-Edmond, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2007., str. 233.

67 *De Cubber protiv Belgije*, presuda, 26. listopada 1984., Serija A, br. 86.

68 *Oberschlick br. 1 protiv Austrije*, presuda, 23. svibnja 1991., Serija A, br. 204.

69 *Hauschildt protiv Danske*, presuda, 24. svibnja 1989., Serija A, br. 154.

sudac. Istragu i progon počinitelja kaznenih djela u potpunosti provodi policija i tužiteljstvo. Sudac u tom stadiju postupka odlučuje samo jesu li predloženi dokazi koji opravdavaju pritvaranje. Sve to ne navodi na isti zaključak koji je Europski sud donio u predmetu *De Cubber*. U predmetu *Hauschildt* sudac je nekoliko puta odlučivao o produženju pritvora na temelju "izričito utvrđene sumnje". Europski sud je iznio da su razlike između ove odluke i one koju je sudac morao donijeti u kaznenom postupku bile neznatne, te je došlo do povrede čl. 6.

U predmetu *Delcourt protiv Belgije*⁷⁰ podnositelj se žalio na sudjelovanje *Avocate generale*, člana državnog odvjetništva u Belgiji, u odluci o žalbi koju je donio belgijski Kasacijski sud u kaznenom postupku protiv podnositelja. *Avocate generale* podnio je svoje mišljenje o predmetu nakon saslušanja stranaka te je sudjelovao u odlučivanju tog suda. Europski sud je smatrao da takvo postupanje nije ugrozilo nezavisnost i nepristranost Kasacijskog suda. Utvrdio je da odjel ureda državnog odvjetnika koji je sudjelovao u odluci suda nije ovisio o odjelu tog ureda koji je bio zadužen za progon podnositelja. Kao takav bio je nepristran savjetnik sudu. Međutim 1991. takav belgijski postupak uspješno je osporen pred Europskim sudom u predmetu *Borgers protiv Belgije*.⁷¹

Stajalište koje je Europski sud zauzeo u predmetu *Borgers* prošireno je i na građanske predmete u *Lobo Machado protiv Portugala*.⁷² Tu je zamjenik državnog odvjetnika podnio Vrhovnom sudu prethodnu preporuku na žalbu i sudjelovao u odlučivanju povodom te žalbe. Postupak se vodio povodom tužbe zbog zapošljavanja koja je podnesena protiv državne firme.⁷³

Tako možemo zaključiti da sama činjenica da je sudac prethodno imao veze s podnositeljem nije dostatna sama po sebi da bi predstavljala povredu čl. 6. Potrebne su posebne pretpostavke, poput onih opisanih u gore navedenim predmetima koje predstavljaju odlučivanje na temelju činjenica koje se ne nalaze samo u spisu predmeta.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Geneza pojma „sud“ potvrđuje tezu da je Europska konvencija živući instrument, odnosno da se praksa Europskog suda vezana uz čl. 6. i pojam suda postupno razvijala tijekom godina te da danas obuhvaća još uvijek rastući raspon sudskih postupaka.⁷⁴ Ipak nesporno je da za koncept nezavisnog i nepristranog suda

70 *Delcourt protiv Belgije*, presuda, 17. siječnja 1970., Serija A., br. 11.

71 *Borgers protiv Belgije*, presuda, 30. listopada 1991., Serija A, br. 214- B.

72 *Lobo Machado protiv Portugala*, presuda, 20. veljače 1996., Reports 1996-I.

73 JANIS, Weston, Mark, *et al.*, *op. cit.*, str. 769-774.

74 Primjerice, postavilo se pitanje potpada li stečajni postupak pod primjenu čl. 6. Europske konvencije u predmetu *Bačić protiv Hrvatske*, presuda, 19. lipnja 2008., br. 43595/06, Hrvatska Vlada je utvrdila da čl. 6., st. 1. Europske konvencije nije primjenjiv na stečajni postupak, budući da to nije sporni postupak i da u takvom postupku sudovi ne presuđuju o zahtjevima stranaka, već samo utvrđuje imovinu stečajnog dužnika. Kako se prava iz čl.

postoji široka i ustaljena sudska praksa u skladu s kojom možemo zaključiti da nagodbeno vijeće u okviru FINE, kao pravne osobe s javnim ovlastima, potpada pod pojam „suda“.⁷⁵ U ovom kontekstu pojam „sud“ u čl. 6., st. 1. ne treba nužno shvatiti kao sud u klasičnom smislu, koji je integriran u standardni sudski aparat određene zemlje (v. čl. 2. Zakona o sudovima),⁷⁶ već kao tijelo koje odlučuje o pitanjima u okviru svoje nadležnosti na temelju pravnih pravila i nakon postupka koji se sprovodi na način kao što je propisano. Dakle, tijela koja nisu sudovi mogu vršiti funkcije koje odlučujuće utječu na građanska prava. Taj koncept treba zadovoljiti i druge kriterije, prvenstveno kriterij nepristranosti i nezavisnosti. Lingvistička metoda analize ZFPPN-a ukazuje da o nagodbenom vijeću ne ovisi hoće li doći do predstečajne nagodbe. Cilj je zakonodavca da postupak u potpunosti ovisi o volji vjerovnika i dužnika, s obzirom na to da nagodbeno vijeće u cijelom postupku predstečajne nagodbe normativno ima tek formalnu ulogu. Ipak, indikativna metoda utvrđivanja činjenica, ali i desetljeće iskustva autora u stečajnim predmetima ukazuje na činjenicu da će vijeće imati veliku i odgovornu ulogu kao posrednik koji mora stvoriti uvjete da bi do dogovora između dužnika i vjerovnika došlo te voditi postupak u kojemu će dužnik i vjerovnik moći pregovarati i konačno postići dogovor. Dakle, iz takve perspektive treba promatrati ulogu nagodbenog vijeća u okviru FINE. Mišljenja smo da kriterij nepristranosti u konkretnom slučaju nije sporan, dok s druge strane pojam nezavisnosti, prvenstveno od izvršne vlasti i stranaka u predmetu, potencijalno može biti predmet rasprave. Postoji više razloga za to. Naime, kada odlučuje o tomu je li neki „sud nezavisan“, Europski sud uzima u obzir sljedeće kriterije:⁷⁷ način postavljanja njegovih članova; trajanje njihovog mandata; kako se „suci“ štite od vanjskog utjecaja te ostavlja li se dojam nezavisnog tijela.

Naveli smo da Europska konvencija daje jasne smjernice u odnosu na kriterije koji se primjenjuju pri imenovanju, međutim ne daju odgovor na pitanje koji bi državni organ u pravilu trebao imenovati suce i na koji način. Nesumnjivo proizlazi primarni zahtjev da se postupkom imenovanja mora osigurati nezavisnost i to primjenom objektivnog kriterija. U konkretnom slučaju činjenica da izvršna

6. ne odnose na sve sudske postupke na nacionalnoj razini, Europski sud je taj koji će u konačnici odlučiti na osnovi kriterija koje je sam odredio, radi li se o postupku koji potpada pod kategoriju građanskih prava i obveza. U pogledu potpadanja stečajnog postupka pod kategoriju građanskih prava i obveza judikatura je više puta utvrdila kao neupitno. V. *Arg. S.p.r.l. ANCA i ostali protiv Belgije*, odluka, 10. prosinca 1984., br. 10259/83, *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; te *Sukobljević protiv Hrvatske*, 2. studeni 2006., br. 5129/03.

75 *V. Le Compte, Van Leuven i De Meyere protiv Belgije*, presuda, 23. lipnja 1981., Serija A, br. 43, *Belilos protiv Švicarske*, presuda, 29. travnja 1988., Serija A, br. 132, *Zand protiv Austrije*, presuda, 16. svibnja 1977., br. 7360/76.

76 NN, br. 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 116/10., 122/10., 27/11., 57/11. i 130/11.

77 *Campbell i Fell protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda, 28. lipnja 1984, Serija A, br. 80.

vlast, odnosno ministar financija, diskrecijski postavlja članove nagodbenog vijeća (čl. 33. ZFPPN) u predmetima gdje je Republika Hrvatska stranka, i u pravilu je najveći vjerovnik, predstavlja povredu čl. 6. Europske konvencije. Nagodbeno vijeće ne smije biti u podređenom položaju u odnosu na javnu vlast, odnosno predstavnik vlade hijerarhijski ne smije biti nadređen članovima nagodbenog vijeća prvenstveno jer načelo nezavisnosti sudstva proizlazi iz osnovnog načela podjele vlasti što po sebi podrazumijeva zabranu međusobnog uplitanja. Međutim, treba istaknuti da nezavisnost ne isključuje u potpunosti mogućnost izbora sudaca od strane izvršne vlasti. Ipak da bi se spriječio utjecaj političkih interesa i zaštita protiv pogrešno motiviranih imenovanja, takva imenovanja su moguća isključivo kada se postupak povjeri nezavisnom tijelu, što u konkretnom slučaju nije napravljeno. Osim što nisu osigurani transparentni elementi imenovanja i odabir članova nagodbenog vijeća (čl. 33. ZFPPN), nisu se uspostavila niti jasna pravila o razrješenju članova nagodbenog vijeća, odnosno njihovoj odgovornosti uslijed ozbiljnih nepravilnosti u radu, počinjenju disciplinskog ili kaznenog djela, kao i nesposobnosti za obavljanje navedene dužnosti. Dakle, opravdano se može postaviti pitanje nezavisnosti osoba koje su članovi nagodbenog vijeća. Nadalje, pitanje trajanja mandata članova nagodbenog vijeća također je sporno. Članovima nagodbenog vijeća odlukom o imenovanju nije osiguran, tzv. element stalnosti u vršenju svoje funkcije jer je obavljaju u okviru radnog mjesta djelatnika FINE. U praksi privremenost obavljanja funkcije implicira djelovanje pod uvjetom i stavlja članove nagodbenog vijeća u nezaštićen položaj i u odnosu na pritiske iz same FINE i na vanjske pritiske. Zaključno, iako međunarodni standardi⁷⁸ ne propisuju jedinstvenu metodu imenovanja osoba „sudaca“, ipak ukazuju na određene aspekte imenovanja na koje je neophodno obratiti posebnu pažnju, osobito one koji se odnose na ulogu izvršne i zakonodavne vlasti, te karakteristike tijela nadležnog za imenovanja. Štoviše, osim prethodno navedenih objektivnih kriterija, važnu ulogu u poštivanju načela nezavisnosti ima i subjektivni trenutak, odnosno dojam koje tijelo ostavlja. I tu možemo zaključiti da se ne pridonosi nezavisnosti nagodbenog vijeća. Naime, donošenjem ZFPPN-a uočljivo je postojanje opasnosti da će ovakva, u mnogome djelomična i nedorečena rješenja izazvati dodatnu zbrku i pojačati pravnu nesigurnost koja će se morati sanirati novim izmjenama i dopunama postojećih zakona. Stoga osim činjenice da pravna teorija izražava sumnje u ustavnost Zakona,

78 Tu ne mislimo samo na Europsku konvenciju, već i, primjerice, na Osnovna načela o nezavisnosti pravosuđa, (UN 1985.) (*U.N. Basic Principles on the Independence of the Judiciary Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985.*), Preporuku Odbora ministara Vijeća Europe br. R (94) 12 o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudaca, Europsku povelja o statutu sudaca, Strasbourg, 8-10. srpnja 1998. Načelo nezavisnosti sudstva proizlazi iz osnovnog načela vladavine prava, dakle ono je inherentno i Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (NN-MU, br. 12/93.), Prvi fakultativni Protokol od 1995. (NN-MU, br. 7/95.) i drugi fakultativni Protokol od 1995. (NN-MU, br. 11/95.).

ali i cilja koji se želi postići ZFPPN-om,⁷⁹ Vlada RH je, čini se zbog straha da dugo najavljivani ZFPPN ne doživi potpuni krah, odlučila, već nakon samo 70-ak dana od primjene temeljito intervenirati u zakon na način da je donijela Uredbu o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 144/12. stupilo na snagu odmah, tj. 21.12.2012.). Očigledno je u pitanju bila velika hitnost, jer nije uobičajeno da se nižim pravnim aktom mijenjaju odredbe višeg pravnog akta kao što nije uobičajeno da Vlada donosi odluke iz nadležnosti Hrvatskog sabora. Konačno, nije uobičajeno da navedena Uredba ima 40 članaka, što je više od 40% od ZFPPN-a koji ima 93 članka.⁸⁰

79 DIKA, Mihajlo, Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, s. 54., u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju ...*cit.*

80 U rješavanju navedenog problema svakako može poslužiti slovensko iskustvo. Naime, cjelokupnu materiju financijskog poslovanja, kao i insolventijskog prava slovenski zakonodavac ugradio je u Zakon o financijskom poslovanju, postupcima povodom insolventnosti i prisilnom prestanku (slov. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju* - dalje: ZFPPIPP). On u 500 članaka regulira: financijsko poslovanje, postupke povodom insolventnosti pravnih i fizičkih osoba (postupak prisilne nagodbe i stečajne postupke) te postupke prisilnog prestanka pravnih osoba (brisanje iz sudskog registra bez likvidacije i prisilna likvidacija). Poglavlja su: a) opće odredbe (čl. 1.-26.), b) financijsko poslovanje društava i drugih pravnih osoba (čl. 27.-44.), c) zajednička pravila o postupcima povodom insolventnosti (čl. 45.-134.), d) postupak prisilne nagodbe (čl. 135.-221.), e) stečajni postupci (čl. 222.-418.), f) brisanje iz sudskog registra bez likvidacije (čl. 424.-444.), g) postupci povodom insolventnosti s međunarodnim elementom (čl. 445.-488.), h) kaznene odredbe (čl. 489.-492.) te i) prijelazne i završne odredbe (čl. 493.- 500.). Konceptijski plan financijske reorganizacije dio je prisilne nagodbe (slov. *postopek prisilne poravnave*) koja se može izvesti samo prije, odnosno izvan stečaja. Bitno je da je postupak financijske reorganizacije dužnika u isključivoj stvarnoj nadležnosti okružnog suda (Novela ZFPPIPP-C Ur.l. RS, št. 52/2010, koja važi od 01.09.2010.).

Summary

THE ROLE OF PRE-BANKRUPTCY COUNCIL IN THE PRE-BANKRUPTCY SETTLEMENT PROCEDURE FROM THE PERSPECTIVE OF ARTICLE 6 OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

The Croatian Financial Agency (hereinafter: FINA) constitutes the key element in a number of important state projects. For instance, it participated in 2002 in the pension reform; 2002 in the payment system reform; 2003 in the sale of assets of the debtor as a whole; 2005 within the HITRO.HR reform; 2006 in the reform of Records of the Courts and Notarial insurance; 2007 in support of e-documents; 2010 within the system of Registry employees in the public sector; 2011 in the reform of the procedure for enforcement of the monetary funds and 2012 in the reform of the procedure for pre-bankruptcy settlement, to name but a few. The authors focus on questions concerning FINA's role within the pre-bankruptcy settlement, especially having in mind that the bodies in the proceeding of pre-bankruptcy settlements are the Pre-Bankruptcy Council and the trustee of the pre-bankruptcy settlement. The proceeding is conducted in FINA's regional centre where the Pre-Bankruptcy Council is appointed. The latter consists of two members and the President of the Council who deliver the decision in the proceeding and are appointed by the Minister of Finance. The role of the Pre-Bankruptcy Council in the pre-bankruptcy settlement procedure is a formal one, since it does not decide whether the settlement will be concluded at the end, nor does it decide on mutual rights and obligations of the parties to the proceeding. The Legislative Council's role is to run the proceeding, assure that proceeding is within the legal framework and to guide the parties to come to an agreement in order to regulate the mutual rights and obligations. The Pre-Bankruptcy Council's role is more a role of an arbitrator or conciliator between the parties. Nevertheless, in view of the fact that the Republic of Croatia, as a party to the pre-bankruptcy settlement accounts for the largest creditor, the authors bring the objectivity and impartiality of the persons who are members of the Pre-Bankruptcy Council into question. Moreover, members of the Council are appointed by one of the parties to the proceeding, that is, often the creditor with highest rights on debtor's property. These assumptions are even more important considering the role of the Pre-Bankruptcy Council as party in the pre-bankruptcy settlement through the lens of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

This paper consists of two parts. The first part analyzes the issue of legal status of Pre-Bankruptcy Council in the pre-bankruptcy settlement. The second part is based on an analysis of the terms "independent and impartial tribunal" as set out in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and explains the case law of the European Court of Human

Rights, bearing in mind that those terms have autonomous meaning. With this in mind, the main goal is to establish whether the Pre-Bankruptcy Council is a tribunal under the meaning of Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and if so, can it be called independent and impartial.

Key words: Pre-Bankruptcy Council, pre-bankruptcy settlement, independent and impartial tribunal, Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Zusammenfassung

ÜBER DIE POSITION DES AUSGLEICHsverFAHRENSRATES IN vorINsolVENZlichen AUSGLEICHsverFAHREN AUS DER PERSPEKTIVE DES ARTIKELS 6 DER EUROPÄISCHEN KONVENTION ZUM SCHUTZE DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN

Die Finanzagentur (FINA) ist dem Staat ein Partner bei zahlreichen wichtigen Projekten, so dass sie auch am Folgenden teilgenommen hat: im Jahr 2002 im Rahmen der Pensions- und der Zahlungsverkehrsreform, im Jahr 2003 im Rahmen des Verkaufs des Eigentums als Ganzheit des Insolvenzschuldners, 2005 im Rahmen des Dienstes HITRO.HR, 2006 im Rahmen des Registers für gerichtliche und notarielle Sicherung, 2007 im Rahmen der Unterstützung des elektronischen Aktensystems, 2010 im Rahmen des Systems des Registers von Angestellten im öffentlichen Dienst, 2011 im Rahmen der Durchführung von Vollstreckungsverfahren bei Geldmitteln und 2012 im Rahmen der Durchführung des vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahrens. Die Autoren werden sich aber auf manche Fragen über die Rolle von FINA im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren konzentrieren. Die Organe im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren sind nämlich der Ausgleichsverfahrensrat und der Gläubiger des vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahrens. Das Verfahren wird in FINA im örtlich zuständigen regionalen Zentrum geführt, wo auch der Ausgleichsverfahrensrat sitzt. Der Ausgleichsverfahrensrat besteht aus zwei Mitgliedern und einem Präsidenten, welche Entscheidungen im Verfahren treffen, und welche vom Minister für Finanzen ernannt werden. Die Rolle des Ausgleichsverfahrensrates im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren hat einen formal-rechtlichen Charakter, da er weder darüber entscheidet, ob der Ausgleich am Ende zu Stande kommt noch über gegenseitige Rechte und Verpflichtungen von Parteien im Verfahren. Die gesetzliche Rolle des Rats ist die Führung des Verfahrens, die Achtung, dass das Verfahren in gesetzlichen Rahmen durchgeführt wird und die Richtung der Parteien auf das Übereinkommen

über die Regelung gegenseitiger Rechte und Verpflichtungen. Im Falle, dass es zum Übereinkommen kommt, wird der Ausgleich nicht vor dem Ausgleichsverfahrensrat abgeschlossen, sondern vor dem örtlich zuständigen Handelsgericht gemäß dem Sitz des Schuldners. Auf diese Art und Weise hat man, wenigstens nach Worten des Gesetzesvorschlägers und eines Teils der Rechtstheorie, die Rolle des Rats als das über die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen des Schuldners und seiner Gläubiger entscheidende Organ vermieden. Die Rolle des Ausgleichsverfahrensrates wird mehr zur Rolle des Schiedsrichters beziehungsweise des Versöhners. Die Autoren können aber die Tatsache, dass die Republik Kroatien als Partei im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren in der Regel der größte Gläubiger ist, nicht vermeiden, so dass man rechtfertigend die Frage stellen kann, ob die Mitglieder des Ausgleichsverfahrensrates objektiv und unparteiisch sind. Vielmehr, die Mitglieder des Vergleichsrates werden von einer Verfahrenspartei ernannt, und diese Partei ist sehr oft der Gläubiger, welcher die größten Rechten auf Eigentum des Schuldners im vorinsolvenzlichen Verfahren hat. Die obige These gewinnt auch an Wichtigkeit, wenn wir die Rolle von FINA als Subjekt im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren durch den Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention analysieren. Die Arbeit besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil analysiert manche Fragen der rechtlichen Position von FINA im vorinsolvenzlichen Ausgleichsverfahren. Der andere Teil der Arbeit, indem sie die Tatsache, dass manche in der Europäischen Konvention genannten Begriffe eine autonome Bedeutung haben, in Betracht zieht, analysiert den im Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention genannten und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erklärten Begriff des „unabhängigen und unparteiischen Gerichts“. Das Ziel ist die Feststellung, ob die rechtliche Position von FINA dem Begriff „Gericht“ im Einklang mit der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zugeordnet werden kann, und wenn ja, ob sie die notwendigen Charakteristiken der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit besitzt.

Schlüsselwörter: *vorinsolvenzliches Ausgleichsverfahren, FINA, Gericht, Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Art.6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.*

Riassunto

IL RUOLO DEL CONSIGLIO PREFALLIMENTARE NEI PROCEDIMENTI DI ACCORDI PREFALLIMENTARI ALLA LUCE DELL'ART. 6 DELLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

L'agenzia finanziaria (FINA) è partner dello stato in numerosi importanti progetti. Così, nel 2002 nell'ambito della riforma pensionistica; nel 2003 nell'ambito della riforma dei pagamenti; nel 2003 nell'ambito della vendita del patrimonio quale massa del debitore fallimentare; nel 2005 nell'ambito del servizio c.d. HITRO.HR; nel 2006 nell'ambito del registro delle assicurazioni giudiziali e notarili; nel 2007 nell'ambito del supporto al sistema *e-Spis*; nel 2010 nell'ambito del sistema del Registro dei dipendenti nel settore pubblico; nel 2011 nell'ambito del procedimento di esecuzione forzata sulle somme di denaro e nel 2012 nell'ambito del procedimento relativo agli accordi prefallimentari. Ad ogni modo, gli autori orienteranno le proprie ricerche verso alcune questioni che riguardano il ruolo dell'agenzia nel procedimento relativo agli accordi prefallimentari. Precisamente, gli organi nel procedimento relativo agli accordi prefallimentari sono il consiglio per la transazione ed il fiduciario preposto alla transazione. Il procedimento ha luogo presso l'agenzia nel centro competente per territorio, dove si trova anche il consiglio che segue il procedimento. Il consiglio è composto di due membri e di un presidente del consiglio, che decidono in merito al procedimento e che sono nominati dal Ministero delle Finanze. Il ruolo del consiglio di transazione nel corso della procedura prefallimentare è di natura formale e giuridica, ossia in sostanza non decide sull'effettiva realizzazione o meno dell'accordo; né decide dei reciproci diritti e doveri delle parti nel procedimento. Il ruolo legale del consiglio è di condurre il procedimento, di prestare attenzione che il procedimento abbia il suo corso legale e di indirizzare le parti verso il raggiungimento di un comune accordo mediante il quale definiranno reciproci diritti ed obblighi. Nel caso in cui si giunga ad un accordo, la transazione non si conclude dinnanzi al consiglio, bensì dinnanzi al tribunale commerciale del luogo in cui ha sede il debitore. In questo modo, secondo parte della dottrina, s'è evitato che il consiglio fosse deputato a decidere dei reciproci diritti e doveri delle parti. Il ruolo del consiglio di transazione è più simile alla funzione di un arbitro, ovvero di un conciliatore tra le parti. Tuttavia, gli autori non possono fare a meno di rilevare la circostanza che la Croazia, quale parte del procedimento relativo all'accordo prefallimentare, è il maggiore creditore; sicché si può manifestare qualche perplessità in merito all'obiettività ed all'imparzialità delle persone che sono membri del consiglio. Ancora, i membri del consiglio vengono nominati da una delle parti del procedimento e ciò non di rado il creditore che vanta i maggiori diritti sul patrimonio del debitore prefallimentare. La tesi illustrata aumenta di valore se si analizza il ruolo dell'Agenzia (FINA), quale soggetto della

transazione prefallimentare anche attraverso il prisma dell'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il contributo si compone di due parti. La prima parte analizza alcune questioni attinenti al ruolo della FINA nel procedimento riguardante l'accordo prefallimentare. La seconda parte, tenuto conto del fatto che molte nozioni contenute nella Convenzione hanno una valenza indipendente, analizza il concetto di „*tribunale indipendente ed imparziale*“ indicato nell'art. 6 della Convenzione medesima e oggetto di numerosi giudicati della Corte sui diritti dell'uomo. Lo scopo è di accertare se la posizione giuridica della FINA può essere interpretata alla stregua di un'autorità giudiziaria secondo l'interpretazione della corte ed in caso affermativo indagare se ha le necessarie caratteristiche di indipendenza ed imparzialità.

Parole chiave: *accordo prefallimentare, FINA, tribunale, imparzialità, indipendenza, art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*

UTVRĐIVANJE ČINJENICA I DOKAZNI POSTUPAK U UPRAVNOM SPORU

Dr. sc. Alen Rajko, sudac
Upravni sud u Rijeci

UDK: 35.077.2
Ur.: 10. prosinca 2012.
Pr.: 11. veljače 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Analizirana je materija utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza u novome upravnom sporu, i to raščlambom: ključnih teorijskih pojmova (činjenica, odlučna činjenica, činjenično stanje, materijalna istina, dokazi i dokazivanje); odredbi Zakona o upravnim sporovima kojima je regulirano spomenuto područje; temeljnih procesnih pitanja (sadržajna i vremenska dimenzija detektiranja odlučnih činjenica, selekcija i ocjena dokaznih sredstava, pravilo o teretu dokazivanja, specifičnosti procesnih rješenja kojima upravni sud odlučuje u spomenutoj materiji). Razmatranje obuhvaća i dio materije rasprave u upravnom sporu, povezane s pitanjem utvrđivanja činjenica i dokazivanja te procesnog standarda jednakosti oružja. Autor daje osvrt na očekivane implikacije promjene režima naknade troškova spora, provedene prvim noveliranjem Zakona o upravnim sporovima te donosi i nekoliko praktičnih savjeta strankama u upravnom sporu. Zaključno daje sažetak ključne teze sadržane u radu.

Ključne riječi: činjenice, materijalna istina, dokazi, dokazni postupak, kontradiktornost, upravni spor.

1. UVOD

Među glavnim elementima reforme upravnog spora, čija je provedba započela 1. siječnja 2012., stupanjem na snagu Zakona o upravnim sporovima¹ (u nastavku teksta: ZUS), novosti su u regulaciji upravnosudskog utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza.

Potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje pretpostavka je pravilne primjene materijalnog prava i donošenja zakonite odluke, a time i ostvarivanja

¹ Zakon o upravnim sporovima, NN br. 20/10. i 143/12.

jamstva sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti (čl. 19. st. 2. Ustava Republike Hrvatske),² koje ujedno čini konstitucionalni temelj upravnog sudovanja.

Utvrđivanje činjeničnog stanja i dokazi prije svega su uređeni odredbama čl. 33. ZUS-a, koje glase:

(1) *Sud slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice.*

(2) *Sud uzima u obzir činjenice utvrđene u postupku donošenja osporene odluke, kojima nije vezan, i činjenice koje je sam utvrdio.*

(3) *Stranke mogu predlagati koje činjenice treba utvrditi te dokaze kojima se one mogu utvrditi, ali sud nije vezan tim prijedlozima.*

(4) *Dokazi su isprave, saslušanje stranaka, iskaz svjedoka, mišljenje i nalaz vještaka, očevid i druga dokazna sredstva.*

(5) *Sud izvodi dokaze prema pravilima kojima je uređeno dokazivanje u parničnom postupku.*³

Prava i obveze stranaka u upravnom sporu, primarno regulirane odredbama čl. 34. ZUS-a, također su prije svega u funkciji utvrđivanja činjeničnog stanja, te s time povezanog dokazivanja.⁴

Time je napuštena koncepcija prijašnjeg Zakona o upravnim sporovima,⁵ koji je u čl. 39. utvrđivanje činjeničnog stanja od strane suda određivao kao iznimku, te je propisivao da sud, u pravilu, rješava spor na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku.

U pogledu teme ovog rada, ukazujemo na sljedeći dio obrazloženja Konačnog prijedloga ZUS-a.⁶

2 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 59/90., 135/97., 8/98. – proč. tekst, 113/00., 124/00. – proč. tekst, 28/01., 41/01. – proč. tekst, 55/01.- ispr, 76/10. i 85/10. – proč. tekst.

3 V. odredbe čl. 219.-320. Zakona o parničnom postupku, NN br. 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 2/07., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11. i 148/11. – proč. tekst, u nastavku teksta: ZPP. ZUS-om nije propisana opća podredna primjena ZPP-a, niti kojega drugog procesnog zakona, već se odredbe ZPP-a, odnosno Zakona o općem upravnom postupku (NN br. 47/09., u nastavku teksta: ZUP) primjenjuju samo na materiju izrijekom propisanu ZUS-om.

4 Čl. 34. ZUS-a glasi:

(1) *Stranke su obvezne u tužbi i odgovoru na tužbu iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predložiti dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje i izjasniti se o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka.*

(2) *Sud može od stranke zatražiti izjašnjenje o određenim pitanjima koja se odnose na činjenice te predlaganje dokaza koji podupiru njezine tvrdnje. U tu joj svrhu sud može odrediti primjereni rok.*

3) *Sud može od stranke zatražiti da u primjerenom roku dopuni i obrazloži svoje podneske, dostavi isprave i druge dokaze koji se mogu koristiti u sporu. Ako stranka u određenom roku ne dostavi sudu tražena dokazna sredstva, sud ih može pribaviti prema pravilima kojima je uređeno pribavljanje dokaza u parničnom postupku.*

5 Zakon o upravnim sporovima, NN br. 53/91., 9/92. i 77/92.

6 16. sjednica Hrvatskog sabora, 6. Saziv, prema: www.sabor.hr, pristupljeno 26. prosinca 2012. godine.

(...) U postupku pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji upravno sudovanje suočava se s tri velike zadaće koje zahtijevaju nova rješenja i to zbog:

- neusklađenosti dijela postupovnih pravila s *acquis communautaire*; sadašnje odredbe Zakona o upravnim sporovima ne ispunjavaju sve standarde utvrđene u *acquis communautaire* vezane uz dva ključna pitanja - pravo suda da u svakom sporu utvrđuje činjenično stanje i pravo suda da radi utvrđivanja činjenica i zaštite prava stranaka provede usmenu raspravu, (...)

Veća pravna sigurnost i bolja zaštita prava stranaka od odluka i postupanja javnopravnih tijela nastoji se postići otvaranjem procesne mogućnosti suda da sam utvrđuje činjenice i da u pravilu provodi usmenu raspravu. Takva procesna mogućnost pridonijet će bržem rješavanju sudskih predmeta. (...)

Važno je za istaknuti da će prema Konačnom prijedlogu Zakona upravni sudovi imati punu nadležnost i nad utvrđivanjem činjenica, a ne samo nad primjenom zakona te obvezatnost vođenja usmene rasprave na prvom stupnju sudovanja uz iznimke propisane tim Zakonom. (...)

U europskoj pravnoj tradiciji sudska zaštita koju pružaju upravni sudovi u načelu ima dva različita cilja. S jedne strane to je zaštita pojedinačnih prava i pravnih interesa građana i pravnih osoba, a s druge strane nadzor nad objektivnom zakonitošću radi zaštite interesa društvene zajednice u kojoj se spor vodi. (...)

Članak 33. Ovim člankom propisuje se da sud sukladno načelu samostalnosti slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice. Sud izvodi dokaze po pravilima kojima je uređeno dokazivanje u parničnom postupku. Izvođenje dokaza u parničnom i upravnom postupku ne bi se trebalo u bitnome razlikovati pa je upućivanjem na primjenu odredbi drugoga zakona izbjegnuto detaljno propisivanje odredaba koje su već dio hrvatskog pravnoga sustava.

Članak 34. Ovim člankom obvezuju se stranke da u tužbi i u odgovoru na tužbu iznesu sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predlože sve dokaze potrebne za utvrđivanje činjenica i da se izjasne o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka. Time bi se sudu trebalo omogućiti da na jednom ročištu, u najkraćem mogućem vremenu, riješi spor. Međutim, ima li ikakvih nedoumica, sud može od stranaka zatražiti i izjašnjenje o određenim pitanjima, koja se odnose na činjenice ili dokaze koji podupiru njihove tvrdnje, i za izjašnjenje odrediti im primjereni rok, čime se i dalje osigurava efikasnost postupanja suda. Konačno, efikasnost vođenja postupka osigurava se i kroz pravni mehanizam primjene pravila parničnog postupka koja detaljno uređuju materiju pribavljanja dokaza. (...)

U ovom radu najprije na teorijskoj razini ukratko raščlanjujemo temeljne pojmove vezane uz činjenice i dokazivanje. Potom analiziramo odredbe ZUS-a relevantne za činjenice, dokaze i raspravu, uz sažeti osvrt na implikacije prve novele ZUS-a na pitanja obuhvaćena ovim radom. Slijedi razmatranje temeljnih postupovnih pitanja utvrđivanja činjenica i dokazivanja u hrvatskome upravnom sporu i nekih uočenih nedostataka u postupanju stranaka u sporu, te zaključne napomene.

2. NEKI TEMELJNI POJMOVI: ČINJENICA, ČINJENIČNO STANJE, MATERIJALNA ISTINA, DOKAZI I DOKAZIVANJE

Pravna konstrukcija činjeničnog stanja, a slijedom toga i materijalne istine kao podloge za rješavanje spora, činjenici kao pukom faktu pridodaje dodatne, specifično pravne sastojke. U nastavku stoga razmatramo pojmove činjenica, odlučnih činjenica, činjeničnog stanja i materijalne istine. Također, potrebno je osvrnuti se na pojmove dokaza i dokazivanja (kao jednog od načina utvrđivanja činjenica). Na kraju ovog dijela rada sažeto sistematiziramo hijerarhiju funkcija pojedinih procesnih instituta, te ukazujemo na razliku između ciljeva ZUS-a i sredstava za njihovo ostvarivanje.

2.1. Činjenice, odlučne činjenice, činjenično stanje

„Budući da su nastanak i prestanak konkretnih pravnih odnosa uvjetovani pojavom činjenica spomenutih u hipotezama općih pravnih normi – te su činjenice od najveće važnosti u pravu“, piše Visković, definiravši pravne činjenice kao „sve činjenice što ih pravne norme postavljaju u početnoj hipotezi i u određenju delikta (sekundarnoj hipotezi), kao uvjete za nastanak, promjenu ili prestanak pravnih odnosa, tj. za nastanak, promjenu ili prestanak pravnih ovlaštenja i pravnih obveza“. ⁷ Dva su tipa pravnih činjenica: prirodni događaji (npr. prirodna smrt, rođenje djeteta, protek vremena, elementarna nepogoda), te ljudske radnje, kao izraz ljudske svijesti i volje (primjerice, sklapanje ugovora, podnošenje tužbe, krađa), pri čemu ljudske radnje mogu biti pravno dopuštene ili pravno zabranjene. Pravne činjenice iz apstraktnoga pravnog odnosa spoznaju se pronalaženjem i tumačenjem opće pravne norme. U konkretnome pravnom odnosu, pravne činjenice spoznaju se neposrednim zapažanjem i izvođenjem dokaza. ⁸

Prema Vrbanu, ⁹ skup činjenica čini činjenično stanje, koje označava sadržaj neke stvari, njezin način postojanja u vremenu i prostoru (modaliteti postojanja). Okolnosti koje se odnose na konkretni slučaj koji rješava sud ili druga pravna instanca čine životno zbiljsko (činjenično) stanje. Nasuprot tomu, opis činjenica u zakonu apstraktni je jezični izričaj, kojim izražavamo neku mogućnost, nešto što

7 Visković, N., *Država i pravo*, 2. izmij. izd., Zagreb, CDO Birotehnika, 1997., str. 212.

8 *Ibid.*, str. 213-214.

9 Vrban, D., *Država i pravo*, Zagreb, Golden marketing, 2003., str. 444-445. Savigny je pravnu znanost okarakterizirao kao računanje putem činjenica. To ne znači da je dovoljno da dobar pravnik bude dobar matematičar. Poznavati samo brojčane i prostorne relacije znači ne znati ništa o čovjekovoj ličnosti. Pravnik ponekad ima obvezu zaroniti i u psihologiju ličnosti. O sposobnosti da pronikne u unutarnje procese pojedinca, koje su koloplet ekonomskoga, političkog, estetskog ili religioznog mišljenja, može ovisiti i odluka u određenom postupku, a da bi se mogli naslutiti procesi koji se odvijaju u nekoj osobi često je oportuno preispitati odnose prema ljudima, uzimajući u obzir i društvene obrasce koji trenutno prevladavaju – prema: Dropulić, J., *Pravo na privatni život i duševni integritet*, Zagreb, Vizura, 2002., str. 217-218.

zamišljamo da se može dogoditi. To je apstraktno (normativno) činjenično stanje. Primjenjivač pravnih normi dužan je i točno utvrditi konkretno činjenično stanje i razumjeti normativne sadržaje koje mu pružaju pravni akti (postupak supsumcije, tj. svrstavanja pojedinačnog slučaja pod zakonski predviđeno činjenično stanje).

Bajt i dr. činjeničnim stanjem nazivaju skup svih činjenica važnih za zakonito i pravilno donošenje odluke.¹⁰ Prema Krijanu i Krijan Žigić,¹¹ pravno relevantno činjenično stanje čine sve činjenice i koje su značajne za rješavanje stvari.

Iz perspektive parničnog postupka, Dika navodi da sud “kako bi mogao odlučiti o zahtjevu tužitelja da mu u odnosu na stanovitog tuženika pruži pravnu zaštitu određenog sadržaja koja će se ticati tih pravnih posljedica, kako bi, dakle, mogao odlučiti o zahtjevu da se utvrdi postojanje nekog prava ili pravnog odnosa, o zahtjevu da se tuženiku naloži ispunjenje kakve obveze ili o zahtjevu da se izrekne promjena sadržaja određenog pravnog odnosa, mora (u pravilu) utvrditi postoje li činjenice nastankom kojih norma materijalnog prava uvjetuje prihvaćanje toga zahtjeva... Budući da se bez utvrđenja činjeničnog stanja ne može suditi, nužno je prigodom konstrukcije svakog parničnog postupka riješiti i pitanje utvrđivanja tog stanja. Pritom se pitanja koja treba riješiti tiču najprije inicijative za prikupljanje činjenica, za izbor metoda njihova utvrđivanja te za prikupljanje sredstava kojima će se utvrđivati, zatim načina vrednovanja rezultata radnji provedenih radi utvrđivanja činjeničnog stanja te, konačno, stadija postupka tijekom kojih će se moći otvarati činjenična pitanja i način njihove procesne elaboracije”.¹²

Iz kaznenopravne pozicije, Bayer činjenicama razumijeva pojave u stvarnosti, u kojima se sastoje uvjeti materijalnoga kaznenog prava za primjenu kaznene sankcije u konkretnom slučaju te uvjeti procesnog prava za vođenje kaznenog postupka i vršenje procesnih radnji. Skup pravno relevantnih činjenica¹³ koje se utvrđuju u kaznenom postupku pritom se uobičajeno naziva “pravno relevantnim činjeničnim stanjem”.¹⁴ Nadalje: “Utvrđiti neku činjenicu u krivičnom postupku znači utvrditi da li ona postoji ili ne postoji... Utvrđiti neku činjenicu znači isto što i saznati tu činjenicu (spoznati njezino postojanje ili nepostojanje).”¹⁵

10 Bajt, J. – Ivasić, Lj. – Komorčec, M., *Upravni postupak i upravni spor u primjeni*, Zagreb, Nikema, 1999., str. 26.

11 Krijan, P. – Krijan Žigić, L., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb, Novi informator, 2006., str. 130.

12 Dika, M., *Utvrđivanje činjeničnog stanja u reformiranom parničnom postupku*, Zagreb, Pravo u gospodarstvu, god. 42, 6/2003., str. 64-65.

13 Pravno relevantnim činjenicama pritom se nazivaju činjenice na koje pravo (materijalno i procesno kazneno pravo) nadovezuje određene posljedice (primjenu kaznene sankcije, vođenje kaznenog postupka) – Bayer, V., *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja* (Knjiga I. – Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava – prir. Davor Krapac), Zagreb, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske, 1995, str. 166.

14 Bayer, V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo* (Knjiga druga – Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku), 5. izd., Zagreb, Narodne novine, 1989., str. 4-5.

15 *Ibid.*, str. 12.

Grubiša – također s kaznenopravnog gledišta - definira činjenično stanje kao “skup činjenica na kojima se neposredno temelji primjena materijalnog ili formalnog krivičnog zakona u određenom krivičnom predmetu”. Te se činjenice u teoriji nazivaju i “pravno relevantnim činjenicama”, odnosno “odlučnim činjenicama”. Stoga je činjenično stanje jednostavnije moguće definirati i kao “skup odlučnih činjenica”. Pojam važne činjenice obuhvaća, pak, odlučne činjenice i ostale važne činjenice, a skup važnih činjenica čini stanje stvari.¹⁶

Perić¹⁷ ukazuje na vezu između činjeničnog stanja i pravne osnove (titulusa): „Pravna osnova ili titulus jest određeno činjenično stanje priznato od pravnog poretka, koje je osnova nastanka određenog pravnog rezultata. Odnos između pravnog rezultata i pravne osnove ili titulusa jednak je odnosu između posljedice i uzroka“. Primjerice, pravna osnova dobivenog nasljedstva je oporuka. Pravne osnove mogu se dokazivati na različite načine, ali redovito je najefikasniji način, prema Periću, putem isprava. Iz analize pravne osnove ili titulusa vidi se koliko pravo cijeni snagu i vjerodostojnost faktičnog stanja, činjenica, napominje Perić.

Za potrebe nomotehničko-teorijskog razmatranja, Mihajlo i Đuro Vuković činjeničnim stanjem nazivaju cijeli ambijent konkretnog slučaja. Činjenično stanje nije uvijek točna povijesna reprodukcija zbivanja – prigodom utvrđivanja činjeničnog stanja neće se uzeti u obzir sve činjenice, već samo one koje su relevantne za odnosni pravni slučaj.¹⁸

2.2. Materijalna istina

Đerđa navodi da se pod materijalnom istinom podrazumijeva potpuno i točno utvrđeno činjenično stanje, koje je podloga za donošenje odluke.¹⁹ Krijan i Krijan Žigić materijalnu istinu nazivaju i pravim stanjem stvari,²⁰ očitno se referirajući na odredbu čl. 7. prijašnjeg Zakona o općem upravnom postupku.²¹

16 Grubiša, M., Činjenično stanje u krivičnom postupku, 2. izmij. i dop. izd., Zagreb, Informator, 1980., str. 4. i 9.

17 Perić, B., Struktura prava, 12. dop. izd., Zagreb, Informator, 1994., str. 91.

18 Vuković, M. – Vuković, Đ., Znanost o izradi pravnih propisa – nomotehnika, Zagreb, Informator, 1997, str. 155-156. Činjenica se, pak, može definirati i kao “događaj ili stanje stvari za koje je poznato da se zbilo ili postojalo” – Martin, E. A., Oxford Dictionary of Law, 5th ed., Oxford (...), Oxford University Press, 2003., str. 196.

19 Đerđa, D., Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Inženjerski biro, 2010., str. 50. Pojam materijalne istine potrebno je razlikovati od pojma materijalne pravde (pravednosti, engl. *substantive justice*), koji označava odbacivanje svakoga „tehničkog“ pristupa odlučivanju koji od primjenjivača pravne norme zahtijeva primjenu standarda koji odstupaju od prevladavajućih moralnih, političkih i vjerskih normi, ili ih sili donositi odluke koje nisu utemeljene na zdravom razumu – Damaška, M., Lica pravosuđa i državna vlast (Usporedni prikaz pravosudnih sustava), Zagreb, Nastavni zavod Globus, 2008., str. 29.

20 Krijan – Krijan Žigić, op. cit., str. 222.

21 Zakon o općem upravnom postupku, NN br. 53/91. i 103/96. – Odluka USRH.

U pogledu analize relacija dokaz – činjenično stanje – (materijalna) istina, Grubiša²² smatra da treba ići sljedećim putem: glavna aktivnost suda jest utvrđivanje činjeničnog stanja potrebnog za odlučivanje, a ono se utvrđuje pomoću dokaza (ako to nije nepotrebno) i treba odgovarati materijalnoj istini. Za razmatranje biti činjeničnog stanja potrebno je izdvojiti ga od dokaza i od načela materijalne istine. Već i prema tome što je dokazivanje samo sredstvo za utvrđivanje činjeničnog stanja, a materijalna istina u stvari samo njegov atribut, nameće se potreba definiranja činjeničnog stanja odvojeno od tih dvaju pojmova. “Osim toga, oni nisu uvijek tako intimno vezani za činjenično stanje, ne prate ga nužno. Pojedine činjenice što ulaze u sklop činjeničnog stanja mogu se ponekad utvrditi i bez dokazivanja... S druge strane, ‘materijalna’ istina je u biti samo postulat za činjenično stanje. Stoga ne možemo kazati da činjenično stanje u krivičnom postupku nužno uključuje u sebi i pojam stvarne (‘materijalne’) istine. Većina pravnih pisaca u svojim izlaganjima o materijalnoj istini reduciraju je na historijsku, empiričku i pravnu odnosno sudsku istinu, dakle, samo na relativnu istinu koja se svodi na najveći stupanj izvjesnosti do koje može sudac doći u krivičnom postupku... Sve to upozorava na mogućnost da činjenično stanje ne odgovara uvijek realnoj istini, a to nas upućuje na zaključak da ono ne uključuje nužno u sebi i ‘materijalnu istinu’, odnosno da ne može ta dva pojma nužno povezati, a još manje identificirati. Činjenično stanje, kakvo god bilo, osnovica je sudske odluke... Dakle, činjenično stanje može postojati u krivičnom postupku i mimo dokaza (kao sredstva za njegovo utvrđivanje) i mimo ‘materijalne’ istine (kao oznake njegove kvalitete, odnosno kao atributa). I kao takvo ono vrši svoju funkciju u postupku (da služi kao osnovica za odlučivanje, tj. za primjenu prava).”

U okviru normiranja načela materijalne istine, odredbom čl. 8. ZUP-a propisano je da u postupku treba utvrditi pravo stanje stvari, u čiju se svrhu moraju utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su bitne za zakonito i pravilno rješavanje upravne stvari.

2.3. Dokazi i dokazivanje

Pravno relevantne činjenice utvrđuju se dokazima, pa je, prema tomu, ističe Borković, dokaz procesno sredstvo koje služi za stjecanje pravilne predodžbe o činjenicama koje se utvrđuju. Direktnim dokazom pojedina činjenica može se neposredno i potpuno utvrditi. Indirektni dokaz (indicij) je takav da se njime

22 Grubiša, M., op. cit., str. 2-4. Grubiša dodatno ukazuje na potrebu diferenciranja činjeničnoga od pravnog pitanja. “Zadatak sudova je da rješavaju pravne sporove. A riješiti pravni spor, znači utvrditi određeno činjenično stanje i primijeniti na tako utvrđeno činjenično stanje pravno pravilo (pravnu normu). Prvo znači rješavanje činjeničnog pitanja, a drugo rješavanje pravnog pitanja. Rješavanje prvog predstavlja reproduciranje izvjesnog fakta iz prošlosti: nekog događaja, ljudskog postupka, radnje, odnosa. Rješavanje drugog predstavlja ocjenjivanje da li reproducirani fakt odgovara uvjetima propisanim u određenoj pravnoj normi...” – *ibid.*, str. 132.

utvrđuju neke druge okolnosti koje će neposredno poslužiti za stjecanje uvjerenja o postojanju pravno relevantnih činjenica. Dokazuju se, u pravilu, sporne činjenice i činjenice koje su pravno relevantne, tj. one koje mogu utjecati na rješenje stvari. Ne treba dokazivati općepoznate (notorne) činjenice, niti činjenice čije postojanje zakon pretpostavlja (zakonska presumpcija – *presumptio iuris*), ali je dopušteno dokazivati nepostojanje zakonskih presumpcija koje su oborive. Ne dokazuju se ni pravna pravila.²³

Dokazivanje je, pak, postupovna radnja koja se provodi radi utvrđivanja pravno relevantnih činjenica. Te se činjenice utvrđuju dokazima – postupovnim sredstvima koja služe za stjecanje pravilne predodžbe o činjenicama koje se utvrđuju.²⁴

Kod izvođenja dokaza razlikuju se formalna (zakonska) dokazna maksima, kod koje je pravnom normom propisano koja dokazna sredstva valja koristiti za utvrđivanje određenih činjenica, od slobodne dokazne maksime, kod koje voditelj postupka odlučuje koje će činjenice uzeti kao dokazane, na temelju savjesne i brižljive ocjene svakog dokaza posebno, te svih dokaza zajedno.²⁵

Prema Damaški,²⁶ tri su glavne tehnike izvođenja dokaza: bilateralno – izravnim i unakrsnim ispitivanjem, unilateralno izvođenje, te povjeravanje zadataka utvrđivanja činjenica trećoj osobi.

Prema Bayeru, dokaz u kaznenom postupku može se definirati kao saznanje o činjenicama koje se utvrđuju u kaznenom postupku, kojima se tijelo koje utvrđuje činjenice koristi kada neku činjenicu ne može utvrditi vlastitim opažanjem, a koji se izvor saznanja sastoji ili u obavještenju o činjenicama što ga tijelu daje osoba koja je vlastitim opažanjem saznala za odnosne činjenice (okrivljenik, svjedok, vještak, autor isprave) ili u ranijoj tehničkoj snimci činjenica. Uporabu dokaza radi utvrđivanja (saznanja) činjenice nazivamo dokazivanjem.²⁷ Iskaze osoba o činjenicama koje se utvrđuju u kaznenom postupku, isprave i snimke dobivene tehničkom registracijom činjenica, nazivaju se dokazima u užem smislu riječi. Zajedno s indicijima,²⁸ riječ je o dokazima u širem smislu riječi. Dokaze u užem

23 Borković, I., *Upravno pravo*, VII. izmij. i dop. izd., Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 446. Pišući iz anglosaksonske upravno-pravne perspektive, Cane navodi da se, prema analitičkom pristupu, činjenično pitanje sastoji od pitanja postojanja nekog fenomena u svijetu oko nas, dok pravno pitanje čini pravni značaj tog fenomena – Cane, P., *Administrative Law*, 4th ed., Oxford (...), Oxford University Press, 2004., str. 229. „Sudac uvijek mora određivati domet pravnih teorija mjerodavnih za rješavanje predmeta. No je li zaista tako? Postoji nešto na prvi pogled sumnjivo u postupovnom sustavu koji definiranje činjeničnih parametara prepušta strankama, a definiranje pravnih parametara sudu. Čak i u pravnim kulturama u kojima je jasna teorijska razlika između činjeničnih i pravnih pitanja, te dvije vrste pitanja u praksi su tako usko isprepletene da se moramo zapitati kako može funkcionirati postupak u kojem se kontrola nad njima tretira na potpuno različite načine.“ – Damaška, M., op. cit., str. 120.

24 Đerđa, D., op. cit., str. 149.

25 Borković, I., op. cit., str. 447.

26 Damaška, M., op. cit., str. 101.

27 Bayer, V., *Jugoslavensko...*, str. 15-16.

28 Indiciji su činjenice (pojave u stvarnosti) koje nisu pravno relevantne, ali na temelju njihova

smislu riječi ne možemo poistovjetiti sa činjenicama bilo koje vrste, jer su dokazi u užem smislu riječi izvori saznanja o činjenicama, a ne činjenice.²⁹

2.4. Hijerarhija funkcija pojedinih instituta; razlikovanje cilja i sredstava

Funkcije glavnih instituta upravnog spora razmatranih u ovom radu mogu se, prema našem mišljenju, kategorizirati u sljedećem hijerarhijskom nizu (pri čemu su niže rangirane funkcije sredstvo ostvarivanja viših funkcija):

- zakonito rješavanje spora,
- materijalna istina, kao podloga za primjenu materijalnog prava na utvrđeno činjenično stanje,
- utvrđivanje odlučnih činjenica,
- sredstva utvrđivanja činjenica: koncept općepoznatih činjenica, presumpcije (neoborive i oborive), nesporne činjenice, dokazivanje, rasprava, kontradiktornost spora, teret dokazivanja.

Također, na razini cjelovite primjene ZUS-a i poimanja reforme upravnog spora, valja razlikovati cilj ZUS-a (normativno izražen u čl. 2. st. 1. toga Zakona, te doktrinarno analiziran u radovima više autora),³⁰ od sredstava (instrumenata) ostvarivanja tog cilja, poput usmene rasprave, reformacijskog odlučivanja, kontradiktornosti spora, jednakosti procesnih sredstava i dr.

Dakako, u funkcionalnoj hijerarhiji pravnih instituta upravnog spora, važno je – među inim – za tumačenje odredbi ZUS-a, cilj upravnog spora nalazi se iznad sredstava za njegovu realizaciju.

3. ČINJENICE I DOKAZI U ODREDBAMA ZUS-a

Slijedi pregled normativnog uređenja činjenica i dokaza, kao i srodne materije rasprave, u okviru odredbi ZUS-a.

3.1. Činjenice

Pored uvodno citiranih odredbi čl. 33. i čl. 34. ZUS-a, u pogledu utvrđivanja činjenica u upravnom sporu ukazujemo i na sljedeće norme ZUS-a:

a) načelo izjašnjavanja stranke (čl. 6.) - prije donošenja presude sud će svakoj stranci dati mogućnost izjasniti se o (među inim) svim činjeničnim pitanjima koja su predmet spora, osim kada je to propisanom zakonom;

postojanja možemo, prema iskustvu, logički zaključiti da postoje pravno relevantne činjenice – Bayer, V., Kazneno..., cit., str. 168.

29 Ibid., str. 180.

30 V. npr.: Medvedović, D., Novi sustav upravnog sudovanja, u: Đerđa – Šikić, op. cit., str. 31.-32.; Đerđa – Šikić, op. cit., str. 83.-85.; Rajko, A., Glavne funkcije upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Informator, god. 60., 6119/2012., str. 12.-13.

b) poduzimanje radnji u upravnom sporu (čl. 20. st. 5.) – sud može, kada to smatra korisnim za razrješenje spora, pozvati tužitelja ili zainteresiranu osobu koje zastupa osoba ovlaštena za zastupanje da se osobno odazovu i izjasne o određenim činjenicama;

c) sadržaj tužbe (čl. 23. st. 1. t. 8.) – tužba mora obavezno sadržavati i činjenice (*onus proferendi*) te dokaze (*onus probandi*) na kojima tužitelj temelji tužbeni zahtjev;

d) sadržaj odgovora na tužbu (čl. 32. st. 2.) – tuženik i zainteresirana osoba se u odgovoru na tužbu trebaju izjasniti o zahtjevima i navodima tužbe, dakle i o činjeničnim navodima te dokaznim prijedlozima;

e) ogledni spor (čl. 48. st. 1.) – ista činjenična priroda predmeta tužbe u deset ili više prvostupajskih upravnih sporova jedna je od kumulativnih pretpostavki za primjenu instituta oglednog spora;

f) presuda (čl. 55. st. 3. i 4.) – sud presudu donosi prema slobodnom uvjerenju, te na temelju razmatranja svih pravnih i činjeničnih pitanja, a presuda se može temeljiti samo na činjenicama i dokazima o kojima je strankama dana mogućnost izjašnjavanja;

g) sadržaj presude (čl. 60. st. 4.) – u obrazloženju presude sud izlaže, između ostalog, činjenice i dokaze koje su stranke iznijele, činjenice koje je sud utvrđivao, zašto i kada ih je utvrdio, a ako ih je utvrdio dokazivanjem, koje je dokaze izvodio i kako ih je ocijenio;

h) žalba protiv presude (čl. 66. st. 1. t. 2.) – pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje u sporu jedan je od žalbenih razloga;

i) sadržaj žalbe (čl. 69. st. 3.) – u žalbi se ne mogu iznositi nove činjenice;

j) ovlasti Visokoga upravnog suda Republike Hrvatske u odlučivanju po žalbi (čl. 74. st. 2.) – pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao jedan od razloga za poništenje prvostupajске presude.

Kada tužitelj postupi protivno odredbi čl. 23. st. 1. t. 8. ZUS-a, sud će ga pozvati na odgovarajuće uređenje tužbe (čl. 29. st. 1. ZUS-a). Propuštanje navođenja činjenica na kojima tužitelj temelji tužbeni zahtjev nerijetko je povezano s propuštanjem navođenja razloga za pokretanje spora (čl. 23. st. 1. t. 7. ZUS-a). U određenom broju tužbi dokazni prijedlozi tužitelja ograničeni su na uvid u osporeno rješenje te u spis predmeta upravnog postupka.

Vezano uz mogućnost izjašnjenja stranke o činjenicama na kojima se temelji presuda, u autorovoj se praksi postavilo pitanje, može li se presuda temeljiti (čl. 55. st. 4. ZUS-a) na, između ostalog, činjenici iznesenoj na raspravi, s koje je neka od stranaka – iako uredno pozvana - neopravdano izostala? Prema čl. 39. st. 5. ZUS-a, rasprava se zaključuje kada sud ocijeni da je o predmetu raspravljeno dovoljno da se može donijeti presuda. Nadalje, u pozivu na raspravu navest će se da se presuda može donijeti i bez nazočnosti stranke u raspravi (čl. 37. st. 3. ZUS-a). U čl. 8. ZUS-a, kojim je uređeno načelo učinkovitosti, propisano je da će sud provesti upravni spor brzo i bez odugovlačenja, uz izbjegavanje nepotrebnih radnji i troškova, da će onemogućiti zlouporabu prava stranaka i drugih sudionika

u sporu, te odluku donijeti u razumnom roku. Stoga je, prema našem mišljenju, stranci koja neopravdano izostane s rasprave bilo omogućeno da joj prisustvuje, a time i da se izjasni o činjeničnim navodima ostalih stranaka danim na raspravi. K tomu, u pozivu na raspravu neopravdano odsutna stranka upozorena je da se presuda može donijeti i bez njene nazočnosti u raspravi. Uzevši u obzir navedeno, ako sud na odnosnoj raspravi ocijeni da je o predmetu raspravljeno dovoljno da se može donijeti presuda, može zaključiti raspravu i donijeti presudu, neovisno o tome što se neopravdano odsutna stranka nije izjasnila o činjeničnim navodima drugih stranaka danima na raspravi.

Napominjemo da saznanje stranke za nove činjenice ili stjecanje mogućnosti da se upotrijebe novi dokazi nije među pretpostavkama za obnovu spora, propisanim u čl. 76. st. 1. ZUS-a.³¹ U dijelu slučajeva, nove činjenice/dokazi može biti temelj za obnovu upravnog postupka koji je prethodio sporu (v. čl. 123. ZUP-a).

3.2. Dokazi i dokazivanje

Za dokaze i dokazivanje relevantan je, pored normi čl. 33. i čl. 34. ZUS-a, dio odredbi ZUS-a vezanih uz činjenice, navedenih pod 3.1. ovog teksta (pod c/, d/, f/ i g/).

Dodatno, za dokazni postupak vezane su i sljedeće odredbe ZUS-a:

- obveza dostave isprava kojima raspolažu javnopravna tijela (ne samo javnopravna tijela koja su stranke u sporu – nap. a., čl. 35.) – na zahtjev suda, javnopravna tijela dostavit će isprave kojima raspolažu, pri čemu će navesti koje isprave ili dijelovi isprava se smatraju tajnom prema zakonima o zaštiti tajnosti podataka (u koje stranke ne mogu imati uvid, ali uvid ne može biti uskraćen sudu);

- ogledni spor (čl. 48. st. 2.) – nakon pravomoćnosti presude donesene u oglednom sporu, sud će nastaviti voditi prekinute sporove uz primjenu dokaza koji su provedeni u oglednom sporu;

- razlozi obnove spora (čl. 76. st. 1. t. 4.) – utemeljenje odluke suda na krivotvorenoj ispravi, ili na ispravi u kojoj je ovjeren neistinit sadržaj, odnosno na lažnom iskazu svjedoka, vještaka ili stranke, među razlozima je obnove spora.

3.3. Poveznice s raspravom

Rasprava je glavni medij provedbe dokaznog postupka u upravnom sporu. Čak i kada se odluka suda u cijelosti temelji na dokazima izvedenima u upravnom postupku u kojem je donesena osporavana odluka, na raspravi se čita sadržaj spisa predmeta tog postupka.

Đerđa i Šikić kao primarnu funkciju rasprave navode upotpunjavanje činjeničnog stanja, razjašnjenje svih dvojbi u vezi s njim, te omogućavanje strankama u sporu izjasniti se o činjenicama utvrđenim u sporu.³²

31 Usp. odredbu čl. 421. st. 1. t. 10. ZPP-a.

32 Đerđa – Šikić, op. cit., str. 204.

Ne treba zaboraviti ni da je rasprava neposredni oblik ostvarivanja kontradiktornosti spora, koja se ostvaruje i posredno, razmjenom pisanih podnesaka stranaka.

Rasprava je stoga istodobno jedan od ključnih instrumenata ostvarenja prava stranaka na jednakost oružja, tj. jednakost stranaka u mogućnosti korištenja procesnih sredstava (jednakost oružja detaljnije razmatramo pod 4.3. ovog teksta).

Slijedom netom navedenog, za materiju činjenica i dokazivanja u upravnom sporu značajne i odredbe ZUS-a kojima je uređena rasprava, tj. prvenstveno:

- načelo usmene rasprave (čl. 7.). – u upravnom sporu sud odlučuje na temelju usmene, neposredne i javne rasprave, osim kada je ZUS-om propisano drukčije,³³

- rješavanje upravnog spora bez rasprave (čl. 36. t. 2., 4. i 5.) – među alternativnim pretpostavkama za fakultativno rješavanje spora presudom bez rasprave³⁴ kod rješavanja spora na temelju pravomoćne presude donesene su u ogleđnom sporu (v. pod 3.1. i 3.2. ovog rada), ako tužitelj osporava samo primjenu prava, činjenice su nesporne, a stranke u tužbi ili u odgovoru na tužbu izričito ne zahtijevaju održavanje rasprave, odnosno ako se stranke o tome izrijekom suglase, a sud utvrdi da nije potrebno izvoditi nove dokaze;

- zakazivanje rasprave (čl. 37. st. 2.) – na ročište se pozivaju, pored stranaka, svjedoci i vještaci.

Napominjemo da se termin „činjenice“ iz čl. 36. t. 4. ZUS-a odnosi na činjenice koje su pravno odlučne za rješavanje odnosnog spora (pravnorelevantne činjenice), a ne na sve činjenice sadržane u spisu predmeta upravnog postupka i u spisu spora.³⁵

Nadalje, primjena odredbe čl. 36. t. 5. ZUS-a razumijeva pisanu suglasnost svih stranaka sadržanu u tužbi, odgovoru na tužbu, ili u kasnijim podnescima stranaka u fazi spora koja prethodi zakazivanju rasprave. Navedenu suglasnost stranke mogu dati samoinicijativno, na prijedlog druge stranke ili na poziv suda da se izjasne o primjeni te procesne varijante.

Iako davanje ovlasti upravnim sudovima da sami izvode dokaze te napuštanje

33 Radi se još o jednom otklonu od ranijeg uređenja upravnog spora – usp. čl. 34.-38. prijašnjeg Zakona o upravnim sporovima.

34 Riječ je o fakultativnom odlučivanju suda, jer sud ni u jednom slučaju iz čl. 36. ZUS-a nije dužan riješiti spor bez rasprave. Iz perspektive stranaka, predlaganje rješavanja spora bez rasprave, odnosno suglašavanje s takvim prijedlogom, bit će, pored smanjenja troškova, ponajprije motivirano bržim rješavanjem spora – spor u kojem se ne provodi rasprava može biti riješen čim sud utvrdi da su se stranke u pisanoj komunikaciji imale priliku izjasniti o svim navodima ostalih stranaka, odnosno o eventualnim upitima suda, bez čekanja slobodnog termina za raspravu (uzevši u obzir odnos broja predmeta i broja sudaca u upravnim sudovima, realna ročišna dinamika ne može ići u prilog brzog rješavanja sporova). Šire promatrano, konsenzualno utemeljene iznimke od pravila provedbe usmene rasprave ne treba promatrati kao odstupanje od načela usmene rasprave (tim više jer sud takvim prijedlozima stranaka nije vezan), već prije kao razumnu stranačku dispoziciju i mogućnost oslobađanja kapaciteta upravnih sudova za brže rješavanje sporova u kojima se rasprava provodi, a ti sporovi čine veliku većinu ukupnog broja predmeta.

35 V. i čl. 66. st. 4. ZUS-a, koji postojanje pogrešno ili nepotpuno utvrđenoga činjeničnog stanja vezuje uz pojam odlučne činjenice.

ranije načelne vezanosti upravnog suda činjenicama utvrđenima u upravnom postupku prvenstveno korespondiraju s normativnim afirmiranjem donošenja reformacijskih presuda (spor pune jurisdikcije), ta ovlast čini bitni postupovni iskorak i u odnosu na kasacijsko odlučivanje, pružajući daleko potpuniju podlogu za utvrđivanje materijalne istine. Osim toga, nove upravnosudske ovlasti u pogledu utvrđivanja činjenica i dokaznog postupka, te napuštanje „papirnato“ rješavanja sporova, olakšavaju ostvarivanje sekundarnih funkcija upravnog sudstva, poput unaprjeđenja kvalitete rada uprave.³⁶

3.4. Prvo noveliranje ZUS-a

Prvo noveliranje ZUS-a,³⁷ provedeno nakon nepune jednogodišnje primjene tog Zakona, ponajprije je bilo obilježeno ukidanjem rješavanja prvostupanjskih upravnih sporova u vijećima,³⁸ te vraćanjem na prijašnji režim nadoknade troškova spora, prema kojem svaka stranka podmiruje svoje troškove.³⁹ Tako je, ni godinu dana nakon stupanja ZUS-a na snagu, napuštena koncepcija nadoknade troškova razmjerno uspjehu u sporu. Pored toga, odredbama čl. 18. st. 1. i čl. 19. Zakona o izmjenama i dopunama ZUS-a novo uređenje troškova spora protegnuto je i na započete sporove (osim na one u kojima je do dana stupanja novele na snagu zaključena rasprava), pa će, primjerice, stranke koje su prije noveliranja ZUS-a predujmile troškove vještačenja ti troškovi teretiti makar u konačnici uspiju u sporu.

Na prvi pogled, vraćanje na model nadoknade vlastitih troškova neovisno o ishodu spora trebalo bi imati neutralni učinak na stranke upravnog spora (tužitelja, tuženika i zainteresiranu osobu), jer se svaka od njih može naći u situaciji da dobije ili izgubi spor. Ako u obzir uzmemo i da znatna većina sporova završava odbijanjem tužbenog zahtjeva, naoko se može činiti da spomenuta legislativna intervencija ide prije svega u prilog tužiteljima.

Stvarno stanje je, međutim, drukčije, zbog sljedećih razloga. U prvoj godini primjene ZUS-a, primjenom koncepta nadoknade troškova sukladno (ne)uspjehu u sporu vrlo rijetko je dolazilo do dosuđivanja troškova tuženiku. Naime, tuženik (za razliku od tužitelja i zainteresirane osobe) nema pravo na vanjsko zastupanje u sporu, osim eventualnog zastupanja tijela državne uprave i drugih državnih

36 Primjerice, mogućnost pozivanja službene osobe, koja je sudjelovala u upravnom postupku, kao svjedoka u upravnom sporu, može imati povoljni preventivni učinak na kvalitetu rada (barem) dijela službenika.

37 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, NN br. 143/12., na snazi od 28. prosinca 2012. godine.

38 Uzevši u obzir temu ovog rada, ovdje nećemo ponavljati razloge našeg protivljenja ukidanju odlučivanja u vijećima, izraženog u više tekstova.

39 Opširnije o sadržaju prve novele ZUS-a v. npr. u:

- Staničić, F., *Kamo vodi „mini reforma“ upravnog sudovanja u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Informator, god. 60., 6131/2012, str. 1.-3.;

- Rajko, A., *Prvo noveliranje Zakona o upravnim sporovima*, Ius-Info, <<http://www.iusinfo.hr/Article/Content.aspx?SOPI=CLN20V01D2013B550>>, 24. siječnja 2013., 18. veljače 2013.

tijela od strane državnog odvjetništva,⁴⁰ što isključuje i mogućnost zastupanja tuženika od strane odvjetnika. Zakonom nije propisano pravo službenih osoba (zaposlenika) tuženika na nagradu/naknadu za zastupanje tuženika.⁴¹ Stoga su u pogledu zastupanja tuženika mogli biti priznati samo eventualni troškovi zastupanja od strane državnog odvjetništva,⁴² koja nisu bila česta.⁴³ Nadalje, kako, po naravi stvari, većinu dokaznih prijedloga u sporu iznosi tužitelj, tuženici su vrlo rijetko predlagali izvođenje dokaza i za to predujmljivali troškove, što bi kasnije teretilo tužitelja koji izgubi spor. Dakle, kada je u prvoj godini primjene ZUS-a dosuđivana naknada troškova spora, troškovi su u pravilu dosuđivani u korist tužitelja, ponekad zainteresirane osobe, a iznimno rijetko u korist tuženika.

Vjerujemo da će upravo zakonodavčevo reteriranje na području troškova spora imati implikacije i na utvrđivanje činjenica te dokazni postupak u upravnom sporu.⁴⁴ S jedne strane, u situaciji kada je predlaganje pojedinih dokaza povezano s podmirenjem troškova njihova izvođenja, neovisno o ishodu spora, tužitelji - koji su, po naravi stvari, puno češće predlagatelji dokaza negoli su to tuženici i zainteresirane osobe - teže će se odlučivati na predlaganje dokaza čije izvođenje razumijeva određene troškove. U drugu ruku, iako sud može po službenoj dužnosti odrediti izvođenje pojedinog dokaza na teret financijskih sredstava suda, u praksi će nedvojbeno rijetko posezati za time, prije svega zbog:

- nedovoljnih financijskih sredstava za tu namjenu,
- dužnosti osiguranja ravnopravnosti stranaka u različitim sporovima u pogledu njihova financijskog rasterećenja na uštrb sredstava suda, kako npr. stranke čiji se sporovi rješavaju ranije kroz godinu (kada sud još raspolaže određenim sredstvima za tu namjenu) ne bi bile u povoljnijem položaju u odnosu na stranke čiji sporovi na red dolaze kasnije kroz godinu,
- izbjegavanja sudske prakse koja bi slala signal strankama da se ne trebaju izlagati riziku predlaganja dokaza, što bi u određenoj mjeri pogodovalo i obijesnom sudovanju na teret državnog proračuna.

Može se očekivati da će takva situacija imati implikacije i na opseg sudske zaštite zatražen tužbenim zahtjevom, kao i na odlučivanje suda o tom opsegu (više o spomenutome donosimo pod 4.1. ovog teksta).

Pored toga, otvoreno je pitanje implikacija novoga (starog) uređenja troškova spora i ustavnog prava na pristup sudu, odnosno ustavnopravne razmjernosti ograničenja tog prava koja slijede iz nemogućnosti tužitelja i zainteresirane osobe da izbjegnju potrebne troškove spora čak i kada se utvrdi da su spor osnovano

40 V. čl. 20. st. 3., vezano za čl. 20. st. 2. i čl. 21. ZUS-a.

41 V. čl. 79. st. 1. osnovnog teksta ZUS-a.

42 V. čl. 91. st. 1. Zakona o državnom odvjetništvu, NN, br. 76/09., 153/09., 116/10., 145/10., 57/11. i 130/11.

43 Državno odvjetništvo u upravnom sporu češće se javlja kao zastupnik Republike Hrvatske kao zainteresirane osobe, negoli kao zastupnik tuženika.

44 Ovaj tekst pisan je krajem prosinca 2012., pa je osvrt na učinke prvog noveliranja ZUS-a nužan još na razini procjena, a ne empirijskih pokazatelja.

pokrenuli. U konačnici, postavlja se i pitanje ustavnopravne prihvatljivosti dosega ograničenja kojim je na taj način podvrgnuto efektivno ostvarenje ustavnog jamstva sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti.

Među ostalim novostima koje je donijela prva novela ZUS-a je i dodatna pretpostavka za fakultativno rješavanje spora bez rasprave, propisana novom odredbom čl. 36. t. 5. ZUS-a (v. pod 3.3. ovog teksta).

4. TEMELJNA POSTUPOVNA PITANJA

Temeljnim postupovnim pitanjima vezanima uz temu ovog rada smatramo detektiranje odlučnih činjenica, selekciju i ocjenu dokaznih sredstava, koncept tereta dokazivanja, te posebnosti procesnih rješenja kojima upravni sud odlučuje u spomenutoj materiji. O tomu više riječi donosimo u nastavku.

4.1. Činjenice odlučne za rješavanje upravnog spora

U ovom dijelu rada nastojat ćemo odgovoriti na tri bitna pitanja, koja povezuju sadržajnu i vremensku dimenziju materije činjeničnog stanja. Prvo, su koje činjenice odlučne za rješavanje pojedinoga upravnog spora? Drugo, mogu li se odlučnim činjenicama smatrati i one koje nisu postojale u vrijeme vođenja upravnog postupka u okviru kojeg je donesen osporavani upravni akt? Treće, mogu li za rješavanje spora biti relevantne činjenice koje su postojale u vrijeme vođenja upravnog postupka, ali javnopravna tijela u tom postupku za njih nisu morala znati i(li) ih nisu bila dužna utvrđivati?⁴⁵

Odgovor na prvo pitanje prije svega ovisi o odredbama materijalnog prava kojima je regulirano rješavanje pojedine upravne stvari, odnosno postupanje ili upravni ugovor. Najčešće je riječ o činjeničnom supstratu koji je materijalnim pravom normiran za priznavanje nekog prava ili određivanje neke obveze stranci. Pri tomu je u obzir potrebno uzimati i posebnosti imanentne rješavanju stvari u upravnom postupku, materiji postupanja, te upravnim ugovorima, kao i specifičnostima u normiranju unutar svakog od spomenutih triju područja uređenima odredbama ZUP-a i posebnih zakona. Širi korpus odlučnih činjenica u pravilu se javlja u sporovima u kojima se tužbenim zahtjevom traži i naknada štete, odnosno povrat stvari.

Pored toga, utvrđivanje odlučnih činjenica ovisi i o dodatnim činiteljima, i to prvenstveno o opsegu tužbenog zahtjeva,⁴⁶ te o tomu postoje li – u slučaju da

45 Ovdje ukazujemo na Damaškinu (op. cit., str. 126.) napomenu: nadzor stranaka nad postupkom izvođenja dokaza manje je važan za postupak rješavanja spora od njihova nadzora nad definiranjem činjeničnih pitanja.

46 U teoriji i praksi postoje određene dvojbe o odnosu odredbe čl. 22. st. 3. ZUS-a, koja implicira ovlast tužitelja da odluči želi li sudsku zaštitu donošenjem reformacijske odluke (i

tužbeni zahtjev sadrži donošenje reformacijske odluke – pretpostavke za donošenje takve odluke. Ako, dakle, tužitelj ne traži da sud sam riješi stvar, ili ako to traži, ali sud ne može donijeti reformacijsku presudu po prirodi stvari, ili za to nije ovlašten jer je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni, utvrđivanje činjenica, iz kojih slijedi da je došlo do povrede zakona na štetu tužitelja, dovoljno je za donošenje kasacijske presude.⁴⁷ Kada je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni, za odluku suda odlučne su činjenice je li osporavana odluka donesena u skladu sa zakonom, je li donesena u granicama diskrecijske ovlasti, te je li sukladna svrsi dane ovlasti (v. čl. 4. st. 2. ZUS-a). S druge strane, donošenje reformacijske presude u pravilu razumijeva utvrđivanje većeg broja odlučnih činjenica, potrebnih za meritornu odluku suda.

Vezano za regulaciju troškova spora propisanu u okviru prvog noveliranja ZUS-a (v. pod 3.4. ovog rada), postavlja se dodatno pitanje kako sud treba postupiti ako tužitelj traži donošenje reformacijske presude, ali ne želi podmiriti troškove izvođenja dokaza potrebnih za takvo presuđenje? Prema našem mišljenju, ako činjenice utvrđene u sporu daju osnovu za donošenje kasacijske presude (tj. ako je utvrđena povreda zakona na štetu tužitelja, a nema mjesta primjeni norme čl. 57. st. 2. ZUS-a), sud ne bi trebao odbiti tužbeni zahtjev pozivom na to da nisu utvrđene činjenice nužne za meritorno rješavanje spora te na pravilo o teretu

to u odnosu na tužbene zahtjeve iz čl. 22. st. 2. t. 1. i 2. ZUS-a), s odredbama čl. 58. st. 1. i 3. ZUS-a, koje obvezuju sud na donošenje reformacijske odluke, osim kada to nije moguće zbog prirode stvari te kada je tuženik rješavao po slobodnoj (diskrecijskoj) ocjeni. Prikaz argumenata u prilog obiju teza sadržan je npr. u: Vezmar Barlek, I., *Novo uređenje predmeta upravnog spora u Hrvatskoj*, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, 1/2012., str. 489. Pritom se priklanjamo stavu Đerđe i Šikića (op. cit., str. 257.), prema kojem bi, sukladno pravu slobodnog disponiranja tužbenim zahtjevom, sud ipak trebao biti njime vezan te sam riješiti upravnu stvar samo kada tužitelj to traži tužbenim zahtjevom. Iz cjeline argumenata za i protiv veznosti suda izjašnjenjem tužitelja iz čl. 22. st. 3. ZUS-a, smatramo da odredbe ZUS-a treba sagledavati u cjelini, te da nema utemeljenog razloga za uskraćivanje tužitelju spomenute ovlasti, među inim, i zbog toga što je spor pune jurisdikcije instrument za ostvarivanje cilja ZUS-a, a ne samostojeći cilj reforme upravnog spora. Nadalje, osim pravnih argumenata u prilog takvom gledištu, u postojećoj organizacijsko-kadrovskoj situaciji upravnog sudovanja (za koju nema naznaka kratkoročnog poboljšanja) dvojbena je i stav prema kojem spor pune jurisdikcije na praktičnoj razini omogućuje bržu pravdu, jer će u nemalom broju slučajeva tužitelj svoj interes brže ostvariti u ponovnome upravnom postupku, uz odgovarajuće upute suda tuženiku (osobito kada se kasacijska presuda donosi bez rasprave), nego u realno mogućoj dinamici održavanja upravnosudskih ročišta, nužnih za utvrđivanje činjenica koje mogu činiti podlogu za meritorno odlučivanje suda. Dakle, ne samo na načelnoj, nego i na netom spomenutoj, praktičnoj razini postavlja se pitanje treba li tužitelju uskratiti ovlast da sam bira koja varijanta zaštite je za njega pogodnija u pojedinom slučaju?

47 Pritom je u vidu potrebno imati i odredbu čl. 57. st. 2. ZUS-a (različita pravna relevantnost pojedinih povreda zakona pri donošenju osporene odluke), koja glasi:

Sud će odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan i kada utvrdi da je u postupku koji je prethodio donošenju pojedinačne odluke bilo nedostataka, ali nisu utjecali na rješavanje predmeta postupka te ako utvrdi da je pojedinačna odluka zasnovana na zakonu, ali zbog drugih razloga od onih navedenih u odluci.

dokazivanja,⁴⁸ već bi trebao donijeti kasacijsku presudu, primjenom logičkog tumačenja *argumentum a maiori ad minus* (ovdje: uži tužbeni zahtjev sadržan je u širem zahtjevu).

Načelni odgovor na drugo pitanje iz uvoda ovog dijela rada je niječan. Naime, sistematizacija predmeta upravnog spora normirana je odredbama čl. 3. ZUS-a, pri čemu su dopušteni predmeti spora pred prvostupanjskim upravnim sudom navedeni u stavku 1. navedenog članka. U sva četiri slučaja iz čl. 3. st. 1. ZUS-a (zakonitost pojedinačne odluke – upravnog akta, zakonitost postupanja, zakonitost šutnje uprave te zakonitost sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora), u upravnom sporu ocjenjuje se zakonitost u odnosu na činjeničnu i pravnu situaciju u vrijeme vođenja upravnog postupka, odnosno postupanja, te sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog ugovora. Odredbe o predmetu upravnog spora pritom logično slijede uređenje ustavnog prava na sudsku kontrolu zakonitosti pojedinačnih akata uprave (uvodno spomenuti čl. 19. st. 2. Ustava Republike Hrvatske). Ukoliko akti ili postupanje javnopravnih tijela nisu bili nezakoniti u vrijeme svog donošenja, tj. ukoliko su, vezano za ovo razmatranje, bili utemeljeni na onodobnome činjeničnom stanju, nema osnove za upravnosudsku intervenciju.⁴⁹

Ipak, ovdje postoje određene iznimke, prvenstveno utemeljene na recentnoj ustavnosudskoj praksi, koja je primjenjiva ponajprije kada relevantne norme materijalnog prava sadrže promjenjive činjenice značajne za cjelovitu ocjenu postoji li u odnosnom slučaju stanje sukladno zakonu, s naglaskom na analizi svrhe propisa. Riječ je o stajalištu izraženom u predmetu oduzimanja oružja,⁵⁰ u kojem je nakon

48 O teretu dokazivanja v. *ultra*, pod 4.3.

49 Takvog su stava i Đerđa i Šikić (op. cit., str. 200.): „Upravni spor uvijek se rješava na temelju činjenica koje su postojale prije donošenja pojedinačne odluke odnosno postupanja javnopravnog tijela. Dakle, za rješavanje upravnog spora relevantno je činjenično stanje koje je postojalo u vrijeme donošenja pojedinačne odluke ili postupanja. Iznošenje činjenica koje su nastale nakon donošenja osporavane pojedinačne odluke ili postupanja nema utjecaja na rješavanje upravnog spora koji je u tijeku, ali to može biti osnova za ostvarivanje prava stranke u novom upravnom postupku.“

50 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-III-3198/2006 od 15. ožujka 2011. (NN br. 36/11), u kojoj je stav Ustavnog suda Republike Hrvatske formuliran na sljedeći način: „Prema stajalištu Ustavnog suda, mjerodavne odredbe kojima je propisano oduzimanje oružja od osobe protiv koje je pokrenut kazneni odnosno prekršajni postupak, valja sagledavati tako da se ne ispusti iz vida svrha koja se propisivanjem obligatornog oduzimanja oružja u određenim slučajevima željela postići. Naime, svrha članka 47. stavka 1. Zakona o oružju nije (i ne može biti) kazna za počinjeno kazneno odnosno prekršajno djelo, a još manje to može biti kažnjavanje za djelo čije počinjenje nije pravomoćno utvrđeno. Svrha odredbe o oduzimanju oružja u slučaju kad je protiv određene osobe pokrenut kazneni odnosno prekršajni postupak usmjerena je prevenciji, odnosno onemogućavanju osobe za koju postoji osnovana sumnja da je počinila kazneno djelo s elementima nasilja odnosno prekršaj koji ukazuje na mogućnost zlouporabe oružja, da upotrijebi oružje na nedopušteni način. Svako tumačenje suprotno navedenom bilo bi pravno neutemeljeno. Polazeći od navedenog, Ustavni sud u konkretnom slučaju smatra odlučnom činjenicu da ni kazneni ni prekršajni postupak protiv podnositelja, zbog kojih mu je oružje oduzeto, nisu okončani osuđujućom odlukom, a okončani su nekoliko godina prije donošenja osporene presude Upravnog suda. Preventivna svrha zakonskih odredaba o oduzimanju oružja nalaže stoga zaključak o nužnosti

okončanja upravnog postupka, a prije donošenja upravnosudske odluke, došlo do neosuđujućeg okončanja kaznenoga/prekršajnog postupka. Primjenjivost tog stajališta potrebno je utvrditi pri rješavanju pojedinoga upravnog spora, polazeći od načelnih ustavnosudskih shvaćanja, a ne primarno od predmeta odnosnog spora.

Odgovor na treće pitanje još je kompleksniji. Smatramo da treba početi od načelne dopustivosti utvrđivanja relevantnosti tih činjenica, osobito kada je upravni postupak vođen po službenoj dužnosti. Naime, u tim postupcima naglašeni su oficiozne dužnosti javnopravnog tijela pri utvrđivanju činjeničnog stanja, pa posljedice propuštanje utvrđivanja odlučnih činjenica ne bi trebalo ići na teret stranke.⁵¹ Također, uvijek je potrebno imati u vidu obveze koje pred javnopravna tijela stavlja načelo utvrđivanja materijalne istine (čl. 8. ZUP-a).

Nadalje, smatramo da su u pogledu odgovora na treće pitanje dopuštene određene iznimke od spomenutoga načelnog stava, kao i da te iznimke mogu slijediti samo iz:

- izrijeckom propisanih obveza stranke, kada je stranka te obveze propustila ispuniti u upravnom postupku, odnosno
- izričitih odredbi da javnopravno tijelo određene činjenice nije dužno utvrđivati po službenoj dužnosti.

Tipične primjere takvih odredbi nalazimo u poreznim propisima. Primjerice, riječ je odredbama koje obvezuju poreznog obveznika na prijavu činjenica bitnih za oporezivanje, na sudjelovanje u poreznom postupku, na davanje obavijesti, na sudjelovanje u provedbi poreznog nadzora (čl. 58., 59., 69. – vezano uz čl. 75., te 109. Općega poreznog zakona),⁵² kao i o normama iz kojih slijedi da porezno tijelo

pravnog i faktičnog povezivanja ishoda kaznenog odnosno prekršajnog postupka s ocjenom o zakonitosti akata temeljem kojih je oružje oduzeto. U kontekstu takve – preventivne – svrhe nije utemeljena ili barem nije dostatna i cjelovita ocjena da je stanje sukladno pravu (zakonu) postojalo u vrijeme oduzimanja oružja jer to, u načelu, ne bi niti trebalo biti sporno u situaciji kada je oduzimanje oružja redovita pravna posljedica i faktični učinak pokretanja i vođenja određenih kaznenih odnosno prekršajnih postupaka.

Specifičnost je ovakvih pravnih situacija baš u tome što one, i prema samom Zakonu o oružju, podrazumijevaju privremenost ograničavanja prava (oduzimanja vlasništva) pa mogući prestanak tog ograničenja (jednako kao i mogući nastanak trajnih učinaka, ali koji ni tada ne isključuju pravo na kompenzaciju) ovisi o ispunjenju određenih uvjeta.

Konkretno, prestanak odnosno nastavak ograničavanja prava vlasništva ovisi o načinu na koji je okončan određeni kazneni odnosno prekršajni postupak. Prema tome, čak niti ocjena o samoj zakonitosti upravnih akata o oduzimanju oružja, imajući u vidu njihovu privremenost, kao i promjenjivost okolnosti koje utječu na opstojnost njihovih učinaka, ne može biti ograničena samo na uski vremenski segment.

Cjelovita ocjena o tome da u takvom slučaju postoji stanje sukladno zakonu mora, dakle, uzimati u obzir i promjenjive čimbenike – činjenicu da li se određeni kazneni odnosno prekršajni postupak još uvijek vodi ili ne; ako je okončan – je li okončan osuđujućom odlukom ili ne, a ako nije okončan osuđujućom odlukom – valjana ocjena tada mora odgovoriti i na pitanje: na temelju koje pravne osnove i poslije toga egzistiraju pravne posljedice odnosno faktični učinci takvog postupka – lišenje vlasništva (imovine)?“

51 Opširnije o teretu dokazivanja v. pod 4.3. ovog rada.

52 NN br. 147/08., 18/11., 78/12. i 136/12.

na zastaru porezne obveze ne pazi po službenoj dužnosti (čl. 94. st. 11. Općega poreznog zakona, vezano uz čl. 214. st. 3. Zakona o obveznim odnosima).⁵³

Dakle, u svakom predmetu u kojem se javi spomenuto pitanje potrebno je ocijeniti može li se izostanak utvrđivanja pojedine činjenice koja je postojala u vrijeme vođenja upravnog postupka ocijeniti povredom zakona od strane javno-pravnog tijela, tj. polazeći od načelne dopustivosti utvrđivanja relevantnosti tih činjenica u upravnom sporu koju zagovaramo, može li se utvrditi da postoji neka od posebno propisanih iznimki slijedom koje javnopravna tijela za tu činjenicu nisu bila dužna znati, niti su je bila dužna utvrđivati.

4.2. Selekcija i ocjena dokaza

Odredbi čl. 33. st. 1.-3. ZUS-a daju utvrđivanju činjenica i dokaznom postupku u upravnom sporu snažan oficijozni (inkvizitorni, istražni) karakter.⁵⁴ Te su ovlasti upravnog suda šire negoli kod, primjerice, parničnog suda. Upravni sud slobodno odlučuje koje dokazne prijedloge stranaka će prihvatiti, a izvođenje pojedinih dokaza može odrediti i po službenoj dužnosti (ZUS ne sadrži odredbu analognu normi čl. 7. st. 2. ZPP-a)⁵⁵ Ipak, cjelokupna regulacija upravnog spora naglasak stavlja na dokaznu inicijativu stranaka, dok je uloga suda ponajprije dopunjujuća i korektivna.

Spomenute oficijozne ovlasti upravnog suda naglašavaju javnopravni karakter upravnog spora, te bitno razlikovanje njegove funkcije u odnosu na funkciju parnice, koja se odvija u privatnopravnom ambijentu.

Također, uočljivo je da upravni spor, iako primarno usmjeren na zaštitu prava i pravnih interesa stranaka upravnog postupka (čl. 2. st. 1. ZUS-a), ima i funkciju zaštite objektivne zakonitosti.

U terminima Damaškine tipologije pravosudnih sustava, hrvatski upravni spor kombinira model postupka za rješavanja sporova s modelom postupka za

53 NN, br. 35/05. i 41/08.

54 Na to ukazuju i, primjerice: Medvedović, D., op. cit., str. 52.; Đerđa i Šikić, op. cit., str. 204. „Sud bi trebao prihvatiti činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku kada god utvrdi da su sve pravnorelevantne činjenice u sporu već utvrđene, da je iz potpuno utvrđenih činjenica u upravnom postupku izveden pravilan zaključak o činjeničnom stanju te da u spisu nema proturječnosti o činjeničnom stanju“ – ibid., str. 203.

55 Čl. 7. st. 2. ZPP-a glasi:

Sud je ovlašten utvrditi činjenice koje stranke nisu iznijele i izvesti dokaze koje stranke nisu predložile samo ako posumnja da stranke idu za tim da raspoložu zahtjevima kojima ne mogu raspolagati (članak 3. stavak 3.), ako zakonom nije drugačije određeno.

Napominjemo da odredba čl. 33. st. 5. ZUS-a, prema kojoj „sud izvodi dokaze“ prema pravilima ZPP-a, upućuje na primjenu odredbi ZPP-a vezanih uz tehnički aspekt dokaznog postupka (izvođenje dokaza), a ne i na implementaciju odredbi ZPP-a kojima je ograničeno određivanje izvođenja dokaza po službenoj dužnosti. Prema našem mišljenju, dobro je što u ZUS, unatoč pojedinim prijedlozima u ranoj fazi pripreme prve novele Zakona, nije ugrađena varijanta podredne primjene ZPP-a na sva procesna pitanja, prije svega zbog bitno različitih temeljnih pravnih karakteristika parnice i upravnog spora.

provođenje državne politike. Za potrebe ove analize relevantan je i Damaškin odgovor na pitanje tko odlučuje o tome koje činjenice treba utvrditi u sudskom sporu – stranke ili presuditelj? U modelu postupka za rješavanje sporova odgovor proizlazi iz cilja postupka: kako je cilj rješavanje spora, njegove parametre određuje stranka u sporu. Točno je, međutim, da sudac može imati dobre razloge da ispituje i činjenice koje nisu predmet spora između stranaka. Ako mu se dopusti da izađe iz okvira navoda stranaka u sporu, interes države za provedbu njezine politike i programa može nadjačati interes stranaka da riješe spor koji ih je priveo sudu.⁵⁶

Odlučivanje suda vezano za dokazni postupak prvenstveno je određeno potrebom identificiranja činjenica odlučnih za rješavanje spora (v. pod 4.1. ovog teksta).

Pored toga, u obzir je potrebno uzeti osiguranje prava stranaka na jednakost oružja, kao element prava na pravično suđenje (čl. 29. Ustava Republike Hrvatske). Pod 3.3. ovog rada već je ukazano na raspravu kao jedan od instrumenata realizacije ovog prava. Ustavni sud Republike Hrvatske u svojim je odlukama, referirajući se na praksu Europskog suda za ljudska prava, istaknuo, između ostalog, da svaka od stranaka treba imati “razumnu mogućnost da u postupku brani svoja prava pod uvjetima koji ga ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu na njenog protivnika” (*Kaufman protiv Belgije*, zahtjev broj 10938/84) te da se iz prava na jednakost izvode se i pojedina prava u odnosu na izbor i izvođenje dokaza.⁵⁷ Istaknuo je i da je jednakost oružja (jednakost sredstava) jedna od od posebnih pretpostavki poštenog postupka. Načelo jednakosti sredstava, u smislu pravične ravnoteže među strankama (engl. *fair balance*) čini jedan od bitnih konstitutivnih elemenata prava na pravično suđenje. S tim u vezi, to načelo nužno obuhvaća razumnu mogućnost stranaka da izlože činjenice i podupru ih svojim dokazima na način da niti jednu od stranaka ne stavljaju u bitno lošiji položaj u odnosu na suprotnu stranku (presuda *Perić protiv Hrvatske* od 27. ožujka 2008., zahtjev broj: 34499/06). Da bi se to spriječilo, postupak mora biti kontradiktoran, jer samo kontradiktoran postupak daje strankama mogućnost uvida te izražavanja svog mišljenja o stajalištima ili dokazima koje predlaže suprotna stranka.⁵⁸

Nadalje, upravni sud slobodno odlučuje ne samo koji će dokazi biti izvedeni u sporu, već i u kojoj će mjeri u obzir uzeti činjenice utvrđene u upravnom postupku

56 Damaška, M., op. cit., str. 117. Spomenuti navod dio je cjelovite Damaškine komparativne analiza pravosudnih sustava, koja se temelji na razlikovanju modela postupka za rješavanje sporova (svojestven reaktivnoj državi, čija se zadaća svodi na pružanje okvira za autonomnu društvenu interakciju) i postupka za provođenje državne politike (koncept države koja upravlja društvom); te paritetnih (horizontalna raspodjela vlasti bez jasno određenog odnosa nadređenosti, sudjelovanje službenika laika, i dr.) i hijerarhijskih (vertikalno stupnjevanje, profesionalni aparat, i dr.) pravosudnih aparata.

57 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, odluka broj: U-III-1807/2009 od 23. prosinca 2010. godine.

58 Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, odluka broj: U-III-745/2009 od 1. travnja 2010., pri čemu se Ustavni sud Republike Hrvatske referirao na svoju raniju odluku broj: U-III-2028/2002 od 8. srpnja 2004. (NN, br. 101/04.).

(na temelju dokaznog postupka provedenog prema odredbama ZUP-a, a ponekad i posebnog zakona), a u kojem dijelu će činjenično stanje utvrditi izvođenjem dokaza u upravnom sporu.⁵⁹ Dakle, dokazi izvedeni u upravnom postupku, prema pravilima ZUP-a (eventualno i upravnoprocesnih odredbi posebnog zakona) načelno su jednakovrijedni dokazima izvedenima u samom sporu, primjenom odredbi ZPP-a.

Uzevši u obzir da spis predmeta upravnog postupka redoviti čini znatan dio dokaznog korpusa u upravnom sporu, kako će sud riješiti spor ako tuženik ne dostavi spis predmeta upravnog postupka (čl. 32. st. 4. ZUS-a)? Prije svega, sud će svoju odluku utemeljiti na činjeničnom stanju koje je moguće utvrditi iz dokaza koje dostave tužitelj i ostale stranke u postupku, te eventualnih dokaza izvedenih u upravnom sporu. Takvo, nužno manjkavo, činjenično stanje načelno može ići u prilog kako usvajanju, tako i odbijanju tužbenog zahtjeva. Međutim, smatramo da u dvojbi, propuštanje tuženika da ispuni svoju zakonsku obvezu dostave spise predmeta upravnog postupka, ne bi trebalo ići na štetu tužitelja.

Konačno, osim što upravni sud slobodno određuje i selektira dokaze, slobodno ih i ocjenjuje.

U pogledu slobodne ocjene dokaza, napominjemo da Damaška, općenito razmatrajući procesno načelo slobodne ocjene dokaza, upozorava da, primjerice, ponuđeni razlozi oslanjanja na jednoga, a ne na drugog svjedoka, mogu biti slabi i nekoherentni, te mogu zahtijevati preinačenje odluke zbog pogrešne „logike“. Stoga smatra da je ocjena dokaza istinski slobodna samo u vrlo ograničenoj sferi, ondje gdje je preživjela porota u kaznenim predmetima, jer se od porotnika traži da ocijene dokaze na temelju svoga „intimnog uvjerenja“, koje nije predmet sudskog preispitivanja. Postoje, dakako, granice učinkovitog nadzora nad postupkom utvrđivanja činjenica nižih pravosudnih dužnosnika: podređeni nauče kako opravdati svoje odluke na način koji će „odoljeti“ preispitivanju njima nadređenih.⁶⁰

Slobodna ocjena dokaza prije svega razumijeva primjenu slobodne dokazne maksime, a ne arbitrarnu, neograničenu slobodu pri selekciji i ocjeni dokaza. Pri tomu je obveza obrazlaganja selekcije i ocjene dokaza jedno od glavnih sredstava kontrole nad ovim segmentom odlučivanja suda.

Napominjemo i da dokazi navedeni u čl. 33. st. 4. ZUS-a ne čine zatvoreni popis dopuštenih dokaznih sredstava.⁶¹

U pogledu izvođenja dokaza, u upravnom sporu primjenjuju se opće odredbe ZPP-a o izvođenju dokaza, te odredbe ZPP-a kojima je uređen uviđaj (u terminologiji ZUS-a: očevid), isprave, svjedoci, vještaci te saslušanje stranaka.

59 „Sud bi trebao prihvatiti činjenično stanje utvrđeno u upravnom postupku kada god utvrdi da su sve pravnorelevantne činjenice u sporu već utvrđene, da je iz potpuno utvrđenih činjenica u upravnom postupku izveden pravilan zaključak o činjeničnom stanju te da u spisu nema proturječnosti o činjeničnom stanju“ – Đerđa – Šikić, op. cit., str. 203.

60 Damaška, M., op. cit., str. 52.

61 Također, redosljed dokaza naveden u toj normi ne treba poimati kao hijerarhijski poredak njihove vrijednosti, posebice stoga jer je saslušanje stranaka, koje se uobičajeno smatra manje uvjerljivim dokaznim sredstvom, navedeno odmah iza isprava, koje se (posebno javne isprave) nerijetko razumijevaju najpouzdanijim dokazima.

Stranke mogu predlagati izvođenje dokaza u tužbi, odgovoru na tužbu, kasnijim podnescima u sporu, te na raspravi, najkasnije do zaključenja rasprave, a kad se rasprava ne vodi, do donošenja odluke suda. Sud je dužan odlučiti o svakome dokaznom prijedlogu. Svrhovito je o dokaznom prijedlogu pojedine stranke omogućiti izjašnjenje ostalim strankama (pozivom na pisano izjašnjenje izvan rasprave, odnosno pozivom na neposredno izjašnjenje na raspravi),⁶² osim kada je očito riječ o prijedlogu čije usvajanje nije potrebno za rješavanje spora.

U autorovoj praksi pojavilo se pitanje može li nalazom i mišljenjem neovisnog vještačenja, provedenim u upravnom sporu, biti osporen, a možda i nadomješten, nalaz i mišljenje vještačenja koje je u upravnom postupku proveo ovlašten vještak (ili tijelo vještačenja) tuženika, koji prema posebnom zakonu ima ekskluzivitet vještačenja postojanja određenih činjenica, primjerice u stvarima vezanima uz prava na osnovi invaliditeta?⁶³ Može li formalna dokazna maksima propisana za upravni postupak (npr. u pogledu utvrđivanja činjenice invalidnosti) imati primat u odnosu na slobodnu dokaznu maksimu po kojoj djeluje upravni sud? Upravni postupak i upravni spor zasebne su vrste pravom uređenih postupaka, bez obzira na logičko-normativne poveznice koje postoje među njima. Stoga smatramo da se odredbe posebnih propisa koje reguliraju formalnu dokaznu maksimu u upravnom postupku ne protežu i na upravni spor, osim ako bi pojedinom odredbom takav ekskluzivitet vještačenja izrijekom bio protegnut i na upravni spor. Upravni sud, dakle, može u takvim slučajevima odrediti provedbu vještačenja i od strane drugoga ovlaštenog vještaka, osim kada je takva odluka suda isključena izričitom zakonskom odredbom primjenjivom na upravni spor.⁶⁴ Iz toga slijedi da nalaz i mišljenje neovisnoga („vanjskog“) ovlaštenog vještaka nedvojbeno može biti temelj za osporavanje nalaza i mišljenja ovlaštenog vještaka iz upravnog postupka. Otvorenim ostavljamo pitanje može li nalaz i mišljenje neovisnog vještaka nadomjestiti nalaz i mišljenje ovlaštenog vještaka tuženika te time otvoriti put za donošenje reformacijske presude.⁶⁵

62 O posljedicama neopravdanog odziva uredno pozvane stranke na raspravu u pogledu njenog prava na izjašnjenje, v. supra, pod 3.1.

63 V. npr. norme čl. 112.-114. Zakona o mirovinskom osiguranju, NN br. 102/98., 71/99., 127/00., 59/01., 109/01., 147/02., 117/03., 30/04., 177/04., 92/05., 43/07., 79/07., 35/08., 94/09., 40/10., 121/10., 139/10., 61/11., 114/11. i 76/12.

64 Držimo da shvaćanje prema kojem nalaz i mišljenje ovlaštenih vještaka tuženika nije dopušteno podvrgnuti provjeri putem neovisnog vještačenja ne uspijeva valjano odgovoriti na sljedeća pitanja. Što od dokaznih sredstava u upravnom sporu preostaje tužitelju, na kojem je teret dokazivanja u pogledu njegova tužbenog zahtjeva, ako mu se uskrati mogućnost predlaganja vještačenja u sporu? Može li sud u svim slučajevima provesti potpuni nadzor zakonitosti osporavane odluke, utemeljene na nalazu i mišljenju vještaka tuženika, čak i na razini utvrđivanja činjenica potrebnoj za kasacijsku odluku, ako ne smije prihvatiti dokazni prijedlog provedbe neovisnog vještačenja? Može li se bezrezervno pokloniti vjera u objektivnost vještaka (zaposlenika) tuženika, uzevši u obzir, između ostalog, maksimu *nemo index in causa sua*, te uzevši u obzir da koncept upravnog spora općenito počiva na nepovjerenju u apsolutnu zakonitost rada uprave te na nužnost sudske provjerljivosti zakonitosti tog rada?

65 Ipak, skloniji smo stavu da za takvu supstituciju načelno ne bi trebalo biti zapreke, iako bi u praksi takve situacije vjerojatno bile vrlo rijetke. Pritom ukazujemo da provedba vještačenja ne razumijeva primjenu slobodne ocjene, već stručnih znanja.

Završno, spomenimo i mogućnost izvođenja dokaza pred sućem zamoljenog suda (čl. 224. ZPP-a). Navedeno obuhvaća i mogućnost izvođenja dokaza uzimanjem izjave tužitelja o imovnom stanju tužitelja i njegova supružnika, radi odlučivanja o prijedlogu tužitelja za oslobođenje od plaćanja sudskih pristojbi u sporu.⁶⁶

4.3. Teret dokazivanja u upravnom postupku i upravnom sporu

Na pitanje detektiranja činjenica odlučnih za rješavanje pojedinoga upravnog spora, koje je potrebno utvrditi dokazivanjem, nadovezuje se pitanje tereta dokazivanja.

Pravila o teretu dokazivanja i presumpcijama moraju biti tako sročena da pomognu riješiti činjenične neizvjesnosti. Ta se pravila temelje na pukoj vjerojatnosti: činjenice se ponekad uzimaju za utvrđene premda nisu potpuno dokazane, jer izgleda vjerojatnijim da su istinite. Što se događa ako su dokazi u ravnoteži? U takvoj situaciji država koja nastoji postići ravnotežu društvu sklona je dati prednost stranci čija pobjeda izaziva manje promjena u postojećim odnosima.⁶⁷

Institut tereta dokazivanja prvenstveno je vezan uz sudske postupke u situaciji *non liquet*, a tek u ograničenoj mjeri u upravnom postupku.

Stoga koncept - uvjetno rečeno - tereta dokazivanja u upravnom postupku može prije svega biti značajan za pitanja jesu li javnopravna tijela u tom postupku u cijelosti ispunila propisane obveze vezane uz utvrđivanje činjenica potrebnih za rješavanje upravne stvari. Pri tome je u obzir potrebno uzeti odredbe posebnih zakona kojima je uređeno pojedino upravno područje, a podredno odredbe ZUP-a (prije svega čl. 47.), vodeći računa i o tome je li riječ o postupku pokrenutom na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti (potonje u pravilu razumijeva veću razinu oficijalnog utvrđivanja činjenica).

Iako ZUS ne sadrži izričitu odredbu o teretu dokazivanja, a odredba čl. 221.a ZPP-a, na koju ukazuju Đerđa i Šikić,⁶⁸ ne ulazi u krug odredbi ZPP-a o izvođenju dokaza u smislu čl. 33. st. 5. ZUS-a, upravni spor, kao sudski postupak, ne može biti bez odgovarajuće odredbe o teretu dokazivanja, pa spomenutu normu ZPP-a smatramo primjenjivom i u upravnom sporu, prije svega u vezi s odredbom čl. 34. st. 1. ZUS-a.⁶⁹ Stoga, ako upravni sud na temelju izvedenih dokaza ne može sa sigurnošću utvrditi neku činjenicu, o postojanju činjenice zaključit će primjenom

66 V. čl. 15. st. 2. Zakona o sudskim pristojbama, NN br. 74/95., 57/96., 137/02., 125/11. i 112/12.

67 Damaška, M., op. cit., str. 127.

68 Đerđa – Šikić, op. cit., str. 202. Odredba čl. 221.a vezana je uz odredbe čl. 7. st. 1. i 219. st. 1. ZPP-a.

69 Prema čl. 34. st. 1. ZUS-a, stranke su obvezne u tužbi i odgovoru na tužbu, između ostalog, iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve te predložiti dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje. Iako navedena odredba izrijeком spominje samo tužbu i odgovor na tužbu, spomenute obveze stranaka vrijede i u ostalim fazama spora, a njihovo vezivanje uz tužbu i odgovor na tužbu smatramo prije svega upravljenim prema što ranijem iznošenju činjenične argumentacije i dokaznih prijedloga, radi učinkovitijeg vođenja spora.

pravila o teretu dokazivanja. Pri tomu je stranka dužna predložiti dokaze kojima se utvrđuju činjenice na kojima temelji svoj zahtjev (u odnosu na tužbeni zahtjev, riječ je o tužitelju), odnosno kojima pobija navode i dokaze drugih stranaka.⁷⁰ Pravilo o teretu dokazivanja obvezuje sud da uzme da nije istinita tvrdnja za čiju istinitost stranka, koja se na određenu činjenicu poziva u svoju korist, nije bila u stanju pružiti sudu dovoljno adekvatnih dokaznih sredstava.⁷¹

4.4. Procesna rješenja vezana uz utvrđivanje činjenica i dokazni postupak

Odredba čl. 65. st. 1. ZUS-a, prema kojoj sud rješenjem odlučuje o postupovnim pitanjima, primjenjuje se i na utvrđivanje odlučnih činjenica, uključujući odlučivanje koji dokazi (ne)će biti izvedeni u pojedinome upravnom sporu te ostale odluke vezane uz dokazivanje.

Pritom može biti riječ:

- o nekom od rješenja kojim se stranka poziva na činjenična izjašnjenja, na izjašnjenje o činjeničnim navodima druge stranke, i(li) na dostavu odnosno predlaganje dokaza;

- o rješenju kojim sud *ex offio* određuje provedbu određenog dokaza, ili rješenju kojim sud prihvaća ili odbija pojedini dokazni prijedlog neke od stranaka;

- o raspravnome ili izvanraspravnom rješenju.

Navedena rješenja mogu, nadalje, biti:

- rješenja izrijeком normirana primjenjivim odredbama ZPP-a, primjerice, rješenja iz čl. 226. (određivanje roka do kojeg će se čekati izvođenje dokaza u rješenju o izvođenju dokaza), čl. 234. (nalog trećoj osobi da sudu podnese ispravu), čl. 240. (opravdanost razloga za uskraćivanje svjedočenja ili odgovora na pojedino pitanje), čl. 248. (mjere prema uredno pozvanom svjedoku koji se ne odazove pozivu suda), čl. 249. (odmjeravanje troškova svjedoka), čl. 255. (kaznjavanje vještaka) te čl. 262. vezano uz čl. 251., 252. i 261. ZUS-a (određivanje vještačenja i obnove vještačenja);

- ostala rješenja kojima se odlučuje o postupovnim pitanjima, koja rješenja nisu izrijeком navedena u odredbama ZUS-a, ni u primjenjivim odredbama ZPP-a, npr. rješenje kojim se tužitelj ili zainteresirana osoba poziva na osobno izjašnjenje (čl. 20. st. 5. ZUS-a), o dostavi tužbe na odgovor (čl. 32. ZUS-a), kojim se stranka poziva na dodatna izjašnjenja, te na predlaganje i(li) dostavu dokaza (čl. 34. st. 2. i 3. ZUS-a), o nalaganju javnopravnim tijelima da dostave isprave kojima raspolažu (čl. 35. st. 1. ZUS-a), i dr, kao i izrijeком nenormirana rješenja koja se donose u

70 Koncept tereta dokazivanja u upravnom će sporu biti dodatno aktualiziran slijedom očekivane redukcije dokaznih prijedloga stranaka, nakon što je zakonodavac derogirao regulaciju nadoknade troškova spora prema kriteriju uspjeha u sporu, sve u normativnoj i zbiljskoj situaciji u kojoj nije na sudu da angažiranjem proračunskih sredstava nadomjesti nespремnost stranaka da podmire troškove izvođenja pojedinog dokaza (v. supra, pod 3.4. i 4.1. ovog teksta).

71 Za potpuniji teorijski uvid u materiju tereta dokazivanja v. npr.: Uzelac, A., *Teret dokazivanja*, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, 2003.

provedbi odredbi čl. 219.-320. ZPP-a.⁷²

Prema Dikinoj klasifikaciji parničnih rješenja,⁷³ najvećim dijelom primjenjivoj i u upravnom sporu, rješenja vezana uz utvrđivanje činjenica te za dokazni postupak mogu biti meritorna (npr. o naknadi troškova svjedocima), procesna (npr. o upravljanju postupkom), kondemnatorna (npr. nalaganje javnopravnom tijelu da dostavi ispravu kojom raspoláže), konstitutivna (npr. zakazivanje ročišta za raspravu), prethodna (priprema daljnjeg tijeka spora), itd.

Najveći dio rješenja vezanih za utvrđivanje činjenica i dokazni postupak u upravnom sporu ulaze u kategoriju rješenja o upravljanju postupkom, kojima sud nije vezan te do okončanja spora može odlučiti drukčije.

U čl. 65. st. 3. ZUS-a propisano je, da rješenje objavljeno na raspravi prema strankama ima učinak od trenutka objave. Rješenje doneseno izvan rasprave sud će strankama dostaviti pisanim ili elektroničkim putem. Rješenje u pisanom ili elektroničkom obliku prema strankama ima učinak od trenutka uredne dostave. Prema stavku 4. navedenoga članka, pisani otpравak rješenja sadržava uvod i izreku. Rješenje mora biti obrazloženo ako se njime odbija prijedlog stranke ili ako se njime rješava o suprotnim prijedlozima stranaka, a može biti obrazloženo kad sud to smatra potrebnim.⁷⁴ Ako je protiv rješenja dopuštena žalba, pisani otpравak rješenja mora sadržavati i uputu o pravnom lijeku.

Protiv rješenja vezanih uz utvrđivanje činjenica i dokazivanje žalbi nije dopuštena (čl. 67. st. 1. ZUS-a),⁷⁵ ali odluke sadržane u tim rješenjima mogu biti obuhvaćene osporavanjem u žalbi protiv presude, kada je takva žalba dopuštena. Ako stranka ipak podnese žalbu protiv rješenja, žalbu kao nedopuštenu nije ovlašten odbaciti upravni sud, već je to dužan učiniti Visoki upravni sud Republike Hrvatske,

72 Pored odredbi ZUS-a i ZPP-a, za rješenja koja ovdje spominjemo mjerodavne su i norme Sudskog poslovnika (NN, br. 158/09., 3/11., 34/11., 100/11., 123/11., 138/11., 38/12. i 111/12.), osobito čl. 97.-102. (sastavljanje odluka i drugih akata) te čl. 199.-204. (određivanje rasprava i ročišta). Upućujemo i na odredbe Sudskog poslovnika o sudskim zapisnicima (čl. 91.-96., 210. i 211.), kojima se registriraju raspravni navodi stranaka te dokazi izvedeni u sporu, te o službenim bilješkama o sudskim radnjama o kojima se ne sastavlja zapisnik (čl. 216.).

73 Dika, M., O rješenju u parničnom postupku, Rijeka, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, 1/2012., str. 37.-48.

74 Stoga pisani otpравak rješenja kojim se odbija dokazni prijedlog stranke treba biti obrazložen. Ako za raspravno rješenje o odbijanju dokaznog prijedloga stranke nisu dani razlozi, te će razloge sud navesti u obrazloženju presude (čl. 60. st. 4. ZUS-a). U pravilu izvođenje predloženog dokaza nije potrebno za rješavanje spora, ili o ocjeni suda da je odnosni dokazni prijedlog upravljen na odugovlačenje spora. Sud nije dužan obrazlagati rješenja kojima stranke poziva na predlaganje, odnosno dostavu pojedinih dokaza, niti rješenja kojima stranke poziva na izjašnjenja o činjeničnim navodima drugih stranaka ili o drugim pitanjima o kojima zatraži izjašnjenje stranke.

75 Ipak, smatramo da je pravo žalbe potrebno omogućiti svjedocima i vještacima kojima je izrečena sankcija (v. npr. čl. 248. i čl. 255. vezano za čl. 378. ZPP-a). Naime, svjedoci i vještaci nisu stranke u sporu, te ne mogu takvo rješenje osporavati žalbom protiv presude, pa bi doslovnom interpretacijom odredbe čl. 67. st. 1. ZUS-a neosnovano bili lišeni prava na žalbu protiv rješenja o sankciji.

odgovarajućom primjenom odredbi o odlučivanju o žalbi protiv presude (čl. 67. st. 3., vezano uz čl. 71. i čl. 72. st. 1. ZUS-a).

5. NEKI UOČENI NEDOSTACI U POSTUPANJU STRANAKA U SPORU

U nastavku ukratko donosimo pregled nekih tipičnih nedostataka u postupanjima stranaka u upravnom sporu, uočenih u dosadašnjoj autorovoj praksi, vezanih ponajprije uz temu ovog rada.

Sadržaj dijela tužbi uopće ne sadrži činjeničnu osnovu koja daje izgleda za uspjeh u sporu.⁷⁶ Nadalje, u tužbi nerijetko nisu navedene činjenice na kojima je utemeljen tužbeni zahtjev, niti predloženi dokazi za njihovo utvrđivanje. Spomenuti elementi tužbe nisu samo zakonska obveza tužitelja, već doprinose bržem rješenju spora, a (dovoljno) brza pravda je, u pravilu, jedan od glavnih interesa tužitelja u sporu. Činjenice i predloženi dokazi u tužbi omogućuju sudu da, po zaprimanju odgovora na tužbu i spisa predmeta upravnog postupka, odmah odluči koji dokazi će biti izvedeni već na prvom ročištu za raspravu. Propuštanje tužitelja da već u tužbi iznese činjenice i dokazne prijedloge u prilog svojoj argumentaciji ponekad rezultira trošenjem dodatnog vremena pozivanjem na uređenje tužbe ili na dodatna izjašnjenja tužitelja, te za izjašnjenja ostalih stranaka o naknadnim navodima tužitelja, a često i održavanjem većeg broja ročišta za raspravu.

Ponekad je prisutan nedostatak pravilne procjene koja varijanta tužbenog zahteva je u konkretnom slučaju najpovoljnija za tužitelja (u pogledu zaštite njegovih prava i pravnih interesa, pravne naravi predmetne stvari, brzine rješavanja spora, troškova spora, i dr.), kao i nedostatak prilagodbe činjeničnih navoda i dokaznih prijedloga postavljenome tužbenom zahtjevu te relevantnim odredbama materijalnog prava.

Tužitelji u znatnom broju slučajeva sastavljaju tužbu kao tzv. *copy/paste* žalbe u upravnom postupku, iako je riječ o podnescima u određenoj mjeri različitog karaktera, a time i potrebnog sadržaja.

U tužbama u pravilu izostaje navođenje koji tuženikovi navodi (u pravilu sadržani u obrazloženju osporavane odluke) su za tužitelja nesporni, iako bi rano „filtriranje“ spornih područja doprinijelo fokusiranjem i učinkovitijem suđenju.

Također na razini pitanja procesne učinkovitosti, postoji propuštanje prije-raspravnog izjašnjenja o pojedinim navodima druge strane. Naime, ako se tužitelj na navode iz odgovora tuženika na žalbu, pored izjašnjenja na predstojećoj raspravi, želi osvrnuti i pisanim podneskom, korisno ga je dostaviti sudu prije održavanja rasprave, u dovoljnom broju primjeraka za sud i ostale stranke, jer ako druge stranke takav podnesak prime tek na ročištu, osobito ako je podnesak većeg opsega i/ili

⁷⁶ Kada tužitelj tijekom spora procijeni da nema izgleda za uspjeh u sporu ili da zbog drugih razloga nema interesa nastaviti voditi spor, racionalno je povući tužbu. U tom slučaju spor se obustavlja, a tužitelj ne plaća sudske pristojbe, jer nije došlo ni do odbačaja tužbe, ni do odbijanja tužbenog zahtjeva (v. čl. 5. st. 1. Zakona o sudskim pristojbama).

sadrži dodatne navode u odnosu na tužbu, osnovano mogu tražiti odgodu rasprave radi pripreme izjašnjenja na podnesak tužitelja.

Tužitelj treba imati u vidu i da pravila o teretu dokazivanja upravo na njega stavljaju najveći teret, pa utoliko njegova dokazna inicijativa dodatno dobiva na važnosti.

Jedan od najznačajnijih propusta svakako je neodziv tužitelja, odnosno njegova opunomoćenika, na raspravu.

Tuženici, pak, po primitku tužbe često propuštaju procijeniti je li potrebno priznati tužbeni zahtjev ili postupiti po tužbenom zahtjevu (čl. 42. i čl. 43. ZUS-a). Pored toga, izgledi tuženika za uspjeh u sporu u velikoj mjeri ovise o kvaliteti provedenoga upravnog postupka, posebice u žalbenoj fazi te pri donošenju drugostupanjskog rješenja.

Jedna od tipičnih grešaka tuženika je dostava neadekvatnog odgovora na tužbu, koji se nerijetko svodi na jednu rečenicu – pozivanje na razloge navedene u obrazloženju osporavanoga upravnog akta. U odgovoru na tužbu doista nije potrebno prepisivati sadržaj obrazloženja osporavane pojedinačne odluke, ali je potrebno precizno i obrazloženo osvrnuti se na sve tužbene navode,⁷⁷ te na dokazne i druge prijedloge tužitelja (npr. prijedlog za određivanje odgovodnog učinka tužbe). Nadalje, postoje sporovi u kojima je svrhovito predlaganje dokaza i od strane tuženika, osobito kada je potrebno dokazati neki navod kojim tuženik argumentira svoj stav, što je također potrebno učiniti već u odgovoru na tužbu.

Ponekad se „prazan“ odgovor na tužbu kombinira s izostankom tuženika s rasprave. Time se umanjuju izgledi tuženika za uspjeh u sporu. Osim toga, u pojedinim slučajevima će sud od tuženika zatražiti dodatna izjašnjenja, što u konačnici rezultira većim angažmanom tuženika negoli da je odmah sastavio cjelovit odgovor na tužbu te se odazvao na raspravu.

Odziv tuženika na raspravu važan je i zbog mogućnosti da aktivnim sudjelovanjem u sporu tuženik, u određenom broju slučajeva, sanira propuste iz upravnog postupka, te omogući sudu da odbije tužbeni zahtjev pozivom na odredbu čl. 57. st. 2. ZUS-a.⁷⁸

U odnosu na tuženika na odgovarajući način vrijedi prethodno navedeno o propustima tužitelja da označe koje navode druge strane čine nespornima. Oportuno je da tuženik to učini već u odgovoru na tužbu.⁷⁹

⁷⁷ Analogno tome, jedan od češćih nedostataka u obrazloženjima drugostupanjskih rješenja donesenih u upravnom postupku je prepisivanje obrazloženja prvostupanjskog rješenja, umjesto konkretnog osvrta na sve žalbene navode.

⁷⁸ Primjerice, nedostatni razlozi sadržani u obrazloženju osporavanoga upravnog akta mogu biti sanirani kvalitetnim odgovorom tuženika na tužbu te njegovim kompetentnim sudjelovanjem na raspravi pred upravnim sudom.

O normi čl. 57. st. 2. ZUS-a v. supra, bilj. 47.

⁷⁹ Također, ako neka od stranaka predlaže ili rješavanje spora bez rasprave na temelju odredbe čl. 36. t. 5. ZUS-a, korisno je to naznačiti već u tužbi, odnosno u odgovoru na tužbu. Davanje pristanka na takav prijedlog druge stranke također je svrhovito podneskom izraziti u što ranijoj fazi spora.

Nedostavljanje spisa predmeta upravnog postupka još je ozbiljniji, iako znatno rjeđi, propust tuženika. Kolike su šanse tuženika za uspjeh u sporu u kojem nije dostavio spis predmeta upravnog postupka nije teško procijeniti.

Netom spomenuto na odgovarajući je način primjenjivo i u odnosu na zainteresirane osobe (uzgredne stranke u sporu), koje se, prema ZUS-u, mogu javiti kako na strani tužitelja, tako i na strani tuženika (potonja je varijanta, po naravi stvari, češća).

6. ZAKLJUČAK

Kombinacija jačanja kontradiktornosti spora i mogućnosti utvrđivanja činjenica te provedbe i ocjene dokaza od strane suda bitan je iskorak u kvaliteti utvrđivanja materijalne istine u upravnom sporu (ne samo u odnosu reformacijsko, već i kasacijsko odlučivanje), što ujedno ima povoljne učinke u ostvarivanje preventivne funkcije upravnog sudovanja u odnosu na rad uprave, kao i na ostvarivanju postupovnog standarda jednakosti oružja. Sve navedeno olakšava ostvarivanje cilj(ev)a upravnog spora, te čini jedan od glavnih elemenata reforme čija je provedba započela stupanjem na snagu ZUS-a. Pri tomu do izražaja dolazi međusobna povezanost instituta na području utvrđivanja činjenica, dokazivanja i rasprave.

Istodobno, spomenute novine rezultiraju nužnošću aktivnijeg sudjelovanja stranaka u sporu.

Napuštanje koncepta nadoknade troškova upravnog spora razmjerno uspjehu u sporu, provedeno prvim noveliranjem ZUS-a, čini korak unatrag u kvaliteti regulacije spora, s implikacijama i na razinu dokazne inicijative stranaka, a indirektno i razinu utvrđivanja materijalne istine. Kako nije realno, a najčešće ni poželjno, očekivati da financijski teret izvođenja dokaza u prilog navoda pojedine stranke angažiranjem proračunskih sredstava preuzmu upravni sudovi, može se očekivati da će ova zakonodavna intervencija poticati tužitelje da u većoj mjeri traže zaštitu donošenjem kasacijske odluke.

Oficijozne ovlasti upravnog suda pri utvrđivanju činjenica te selekcije i ocjene dokaza čine jednu od glavnih manifestacija javnopravnog karaktera upravnog spora. Široke ovlasti upravnog suda na ovom području ujedno omogućuju ostvarivanje njegove dvojake postupovne uloge – kao prvostupanjskog suda u upravnom sporu te kao nadziratelja zakonitosti odluke donesene u drugome, dovršenom pravnom postupku (tj. kao više instance u odnosu na upravni postupak).

U interpretaciji odredbi ZUS-a (i) na području činjenica i dokazivanja, u obzir je potrebno uzimati hijerarhiju funkcija glavnih instituta upravnog spora te razlikovanje cilja upravnog spora i instrumenata za ostvarivanje tog cilja.

Summary

THE ESTABLISHING OF FACTS AND EVIDENCE IN ADMINISTRATIVE DISPUTES

This paper analyzes the issues of establishing facts and presenting evidence in the reformed administrative dispute. To this end the key theoretical concepts (such as fact, decisive fact, facts of the case, material truth, evidence and proving) are considered as well as the relevant provisions of the Administrative Disputes Act and basic procedural issues (the substantial and time dimension of detecting decisive facts, the selection and examination of means of evidence, the burden of proof, the specifics of the decisions by which an administrative court decides on the mentioned matters).

Likewise, the paper examines the concept of hearing within the administrative dispute, which is related to the issues of establishing facts and evidence, and to procedural standards of equality of arms.

The author refers to the expected implications of changes in the regime of expenses of administrative dispute, implemented by the first amendments of the Administrative Disputes Act. Furthermore, the author offers practical advice for the parties to the administrative dispute.

The main theses of the paper are summarized in conclusion.

Key words: *facts, material truth, evidence, presentation of evidence, adversary proceedings, equality of arms, procedural decisions, administrative dispute.*

Zusammenfassung

TATSACHENFESTSTELLUNG UND BEWEISVERFAHREN IM VERWALTUNGSSTREIT

Es wurde die Materie der Tatsachenfeststellung und der Beweisführung im neuen Verwaltungsstreit analysiert, und zwar durch Aufgliederung von Schlüsselbegriffen aus Theorie (Tatsache, entscheidungserhebliche Tatsache, Sachverhalt, materielle Wahrheit, Beweise und Beweisführung), durch Aufgliederung von Bestimmungen des Gesetzes über Verwaltungsstreite, welche den genannten Bereich regulieren; durch Aufgliederung von grundlegenden prozessualen Fragen (inhaltliche und zeitliche Dimension der Feststellung von entscheidungserheblichen Tatsachen, Auswahl und Begutachtung der Beweismittel, Beweislastregel, Besonderheiten der prozessualen Beschlüssen, durch welche das Gericht in der genannten Materie entscheidet).

Die Betrachtung umfasst auch einen Teil der Materie der Verhandlung im Verwaltungsstreit, welche mit der Frage der Tatsachenfeststellung und Beweisführung, sowie mit der prozessualen Waffengleichheit, verbunden ist.

Der Autor gibt einen Rückblick auf die erwartenden Implikationen der Änderung des Regimes von Streitkostenerstattung, welche durch die erste Novellierung des Gesetzes über Verwaltungsstreite durchgeführt worden sind, und gibt auch einige praktische Ratschläge den Parteien im Verwaltungsstreit.

Abschließend werden Schlüsselthesen der Arbeit zusammengefasst.

Schlüsselwörter: *Tatsachen, materielle Wahrheit, Beweise, Beweisverfahren, Widersprüchlichkeit, Verwaltungsstreit.*

Riassunto

ACCERTAMENTO DEI FATTI E PROCEDIMENTO PROBATORIO NEL CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

Si esamina la materia dell'accertamento dei fatti e dell'espletamento probatorio nel nuovo contenzioso amministrativo, distinguendo: le nozioni chiavi nella teoria (fatto, fatto decisivo, stato dei fatti, verità materiale, prove e probazione); le disposizioni della legge sui contenziosi amministrativi con le quali viene regolato l'ambito oggetto di disamina; le questioni processuali fondamentali (dimensione contenutistica e temporale per l'individuazione dei fatti decisivi, selezione e valutazione dei mezzi di prova, regola sull'onere probatorio, peculiarità delle soluzioni processuali con le quali il Tribunale amministrativo decide nella materia oggetto di esame).

L'analisi comprende anche parte della materia di dibattito nel contenzioso amministrativo, inerente alla questione dell'accertamento dei fatti e della probazione, come pure allo standard di eguaglianza processuale degli strumenti.

L'autore pone in rilievo le prevedibili implicazioni derivanti dal cambiamento di regime delle spese processuali, intervenute in seguito alla prima novella della legge sui contenziosi amministrativi, come pure offre alcuni consigli pratici per le parti del contenzioso amministrativo.

In conclusione riassume le tesi centrali contenute nel contributo.

Parole chiave: *fatti, verità materiale, prove, procedimento probatorio, contraddittorio, contenzioso amministrativo.*

O NAČELU SOCIJALNOG POSTUPANJA U STEČAJNOM POSTUPKU S NAGLASKOM NA PRAVA RADNIKA

Dr. sc. Vanja Smokvina, viši asistent
Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Dr. sc. Ante Vuković, stečajni upravitelj, Split

UDK: 349.22:347.736
Ur.: 17. siječnja 2013.
Pr.: 26. veljače 2013.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Razvoj radnog zakonodavstva u Republici Hrvatskoj započeo je nakon 1994., donošenjem Zakona o radu (NN, br. 38/95., 54/95., 65/95., 102/98., 17/01., 82/01., 114/03., 123/03., 142/03., 30/04. i 68/05.), a novi Zakon o radu donesen je 2009. (NN, br. 149/09., 61/11. i 82/12.). Stečajno zakonodavstvo je nakon stupanja na snagu 1.1.1997. mijenjano i dopunjavano kroz Stečajni zakon sedam puta (NN, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06., 116/10., 25/12. i 133/12.) kao i donošenjem Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (NN, br. 86/08.) te Zakona o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12. i 144/12.). Neposredan i osnovni cilj zakonodavca bio je nastaviti i održati kontinuitet razvoja radnog i stečajnog zakonodavstva. Stoga se predmetnim novelama pokušalo, u različitim opsezima, modificirati prethodno uređenje pojedinih dijelova i stečajne regulative i radnog zakonodavstva, prilagođavajući ih, potencijalno, boljim rješenjima temeljenim na iskustvu judikature i pravne teorije. Promjene koncepta trajanja ugovora o radu i uređivanje radnih odnosa u stečaju povezana je i s drugim, širim, promjenama u društvu, a prije svega s prelaskom i utjecajem neoliberalne ekonomske doktrine. Proces tranzicije i institucionalna transformacija tržišta stvorili su potrebu za novim tipom socijalne države i za radikalno izmijenjenim spektrom njenih funkcija. Odnosi komplementarnosti između tržišta i države su se, kao što se iznosi u radu, promijenili, ali nisu iščezli. U situaciji u kojoj je recesija zahvatila i hrvatsko gospodarstvo, što je za posljedicu imalo negativan utjecaj na tržište rada, sve se više susrećemo sa slučajevima otvaranja stečajnih postupaka. Stoga, pored komplementarnosti i međuzavisnosti radnog i stečajnog prava, cilj je ukazati na očigledne napetosti i trajni konfliktni potencijal te istražiti načelo socijalnog postupanja u stečajnoj regulativi.

Ključne riječi: *stečajni postupak, ugovor o radu, prava radnika, stečajno pravo, radno pravo.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Unatoč samostalnosti pravnih disciplina radnog i stečajnog prava, u kompleksnim uvjetima posttranzicijskog gospodarstva, prema mišljenju autora radi se zapravo o uzajamno međuovisnim sustavima. U pravnoj realnosti Republike Hrvatske (dalje: RH) ta se međuovisnost očituje i u dubini krize koja zahvaća oba sustava. U okviru razmatrane problematike zamjetna je kriza sustava samih radnih odnosa, a osobito teško ostvarenje deklariranih te ustavno i zakonski zajamčenih prava radnika u slučaju stečaja poslodavca.¹ Iz perspektive stečajnog zakonodavstva kriza se najjasnije očituje u nepravovremenom pokretanju stečajnog postupka, kao i u neproporcionalnom odnosu između broja insolventnih poslovnih subjekata i broju pokrenutih stečajnih postupaka.² Do sada izneseni stavovi u pravnoj teoriji o povezanosti radnih odnosa i stečajnog prava uglavnom su se svodili na zahtjeve da se reformi stečajnog prava pristupa kroz mogućnost pravovremenog pokretanja stečajnog postupka prihvaćajući mogućnost adekvatnog provođenja, prvotno stečajnog plana, kasnije predstečajne nagodbe što bi za posljedicu imalo očuvanje radnih mjesta. Cilj je, također, bio da se smanjena sigurnost i mogućnost zaposlenja pogotovo u razdoblju gospodarske krize, u slučaju otvaranja likvidacijskog stečajnog postupka, nadomjesti prikladnim rješenjima Zakona o osiguranju potraživanja radnika u stečajnom postupku (dalje: ZOOPR). Također, u ovom članku autori žele ukazati i na povezanost gospodarske krize i „opstojnosti“ radnih mjesta uslijed nepokretanja, odnosno zbog vođenja malog broja stečajnih postupaka u Hrvatskoj, što donekle podsjeća na *anti-commons* problem, tj. problem koji se ne ogleda u utrci vjerovnika (lat. *concurso creditorum*), već u njihovoj pasivnosti, te upozoriti da je rješenje takvog problema pravovremeno pokretanje stečajnog postupka čime i funkcija stečaja može poprimiti socijalni karakter.³ Pravodobnim pokretanjem samih stečajnih postupaka, pogotovo ako poslodavac, koji je u teškim financijskim problemima, može se postići očuvanje poslovanja poslodavca, a samim time i zaposlenja radnika. Ne smije se čekati previše, jer na koncu su na gubitku svi: vjerovnici, sama RH te radnici. Radnici, za koje se pravovremenim otvaranjem i

1 Detaljnije RASMUSSEN, Robert K., An Essay on Optimal Bankruptcy rules and Social justice, University of Illinois Law Review, vol. 1, 1994., s. 1-12.

2 Autori su razmotrili statističke podatke navedene u: ŠVERKO GRDIĆ, Zvonimira, RADOLOVIĆ, Jasminka i BAGARIĆ, Lidija, Solventnost poduzeća u Republici Hrvatskoj i u Europskoj uniji, Ekonomski pregled, vol. 60, 2009., no. 5-6, s. 250-266.; SAJTER, Domagoj, Regionalna indiciranost stečajeva u Republici Hrvatskoj, Ekonomski vjesnik, br. 1 i 2, 2007., s. 31-42.; LESAR, Dragutin, Hrvatski sabor, Klub zastupnika: Hrvatskih laburista - *Stranke rada*, Pregled podataka o stečajnim postupcima u tijeku pred Trgovačkim sudovima u Republici Hrvatskoj, Zagreb, od 6.4.2012.

3 Još je 27.11.2002. u organizaciji Europskog kruga - Hrvatska i Zaklade Konrad-Adenauer održana konferencija "*Bankruptcy as Investment Opportunity*", gdje se Slavko Linić, tadašnji potpredsjednik Vlade RH, osvrnuo na tadašnji postupak stečajeva i na probleme koji su ga pratili te je ukazao na potrebu većeg broja stečajeva. V. CVIJANOVIĆ, Vladimir, Konferencija "*Bankruptcy as Investment Opportunity*" – prikaz, Ekonomski pregled, vol. 54, 2003., no. 1-2, s. 215.

provođenjem stečajnog postupka, naravno kao posljednje sredstvo na raspolaganju, moglo očuvati njihovo zaposlenje, postaju teretom države i njenih institucija koje bi im vrlo teško u razdoblju globalne ekonomske krize mogu pronaći radno mjesto.⁴

2. PRAVNI IZVORI I KOMPARATIVNI OSVRT

2.1. Pravna regulativa Međunarodne organizacije rada i Europske unije

Zbog što potpunije analize učinaka stečaja na ugovor o radu, ali i veze stečajnog i radnog (socijalnog) prava, indikativna je regulativa Međunarodne organizacije rada (dalje: MOR) i Europske unije (dalje: EU) koji su, radi nužnosti uvoda u problematiku rada izloženi u osnovnim crtama.

Europsko pravo često i samo nije koherentno zbog teškoća koje proizlaze iz činjenice da je riječ o dvije različite pravne tradicije, anglosaksonskoj i kontinentalnoj koje se pretaču u jedinstvene pravne institute, kao i da se radi o trenutno 27, uskoro i 28, različitih i specifičnih pravnih sustava. S druge strane kompromisi koji se prave pri usvajanju konvencija, te donošenja preporuka MOR-a, također utječu na kvalitetu pravnog uređenja država članica.⁵ Uz to, često je riječ o sustavu regulative koji utvrđuje samo minimalne standarde, poput Direktiva EU-a, a izbor i način, te obim implementacije ostaje na nacionalnim zakonodavcima. Navedeno značajno aktualizira važnost pravničke struke.

2.1.1. Međunarodna organizacija rada (MOR) i njena zakonodavna djelatnost u okviru zaštite prava radnika u stečajnom postupku

MOR, kao organizacija Ujedinjenih naroda, jedna je od najmasovnijih svjetskih organizacija (trenutno ima 185 država članica).⁶ Osnovana je kako bi svojim djelovanjem utjecala na stvaranje uvjeta za povoljniji položaj radnika na

4 Krajem studenog 2012. pri Hrvatskom zavodu za zapošljavanje registrirano je 347.047 nezaposlenih osoba. Od toga žene čine 53,4% (185.396), a muškarci 46,6% (161.651), odnosno prema dobnoj strukturi: osobe od 15 do 24 godine čine 20,6 % nezaposlenih, od 25 do 34 godine 25,5 %, od 35 do 44 godine 19,1 %, od 45 do 54 godine 20,7 % te iznad 55 godina 13,9 %. V. Registrirana nezaposlenost i zapošljavanje u studenom 2011., Priopćenje za javnost Hrvatskog zavoda za zapošljavanje, prosinac 2012. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.hzz.hr/docslike/PR_Nezaposlenost-Zaposljavanje_11_2012.pdf (10.12.2012.).

5 Općenito o zakonodavnoj djelatnosti MOR-a, a pogotovo u pogledu postupka donošenja konvencija MOR-a UČUR, Marinko Đ., LALETA, Sandra, Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarima, TIM Press i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zagreb, 2007., s. 12. i NOVAK, Mitja, KONČAR, Polonca, BUBNOV ŠKOBERNE, Anjuta (Ur.), Konvencije Međunarodne organizacije dela s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2006.

6 Opširnije na službenoj stranici Međunarodne organizacije rada (ILO, OIT). Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm> (1.12.2012.). V. TINTIĆ, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi (I.), Narodne novine, Zagreb, 1969., s. 177.-208.

radu i u svezi s radom. Donijela je blizu 200 konvencija i isto toliko preporuka kojima uređuje širu zaštitu radnika.⁷ U nastavku se navode pojedine konvencije MOR-a, pravno relevantne za temu rada. Napominjemo da glavninu navedenih konvencija RH nije ratificirala, no bez obzira na navedeno, izvor su međunarodnog radnog prava, te pokazatelj važnosti određenih problema unutar radnog prava. Prema Buklijašu i Bilić, konvencije MOR-a imaju više zakonski karakter, iako i njihov ugovorni karakter nije zanemariv. No, važno je naglasiti da sam čin ratifikacije konvencija MOR-a predstavlja čin pristupanja već postojećem zakonodavnom instrumentu (pristupni unilateralni akt) koji je bez obvezatne strane po državu članicu do trenutka ratifikacije.⁸ Broj ratifikacija država članica, može biti pokazatelj prihvaćenosti i važnosti određenog pitanja.

Kada govorimo o konvencijama MOR-a, nužno je u tom pogledu navesti najvažnije u pogledu tematike ovoga rada. Konvencija MOR-a br. 17 o naknadi radnicima u slučaju nesreće na radu iz 1925.,⁹ u čl. 11. sadrži odredbu koja od nacionalnog zakonodavca zahtijeva da u slučaju insolventnosti poslodavca ili osiguravatelja, propiše obvezu isplate naknade štete radnicima koji su pretrpjeli tjelesnu ozljedu uslijed nezgode na radu, odnosno u slučaju njihove smrti, naknadu osobama koje su ti radnici uzdržavali. Notifikacijom o sukcesiji, RH je postala strankom navedene konvencije.

Godine 1949. u okviru MOR-a donesena je Konvencija br. 95 o zaštiti plaća koja je u čl. 11., st. 1. adresirala učinak stečaja na plaće radnika. Radnicima se u slučaju stečaja ili sudske likvidacije poduzeća jamči položaj privilegiranih vjerovnika s obzirom na neisplaćene plaće, za rad za razdoblje prije stečaja ili sudske likvidacije, kako je to propisano nacionalnim zakonodavstvom i dr. propisima. Plaće radnika koje predstavljaju privilegirani dug moraju se isplatiti u cijelosti prije ostalih potraživanja redovitih vjerovnika. Ipak, čl. 11., st. 3. dana je mogućnost nacionalnom zakonodavstvu (*lex fori*) da odredi prioritet takvih tražbina.¹⁰ Također, valja istaknuti i Konvencija MOR-a br. 158 donesenu 1982. o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca.¹¹

7 Detaljnije BUKLIJAŠ, Boris, BILIĆ, Andrijana, Međunarodno radno pravo: uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada, Pravni fakultet, Split, 2006., s. 7-135.

8 *Ibid.*, s. 47. i 48.

9 Konvencija MOR-a br. 17 o naknadi koja se isplaćuje radnicima u slučaju nesreće na radu, Odluka temeljem notifikacije o sukcesiji, NN-MU, br. 6/95. i 1/02.

10 Konvencija MOR-a br. 95 o zaštiti plaća dostupna je na: International Labor Organization, C95 Protection of Wages Convention (1949.). Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C095> (12.9.2011.). Navedenu konvenciju ratificirale su 22 države, ali RH nije jedna od njih.

11 Konvencija MOR-a br. 158 – Konvencija o prestanku radnog odnosa na inicijativu radnika, Sl. list SFRJ-MU, br. 4/84., Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora, NN-MU, br. 53/91. V. UČUR, Marinko Đ., LALETA, Sandra, Konvencije MOR-a s komentarom, op. cit., s. 100.-103. RH nije stranka Konvencije. Ratificirale su je: Australija, Venezuela, Kamerun, Centrala Afrička Republika, Gabon, Papua Nova Gvineja, Španjolska i Uganda.

Konvencija MOR-a br. 173 o zaštiti potraživanjima radnika (u slučaju stečaja poslodavca), donesena je 1992.¹² Ova je konvencija revidirala prethodno spomenutu Konvenciju MOR-a br. 95. Konvencija je propisala obvezu da se radnicima jamči isplata otpremnine, pod preduvjetom da radnici na to imaju pravo po nacionalnom zakonu. Konvencija MOR-a br. 173 predviđa dva oblika zaštite potraživanja radnika: potraživanja radnika određuju se kao potraživanja s prvenstvenim redom namirenja ili njihovo namirenje osigurava jamstvena institucija, a države mogu propisati jedan ili oba oblika zaštite.¹³

U kontekstu europskog prava, važno je naglasiti da takvo uređenje nije bilo obvezatno po Direktivi 80/987/EEZ o zaštiti radnika u slučaju stečaja poslodavca,¹⁴ ali je postalo obveza sukladno Direktivi 2002/74/EZ.¹⁵ Kao što je prethodno rečeno, RH nije ratificirala Konvenciju MOR-a br. 173, stoga neće biti predmet daljnje analize ovoga rada.

U kontekstu zakonodavne djelatnosti MOR-a treba spomenuti još i Konvenciju MOR-a br. 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje iz 1997. te njenu prateću Preporuku broj 188.¹⁶ Ona je bitna jer određuje koje se mjere trebaju poduzeti s ciljem osiguranja adekvatne zaštite radnika zaposlenih putem privatnih agencija za zapošljavanje i u vezi s naknadama u slučaju stečaja i zaštite tražbina radnika.¹⁷

12 Konvencija MOR-a br. 173 o zaštiti potraživanja radnika (u slučaju stečaja poslodavca). Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUM_ENT_ID:312318:NO (2.12.2012.). Republika Slovenija je, za razliku od RH, ratificirala navedenu konvenciju, odnosno prihvatila je obveze iz dijela III. Konvencije o „*Zaštiti radničkih tražbina putem jamstvene institucije*“.

13 LALETA, Sandra, Prestanak ugovora o radu, Doktorska disertacija, Pravni fakultet, Zagreb, 2011., s. 287.

14 Council Directive 80/987/EEC of 20 October 1980 on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, OJ L 283, 28.10.1980.

15 Directive 2002/74/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 80/987/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, OJ L 270, 8.10.2002. Sve prethodne izmjene kodificirala je u konačnici Direktiva 2008/94/EZ (Directive 2008/94/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer (Codified version), OJ L 283, 28.10.2008).

16 V. BUKLIJAŠ, Boris, BILIĆ, Andrijana, Međunarodno radno pravo: uz poseban osvrt na Međunarodnu organizaciju rada, op. cit., s. 271.-277.

17 Konvencija MOR-a br. 173, op. cit., čl. 11. t. (i). Detaljnije BRONSTEIN, Arturo, Tripartitna konferencija na visokom nivou o socijalnom dijalogu i reformi zakona o radu u zemljama koje pristupaju Europskoj uniji, Reforma zakona o radu u zemljama kandidatima za Europsku uniju: Postignuća i izazovi, Malta, 2003., s. 1-25.

2.1.2. Pravo Europske unije (EU) u pogledu zaštite potraživanja radnika u stečajnom postupku

Prije analize pravnih izvora prava EU-a, važno je spomenuti jedan iznimno bitan izvor. Riječ je o Europskoj socijalnoj povelji (revidiranoj), koja u čl. 25. navodi „Radi osiguranja djelotvorne primjene prava zaposlenika na zaštitu njihovih potraživanja u slučaju insolventnosti poslodavca, stranke se obvezuju odrediti da potraživanja zaposlenika koja proizlaze iz ugovora o radu ili odnosa zaposlenosti budu zajamčena institucijom jamstva ili nekim drugim oblikom djelotvorne zaštite“.¹⁸ Hrvatska je navedenu Povelju ratificirala i ista je pravno obvezujuća za RH od njena stupanja na snagu. Kako ćemo vidjeti u nastavku teksta, RH je ispunila navedenu obvezu iz Povelje.

U pogledu analize pravnog sustava EU-a, važno je prethodno naglasiti da će u radu naglasak biti na sekundarnom pravo EU-a. Naime, najvažniji izvor europskog radnog prava jest upravo sekundarno pravo.¹⁹

Izvori sekundarnog prava EU-a određeni su čl. 288. UFEU-a²⁰ (bivši čl. 249. UEZ-a), a čine ga: uredbe, direktive, odluke, preporuke i mišljenja. Između ovih izvora, nema formalne hijerarhije²¹ već se razlikuju u svojoj primjeni. Sukladno čl. 288. UFEU-a uredbe imaju opću primjenu, obvezujuće su u svojoj ukupnosti i izravno (direktno) primjenjive u svim državama članicama. Direktive su obvezujuće prema rezultatu koji se njima treba postići, no na državama članicama je da odrede oblik i metodu, dok su odluke obvezujuće u cijeloj ukupnosti u odnosu na stranke kojima su upućene. Sekundarno pravo EU proizlazi iz Osnivačkih ugovora temeljem njihovih izričitih odredaba te nastaje aktivnošću institucija Unije.²²

U odnosu na Konvencije MOR-a, koje ako su ratificirane i objavljene, dio su pravnog poretka RH, prema hijerarhiji ispod Ustava, a iznad zakona, u pogledu direktiva EU-a pitanje njihovog izravnog učinka vrlo je složeno i predmetom mnogobrojnih akademskih rasprava.²³ Direktivama se prema sadašnjem stanju

18 Europska socijalna povelja (Torino 1961., Dodatni protokol, Strasbourg, 1988.), NN-MU, br. 15/02., za RH stupila na snagu 28.03.2003., a Dodatni protokol kojim se uspostavlja institut kolektivnih žalbi, Strasbourg, 1995., NN-MU, br. 15/02, za RH je stupio na snagu 1.4.2003., NN-MU, br. 2/07.

19 BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, LALETA, Sandra, JUKIĆ, Anton, Posebnosti reguliranja radnog vremena u kontekstu smjernice 2003/88/EZ s osvrtom na nacionalna rješenja u Njemačkoj, Austriji i Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29, 2008., br. 1, s. 71.-109.

20 Treaty on the functioning of the European Union, OJ C 83, of 30.3.2010.

21 CRAIG, Paul, DE BÚRCA, Grainne, EU Law, Text, Cases and Materials, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2008., s. 83.

22 RODIN, Siniša, ČAPETA, Tamara, Osnove prava EU, Narodne novine, Zagreb, 2011., s. 15.; V. i: BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, HORAK, Hana, MARTINOVIĆ, Adrijana, Temeljne gospodarske slobode u Europskoj uniji, Inženjerski biro, Zagreb, 2011. te CRAIG, Paul, DE BÚRCA, Grainne, EU Law: Text, Cases and Materials, 5th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011.

23 CHALMERS, Damian, DAVIES, Gareth, MONTI, Giorgio, European Union Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2010., s. 287, te pogotovo sudsku praksu Europskog suda u

stvari, poglavito pravnostvaralačke snage Europskog suda, priznaje izravni (vertikalni) učinak, dok se ne bi moglo govoriti o izravnom (horizontalnom) učinku, premda ima i podupiratelja navedene teze. Ipak, navedeno neće biti predmetom rasprave u ovome radu. Ono što je važno u pogledu direktiva je činjenica da su obvezujuće prema učinku koji se njima mora postići.

Tri direktive EU-a, važne za sadržaj ovoga rada, dotiču se nekih od pitanja, kojima se treba baviti pri reorganizaciji ili platežnoj nesposobnosti poduzeća. One se bave prijenosom poduzeća ili njegovog dijela,²⁴ kolektivnim viškom²⁵ i zaštitom radničkih tražbina u slučaju platežne nesposobnosti poduzeća.²⁶ Iako RH za sada, barem do predviđenog datuma 1. srpnja 2013., nije punopravna država članica EU-a u okviru pretpripravnih aktivnosti za pristupanje u punopravno članstvo u Europsku

Luksemburgu: C-41/74, *Van Duyn v Home Office*, ECR [1974] 1337, t. 12., C-148/87, *Ministero Pubblico v Ratti*, ECR [1979] 1629., C-152/84, *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECR [1986] 723, t. 48., C-188/89, *Foster v British Gas*, ECR [1990] I-3313, t. 20., C-144/04, *Mangold v Helm*, ECR [2005] I-9981, t. 75., C-212/04, *Konstantinos Adeneler and others v Ellinikos Organismos Galaktos*, ECR [2006] I-6057, t. 112., C-91/92, *Facini Dori v Recreb*, ECR [1994] I-3325., C-356/05, *Farrel v Whitty*, ECR [2007] I-3067., C-80/06, *Corp*, ECR [2007] I-4473., C-194/94, *CIA Security International v Signalson & Securitel*, ECR [1996] I-2201, t. 44.-48., C-152/07 i C-154/07 (spojeni predmeti), *Arcor v Bundesrepublik Deutschland*, ECR [2008] I-5959, t. 35.-38.

- 24 Prvi vid reorganizacije poslodavca prijenos je poduzeća (ili njegovog dijela). Još 1977. donesena je Direktiva Vijeća 77/187/EEZ od 14.2.1977., OJ L61, 5.3.1977. o usklađivanju zakona država članica o zaštiti prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, poslovanja ili dijelova poslovanja, koje je 1998. izmijenjeno Direktivom 98/50/EZ, OJ L201, 17.7.1998. u svjetlu utjecaja unutarnjeg tržišta kao i zakonodavnih tendencija država članica u pogledu spašavanja poduzeća u slučaju ekonomskih teškoća. Potrebu da se donese nova direktiva posebno je istaknula praksa Europskog suda, tj. njegovo stvaralačko tumačenje Direktive 77/187/EEZ. Ova je direktiva, međutim, po shvaćanjima pravne teorije, zbog jasnoće i racionalnosti, kodificirana Direktivom Vijeća 2001/23/EZ od 12.3.2001., OJ L82, 22.3.2001. o približavanju prava država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, tvrtki ili dijelova poduzeća ili tvrtki, koja je, također, zasnovana na čl. 94. Ugovora o Europskoj zajednici (sada čl. 115. UFEU-a) a koji se odnosi na približavanje prava država članica. O prijenosu poduzeća ili njegova dijela detaljnije GOVIĆ, Iris, *Prenošenje ugovora o radu na novog poslodavca*, s. 323.-358., u: *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj (POTOČNJAK, Željko ur.)*, Pravni fakultet, Organizator, Zagreb, 2007.
- 25 Reorganizacija poslodavca putem kolektivnog otpuštanja jedan je od načina da se izbjegne insolventnost poslodavca. Ovoj mjeri poslodavci pribjegavaju radi povećanja svojih konkurentskih sposobnosti. Direktivom Vijeća 75/129/EEZ od 17.2.1975. o usklađivanju zakona država članica o kolektivnim viškovima radnika (OJ L 48, 22.2.1975., s. 29.). Navedena Direktiva posljednji put izmijenjena i dopunjena Direktivom 92/56/EEZ (OJ L 245, 26.8.1992., s. 3.). Obje direktive su zbog pojašnjenja i racionalnosti, učvršćene Direktivom Vijeća 98/59/EZ od 20.7.1998., L225, 12.8.1998. o usklađivanju pravnih propisa država članica o kolektivnom otpuštanju viška radnika.
- 26 Posljednji vid reorganizacije poslodavca reorganizacija je kojoj se pribjegava u slučaju insolventnosti. Zaštitna prava zaposlenih u ovom slučaju regulirana je Direktivom Europskog parlamenta i Vijeća 2008/94/EZ koja predstavlja kodifikaciju Direktive 2002/74/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća, Direktive Vijeća 80/987/EEZ, te Direktive Vijeća 87/164/EEZ o usklađivanju zakona država članica glede zaštite zaposlenika u slučaju insolventnosti njihova poslodavca.

uniju, a nakon završene analitičke ocjene usklađenosti nacionalnog zakonodavstva s obvezujućom pravnom stečevinom na području pregovaračkog Poglavlja 19. Socijalna politika i zapošljavanje, preuzete su obveze iz predanih Pregovaračkih stajališta RH u navedenom Poglavlju.²⁷ Zakonodavna inicijativa pokrenuta je radi postizanja potpunog usklađivanja stečajne regulative prvenstveno ZOOPR-om s Direktivom 2002/74/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. rujna 2002.²⁸

Usljed mnogobrojnih izmjena izvorne Direktive Vijeća 80/987/EEZ, godine 2008. donesena je nova Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2008/94/EZ,²⁹ koja predstavlja kodifikaciju svih dotadašnjih izmjena Direktive Vijeća 80/987/EEZ. Direktiva je prema svojem personalnom području primjene usmjerena ka zaštiti svih radnika (posloprimaca), no države članice mogu iz primjene isključiti određene kategorije osim osoba zaposlenih na nepuno radno vrijeme sukladno Direktivi 97/81/EZ, osoba zaposlenih na određeno vrijeme u smislu Direktive 1999/70/EZ, te osoba u privremenom radnom odnosu sukladno čl. 1. st. 2. Direktive 91/383/EEZ.³⁰ U pogledu zaštite radnika, direktiva im jamči: isplatu neisplaćenih potraživanja spram poslodavca uključujući zaostale plaće putem samostalno ustrojene jamstvene institucije, obvezu država članica da jamče da neisplata doprinosa za socijalno osiguranje neće štetno utjecati na prestacije koje uživa radnik kao i zaštitu bivših radnika na mirovine.

Ovdje je važno istaknuti da je razvoju radnopravne zaštite u slučaju stečaja poslodavca, iznimno važnu ulogu u kreiranju i tumačenju prava odigrao Sud EU kroz svoju sudsku praksu.³¹

27 Svakako pogledati Republika Hrvatska, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Nacrt, Prijedlog Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, s tekstom konačnog prijedloga Zakona, Zagreb, 2008., s. 2. i UČUR, Marinko Đ., Radno zakonodavstvo Republike Hrvatske i *acquis communautaire*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, 2005., no. 1, s. 495-526.

28 Detaljnije BODIROGA - VUKOBRAT, Nada, Osiguranje potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca u europskom pravu u svjetlu Direktive 2002/74/EZ, s osvrtom na rješenje u hrvatskom pravu, u: Simpozijum u Ohridu, Prilozi reformi stečajnog prava u zemljama južne Evrope, Edition Temmen, 2006., s. 13.

29 Direktiva 2008/94/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 22.10.2008., OJ L283, 28.10.2008., o zaštiti radnika u slučaju insolventnosti poslodavca.

30 Direktiva 2008/94/EZ, op. cit., čl. 2., st. 2.

31 U tom pogledu vidjeti neke od najznačajnijih presuda: Odluka, C-9/90, *Francovich v Italy*, ECR [1991] I-5357; Odluka u povezanim predmetima C-140/91, C-141/91, C-278/91 i C-279/91, *Mauro Suffritti and others v Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, ECR [1992] I-6337; Odluka C-334/92, *Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantia Salarial*, ECR [1993] I-6911; Odluka C-373/95, *Federica Maso and others and Graziano Gazzetta and others v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) and Repubblica Italiana*, ECR [1997] I-4051; Odluka C-442/00, *Angel Rodriguez Caballero v Fondo de Garantia Salarial (Fogasa)*, ECR [2002] I-11915; Odluka u povezanim predmetima C-19/01, C-50/01 i C-84/01, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v Alberto Barsotti and Others (C-19/01)*, *Milena Castellani v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) (C-50/01) and Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) v Anna Maria Venturi (C-84/01)*, ECR [2004] I-2005; Odluka C-125/01, *Peter Pflücke v Bundesanstalt für Arbeit*, ECR [2003] I-9375; Odluka C-520/03, *Jose Vincente Olaso Valero v Fondo de Garantia Salarial (Fogasa)*,

2.2. Poredbeno-pravna analiza pojedinih država

Autori smatraju da usklađivanje regulative, posebno poslovnopravne u najširem smislu riječi, s regulativom MOR-a i EU-a nije samo sebi svrha, već ima snažno ekonomsko utemeljenje, što je posebno važno u uvjetima gospodarske krize.³² Stoga kako je regulativa MOR-a i EU-a primjenjivana na različite načine, u nastavku će se analizirati i prikazati četiri pravno teorijska modela (socijalne) zaštite radnika u slučaju insolventnosti poslodavca.³³ Autori četiri modela analiziraju u nekoliko država koje svojim pravnim uređenjem donose neka nova saznanja i pristupe regulativi, što može pomoći RH u iznalaženju najboljeg rješenja: Narodna Republika Kina (dalje: Kina), Meksiko, Danska, Australija i Savezna Republika Njemačka.

2.2.1. Model: pristup u korist radnika in favorem laboratories

Kina, kao sve snažnijeg gospodarskog čimbenika i veliku gospodarsku silu u svijetu, unatoč nekim predrasudama u određenim aspektima može poslužiti kao model u pogledu problema rješavanja viška radnika. U svojem pravnom uređenju, koliko god to možda izgledalo „egzotično“, orijentirala na načelo *in favorem laboratories*. Naime, kineski model obuhvaća obvezno osiguranje za nezaposlene koje u praksi znači i više od novčane naknade za dospjele, a ne podmirene tražbine (iako treba naglasiti da svi radnici nisu zastupljeni navedenim socijalnim programom). Osiguranje obuhvaća radnike i poslodavce. Načelno, sustav dopušta da radnici, uz prioritet naplate u stečajnom postupku ostvaruju i do 80% minimalne nacionalne plaće tijekom razdoblja od 2 godine. Navedeni model također potiče na povećanje kompetitivnosti i zapošljavanje nezaposlenih putem poslovnog usmjeravanja s ciljem ubrzanog povratka radu (Austrija je, primjerice, također prihvatila specifični program usavršavanja koji značajno poboljšava mogućnost naknadnog zapošljavanja).³⁴ Ipak kritike su usmjerene na nužnost transformacije

ECR [2004] I-12065; Odluka C-81/05, *Anacleto Cordero Alonso v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECR [2006] I-7569; Odluka C-278/05, *Carol Marilyn Robins and others v Secretary of State for Work and Pensions*, ECR [2007] I-1053,

32 Skrećemo pozornost i na nepotrebno istrčavanje u tom pogledu ispred zahtijevanih standarda takve regulative, osobito kada za to nema ni ekonomskog ni pravnog opravdanja, poput uvođenja instituta osobnog stečaja koji nije postigao zadovoljavajuće rezultate u tranzicijskim zemljama. Podrobnije SPRINZ, Petr, *Fresh Strat Policy of Bankruptcy Law in Visegrad Countries: Economic and Legal analysis*, Central European University, Budapest, 2011., s. 29-50.

33 O modelima detaljnije JOHNSON, Gordon W., *Insolvency and Social Protection, Employee Entitlements in the Event of Employer Insolvency*, rad predstavljen na petom forumu, *Reforma Insolvencyjskog prava azijskih zemalja*, Beijing, 27.-28.4. 2006., s. 1-10.

34 Detaljnije WINTER-EBMER, Rudolf, *Long term Consequences of an Innovative Redundancy-Retraining Project: the Austrian Steel Foundation*, Social Protection Discussion Paper, No. 0103. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.econ.jku.at/papers/2000/wp0029.pdf> (19.06.2012.).

kineskog pozitivno-pravnog stečajnog zakonodavstva jer su često zanemarene tražbine ostalih, neprivilegiranih vjerovnika. Zbog navedenih čimbenika Kina ubrzano radi na modernizaciji stečajne regulative koja će moći prihvatiti i omogućiti tržišno orijentiranu ekonomiju, uključujući i područje stečajnog zakonodavstva. U praksi, zbog velike nezaposlenosti i nestabilnog ekonomskog okruženja, kao i nepoštivanja načela neutralnosti u stečajnom postupku,³⁵ državna poduzeća se žestoko opiru proglašenju stečaja pa slijedom toga i sami radnici pokušavaju odgoditi pokretanje stečajnih postupaka zbog gubitka sigurnosti u, što je nekad smatrano, “doživotni posao”. Rezultat navedenog je da su radnici često prisiljeni raditi za drugog poslodavca strpljivo čekajući stvaranje prava ostvarenih kod bivšeg poslodavca.³⁶

2.2.2. Model: pristup neosiguranim pravima radnika

Drugi prikazani model jest meksički. Navedeni model ne pruža osiguranje razlike između prava koja se duguju radnicima s jedne strane i vrijednosti unovčene imovine s druge.³⁷ Poput brojnih građanskih zakon(ik)a ipak usvaja neka prioriteta prava radnika u stečajnom postupku. Primjerice, dopušta isplatu do 3 mjesecne plaće umjesto otpremnine. Unatoč tomu što je kratko vrijeme u primjeni (donesen je 2000.) meksički zakon o stečaju predmet je značajnih kritika zbog nastavljanja prakse starog zakona, odnosno neopravdanog favoriziranja pojedinih grupa radnika.³⁸ Takav pristup narušava razmjerno namirenje vjerovnika i ravnomjerno raspodjelu imovine dužnika razmjerno tražbinama vjerovnika dok neposredno povećava rizik insolventnosti u komercijalnim odnosima budući da ne promiče financijsku disciplinu. Štoviše u stvarnosti navedena zakonodavna regulacija ne povećava značajno niti zaštitu radničkih prava. Naime, za radnike u poduzećima s financijskim problemima često se ne mogu iznaći sredstava za osiguranje isplata, čak i prioriteta radničkih tražbina, pa stoga potpadaju pod meksički sustav socijalne sigurnosti koji ima niz manjkavosti. Ovo predstavlja velik problem jer uprava poslovnih subjekata koja su u financijskim poteškoćama iskorištavaju

35 Promoviranje načela neutralnosti, što znači da se na isti način tretira sve tržišne subjekte (bez obzira na vrstu, veličinu i podrijetlo kapitala), mora biti ugrađeno u stečajni zakon. Tako INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Orderly and effective insolvency procedures*, Legal Department, Washington, 1999., s. 15.

36 Detaljnije LEE, Vicky, Research and Library Services Division, Legislative Council Secretariat, *Unemployment Insurance and Assistance Systems in Mainland China, 2000*. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.legco.gov.hk/yr99-00/english/sec/library/e18.pdf> (18.06.2012.).

37 OSCOS CORIA, Dario U., OSCOS, Abogados, *The New Mexican Law on Commercial Insolvency (Ley de Concursos Mercantiles)*, Rad predstavljen na ABA International Section 25.-28.4., Washington, D.C., 2001., s. 3-15. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.iiiglobal.org/country/mexico/mex_insolv.pdf (18.6.2012.).

38 SHEPPARD, Hale E., *The New Mexican Insolvency Law: Policy Justifications for Assistance*, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 6, 2001, no. 1, s. 45-72.

radnike do točke bez povratka, dok izbjegavaju vanjsku pomoć iz straha da ne budu optuženi za počinjenje gospodarskih kaznenih djela.³⁹

2.2.3. Model: postojanje Fonda za osiguranje radničkih tražbina

Najrazvijenije države svijeta koriste sustav koji određenim pravima radnika daje položaj prioritetnih tražbina u stečaju, ali također i omogućava njihovo ostvarivanje u slučaju da stečajna masa nije dostatna za nepodmirene tražbine radnika. Primjerice, danski sustav daje prioritet naplate neisplaćenih plaća i ostalih taksativno navedenih radničkih prava u slučaju stečaja poslodavca. Ako stečajna masa nije dostatna postoji fond iz čijih će se sredstava naplatiti sve radničke tražbine.⁴⁰ Iako ovakav pristup za radnika znači veću socijalnu sigurnost u ostvarivanju prava, iz šire ekonomske perspektive dio pravne teorije smatra da on izaziva zabrinutost.⁴¹ Stoga postavljaju pitanje je li pravedno, zapravo poželjno uskratiti prava ostalim vjerovnicima s naslova isporučenih, a neplaćenih usluga dužnika? Ovo je zanimljivo jer iako najrazvijenije ekonomije zagovaraju ideju liberalizma postulatom „minimalna država - maksimalno tržište“, nedosljedna državna politika zemalja članica EU-a i SAD-a, nerijetko za posljedice ima ekonomski intervencionizam. S druge strane, australski stečajni model regulira vrlo složen sustav tražbina, njih čak 14, koje imaju povlašten položaj u odnosu na tražbine nepriviligiranih vjerovnika.⁴²

Radnopravna zaštita u stečajnom postupku RH priklonila se ovome modelu, ponajprije zbog svojih međunarodno pravnih obveza, pogotovo sukladno sadašnjoj Direktivi 2008/94/EZ. Dakle, svojevrсни ekonomski intervencionizam, poslije pokretanja stečajnog postupka, može se naći i u pozitivno-pravnoj stečajnoj regulativi RH. Radnici koji imaju tražbine prema poslovnom subjektu s kojim su bili u radnom odnosu (poslodavcu), a nad kojim je otvoren stečajni postupak, po odredbama ZOOPR-a dobivaju mogućnost naplate dijela tražbina, bez obzira na sudbinu stečajne mase. Njihove tražbine preuzima Agencija, kao jamstveni fond, te ih isplaćuje radnicima bez obzira hoće li iste moći naplatiti iz stečajne mase poslodavca. Postavlja se pitanje tko navedeno u konačnici financira? Odgovor glasi Proračun RH. Budući da i sam SZ predviđa prioritetnu isplatu dijela tražbina radnika ove odredbe ZOOPR-a moraju se shvatiti kao osiguranje dodatnih i brže osiguranih prava radnicima. Stoga je teorija postavila pitanje je li ovo dobro

39 ROWAT, Malcolm, The World Bank Group, Reforming Insolvency Systems in Latin America, Public Policy for the Private Sector, Note no. 187. Dostupno na mrežnim stranicama: <http://www.worldbank.org/html/fpd/not/es/187/187summary.html> (12.3.2012.).

40 EMIRE, Denmark: Employees' Pay Guarantee Fund. Dostupno na mrežnim stranicama: http://www.eurofound.ie/emire/denmark/emplo_yeespayguaranteefund-dn.html (12.3.2012.).

41 BODUL, Dejan, VUKOVIĆ, Ante, Stečajno zakonodavstvo u tranziciji: komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 49, 2012., br. 3, s. 633-661.

42 Australian Commonwealth Corporations Act 2001, Act No. 50 of 2001.

rješenje?⁴³ S jedne strane, mogu se naći razlozi *in favorem*, za razliku od suvremene ekonomije, u kojoj tražbine radnika prema poslovnom subjektu u kojem rade ne mogu biti veće od jednomjesečne bruto zarade. U tranzicijskoj Hrvatskoj te tražbine mogu biti višegodišnje, pa ima smisla, iz razloga socijalne senzibiliziranosti, pojačati i ubrzati isplatu dijela tih tražbina. S druge strane, dio pravne teorije⁴⁴ smatra da je spomenuti problem trenutčan i nema ekonomskog opravdanja zbog trenutnog problema donošenja zakonskih rješenja koje će važiti i u budućnosti, po normalizaciji ekonomskih prilika. Pored toga, postavlja se i pitanje zašto bi porezni obveznici, među kojima ima i sve veći broj siromašnih, financirali isplatu tražbina radnika kao privatnih osoba prema privatnim poslovnim subjektima.

2.2.4. Model: pristup osiguranim sredstvima

Njemački insolventni sustav jedan je od predvidljivijih za vjerovnike. On uređuje na jednak način pitanje svih nepriviligiranih vjerovnika, uključujući radnike što u konačnici znači i ravnomjeran pristup preostaloj insolventnoj masi. Prava radnika koja nisu namirena iz insolventne mase naplaćuju se iz državnog fonda za insolventnost.⁴⁵ Jedina iznimka ovoj fiksnoj strukturi prioriteta je kreiranje plana socijalne skrbi za one koji se suočavaju s ozbiljnim poteškoćama zbog insolventnosti njihovog poslodavca. Radnici su takvim planom socijalne skrbi osigurani mogućnošću prioritete naplate u slučaju insolventnosti poslodavca, ali s ograničenjem do jedne trećine cjelokupne imovine čime se stvara povjerenje vjerovnika u insolventni postupak.

3. HRVATSKO RADNO I STEČAJNO ZAKONODAVSTVO - IZMEĐU PROKLAMIRANIH NORMI I PRAVNE STVARNOSTI

Tijekom postupka pristupanja u punopravno članstvo EU-a od zemalja kandidata se tražilo da usvoje zakonodavstvo za implementaciju prava Zajednice (danas: Unije) što je RH svakako i učinila, ali i dalje čini izmjenama ZOR-a, SZ-a, ZFPN-a i ZOOPR.-a Stoga slobodno možemo reći da stečajna i radna zakonodavstva na europskoj razini, u koje spada i hrvatsko, u načelu se nastoje što je više moguće uskladiti, barem u pogledu minimalnih jamstava radnopravne i socijalno pravne zaštite radnika. Problem jest taj da EU nema izravne ovlasti reguliranja nacionalnog radnopravnog sustava. Uređivanje sustava radnog i stečajnog prava u državama članicama prepušteno je svakoj državi članica posebno, a EU nema ovlasti izravnog

43 FALKE, Mike, *Insolvency Law Reform in Transition Economies*, Humboldt University Berlin, Doctoral Thesis, 2003., s. 65. (mentor Christoph Paulus).

44 BALCEROWICZ, Ewa; HASHI, Iraj; LOWITZSCH, Jens i SZANYI, Miklos, *The Development of Insolvency Procedures in Transition Economies: A Comparative Analysis*, Case – Center for Social and Economic Research, Warsaw 2003, Projekt br. 254.

45 *Insolvenzordnung*, Bundesgesetzblatt 1994., I s. 2866, posljednja izmjena BGBI, 2010., I, s. 1885.

reguliranja osim putem sekundarnog zakonodavstva prava EU-a. Stoga, iako je u navedenim okvirima s jedne strane regulativa koja uređuje predmetnu problematiku normativno „dotjerana“ i usklađena, pravna stvarnost pokazuje sasvim suprotne rezultate.

3.1. Utjecaj pravne tradicije

Stvaranje novog zakonskog okvira gospodarskih aktivnosti 1990-ih jedan je od najvažnijih početnih koraka tranzicije. Pri tomu su se, u Hrvatskoj, kao i u drugim tranzicijskim zemljama, usporedno odvijali procesi koji su trebali izgraditi nove institute karakteristične za tržišno gospodarstvo. Kada se pobliže analizira normativni karakter radnih odnosa u početnim fazama tranzicije, kao i ekonomska politika države kroz stečajno zakonodavstvo, lako je uočljivo da je socijalna funkcija države dobrim dijelom prenesena na poduzeća, s uglavnom nepovoljnim posljedicama. Jedna od njih je i neprimjenjivanje stečajne regulative.⁴⁶ Ovakav odnos prema stečaju i danas vjerojatno predstavlja nasljeđe socijalističkog sustava, koji u pravilu ideološki nije priznavao poslovni neuspjeh poduzeća. Posljedica ovakvog odnosa prema poslovnom neuspjehu predstavlja socijalizaciju gubitaka, odnosno pokrivanje gubitaka pojedinačnog poduzeća od strane cjelokupnog društva putem nekog oblika proračunskog financiranja. Naime, trgovačka društva u kojima je RH imala potpuni ili većinski udio u vlasničkoj strukturi tijekom 1990-ih su se, vrlo često, sve više pretvarala u „centre za socijalnu skrb radnika“, a sve su manje bila proizvodni centri. Ekonomska kriza ukazala je na ovakvu promjenu karaktera hrvatskih poduzeća, koja je iako ranije manje vidljiva, i sama doprinijela krizi.⁴⁷ U konačnici vanjski razvoji događaja su pojačali ili ubrzavali unutarnje probleme koji su se u mnogim slučajevima nazirali i prije početka globalne financijske krize.

U okviru rečenog jedno od najdelikatnijih pitanja stečajnog postupka je ostvarivanje prava radnika stečajnog dužnika. Naše stečajno zakonodavstvo je, kroz povijest na različite načine uređivalo ovu problematiku pri čemu su tražbine radnike svrstavane u tri skupine: a) radnici kao vjerovnici stečajne mase na temelju troškova stečajnog postupka, b) radnici kao vjerovnici stečajne mase iz ugovora o radu nakon

46 Primjerice, prije otvaranja stečajnog ili likvidacijskog postupka, odvijao se dug prethodni postupak. Poduzimajući prethodni postupak, sudovi su se teško odlučivali na otvaranje stečaja. Imajući u vidu teške posljedice odluke o otvaranju stečaja (gubljenje pravnog subjektiviteta dužnika, prestanak radnog odnosa zaposlenih itd.), sudovi su se pozivali na „opći interes“ da odluku o otvaranju stečaja odlože, dopuštaju opstanak poduzeća koja objektivno nisu imala mogućnosti preživjeti. V. SPARIOZU, Todor, Uloga stečaja u procesu tranzicije, *Politička revija*, vol. 6, 2007., br. 2-4, s. 777-796.; DIKA, Mihajlo, (ur.), Sanacija i stečaj organizacija udruženog rada, *Zbornik radova, Pravni fakultet i Centar za stručno usavršavanje i suradnju s udruženim radom*, Zagreb, 1988., s. 7-38. te VUKOVIĆ, Ante, BODUL, Dejan, Stečajno zakonodavstvo u tranziciji: komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 49, 2012., br. 3, s. 633-661.

47 BILIĆ, Ivan, Gospodarski uzroci stečaja u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, vol. 37, 2000., no. 1/2, s. 217-226.

otvaranja stečajnog postupka na temelju ostalih obveza stečajne mase i c) radnici kao stečajni vjerovnici. Namirenje tražbina zavisilo je o pravnom položaju tražbina sukladno načelu prvenstva i načelu razmjernosti iz SZ-a te stečajnoj masi (osim u slučajevima iz ZOOPR-a kada država jamči minimalna radno-socijalna prava). U nastavku se daje povijesni pregled.

Stečajni zakon - SZ (NN, br. 44/96. i 29/99.) u čl. 86. je određivao troškove stečajnog postupka, koje su činili: sudski troškovi, zatim nagrade i izdaci privremenog stečajnog upravitelja, stečajnog upravitelja i članova odbora vjerovnika te drugi troškovi za koje je ovim ili drugim zakonom određeno da će se namirivati kao troškovi stečajnog postupka. U pogledu navedenog poseban propis (*lex specialis*) bio je Zakon o radu - ZOR (NN, br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01. i 82/01. - pročišćeni tekst) koji je u čl. 86. uredio zaštitu potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca kao troškove stečajnog postupka.⁴⁸ Ipak, ako navedeno gledamo kroz perspektivu radnih odnosa, ZOR predstavlja opći propis (*lex generali*) u usporedbi s SZ-om i ZOOPR-om koji je u području radnih odnosa predstavljaju posebne zakone (*lex specialis*).⁴⁹

Tražbine radnika kao vjerovnika stečajne mase na osnovi ostalih obveza stečajne mase sadržavao je čl. 87. SZ-a, dok su preostale tražbine radnika, osim troškova stečajnog postupka bile u drugom višem isplatnom redu kao tražbine drugog višeg isplatnog reda. Tako se uglavnom izjašnjavala i sudska praksa.⁵⁰ Tužba radi ostvarivanja tražbina vjerovnika stečajne mase (troškovi stečajnog postupka i ostale obveze stečajne mase) sadrži kondemnatorni zahtjev: „Nalaže se tuženiku... da tužitelju...isplati“ dok deklaratorna tužba: „Utvrdjuje se tražbina stečajnog vjerovnika..... kao tražbinavišeg isplatnog reda“ u pogledu ovih tražbina nije dopuštena.⁵¹ Za tražbine radnika kao stečajnih vjerovnika jedino je moguća

48 Zakon o radu, NN br. 38/95., 54/95., 65/95., 17/01. i 82/01. - pročišćeni tekst, čl. 86: (1.) U stečajnom postupku sljedeća potraživanja zaposlenika iz radnog odnosa imaju prednost pri naplati i namiruju se kao troškovi stečajnoga postupka: plaća za zadnja tri mjeseca prije otvaranja stečaja ili prestanka ugovora o radu; naknada plaće za godišnji odmor na koji je zaposlenik stekao pravo u kalendarskoj godini u kojoj je otvoren stečaj ili u kojoj je prestao ugovor o radu te u prethodnoj godini; naknada plaće za posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečaja ili prestanka ugovora o radu; otpremnine, te naknade štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti; (2.) potraživanje plaće i naknade plaće iz st. 1. ovoga članka, namiruju se kao troškovi stečajnog postupka, samo do iznosa koji za određeni mjesec odgovara iznosu dvije trećine prosječne mjesečne plaće isplaćene u RH; (3.) potraživanje otpremnine iz stavka 1. ovoga članka ima u stečajnom postupku prednost pri naplati samo do iznosa jedne trećine prosječne mjesečne plaće isplaćene u RH, za svaku navršenu godinu rada kod toga poslodavca te (4.) prosječna plaća iz st. 2. i 3. ovoga članka utvrđuje se na temelju posljednjih statističkih podataka objavljenih prije otvaranja stečajnog postupka.

49 V. RUŽDJAK, Marijan, Zakon o radu: Komentar, sudska praksa, primjeri ugovora o radu i općih akata, Poslovni zbornik, Zagreb, 2005., s. 347.

50 *Arg.* Visoki Trgovački sud Republike Hrvatske (VTS RH), Posl. br. VI Pž-5768/04-3 od 20.6.2007., te posl. br. VI Pž-5767/04-3 od 15.5.2007.

51 Jednaka pravna pravila vrijede općenito za sve vjerovnike koji imaju tražbinu prema stečajnom dužniku s osnove troškova stečajnog postupka i ostalih obveza stečajne mase.

deklaratorna tužba.⁵²

52 Autori u tom pogledu izdvajaju dosad javno neobjavljenu sudsku praksu iz stečajnog postupka nad trgovačkim društvom "Jadrantekstil" d.d. u stečaju iz Splita (Trgovački sud u Splitu, posl. br. St-108/99 i od 21.9.1999.), a tiče se opsega prava bivših radnika te štete za stečajnog dužnika kao tuženika kada sud prihvati istom odlukom zahtjev za tražbine viših i tražbine nižih isplatnih redova. U prvom slučaju, bivša radnica S.B. iz S. nezadovoljna izjašnjenjem stečajnog upravitelja o njoj prijavi tražbine u zakonom određenom roku pokrenula je tužbom parnični postupak radi utvrđenja novčane tražbine/naknade štete protiv tuženika (ovdje stečajnog dužnika). Prvostupanjski sud presudom posl. br. VI P-2451/2000 od 21.5.2002. gotovo je u cijelosti usvojio zahtjeve tužiteljice: 1.) isplatu razlike plaće između ugovorenog i stvarno isplaćenog iznosa, 2.) za isplatu razlike otpremnine sukladno čl. 118., st. 2. ZOR-a, 3.) isplatu naknade štete zbog prijevremenog otkaza ugovora o radu sukladno čl. 113. ZOR-a, 4.) isplatu jubilarne nagrade temeljem čl. 49. Kolektivnog ugovora za djelatnost trgovine od 11.12.1997. i Odluke o iznosima naknada, potpora i nagrade Uprave tuženika od 28.10.1998., te 5.) za isplatom troškova prijevoza. Sud je jedino odbio zahtjev za isplatu zateznih zakonskih kamata (dalje: ZZK) po svim osnovama od otvaranja stečajnog postupka jer su to tražbine nižeg isplatnog reda (čl. 72., st. 1., t. 1. SZ-a). Visoki trgovački sud RH (dalje: VTS) u cijelosti je odbio žalbu tuženika kao neosnovanu te navedenu presudu Trgovačkog suda u Splitu potvrdio presudom posl. br. IV Pž-5750/02-2 od 27.1.2004. Iz odluke drugostupanjskog suda izdvajamo: *„...Ovaj sud nalazi da tužiteljica ima pravo na naknadu štete radi prijevremenog prestanka radnog odnosa samo iz razloga jer to pravo proizlazi iz samoga Stečajnog zakona, pa se krivnja kao inače bitan element pretpostavke za odgovornost u ovom slučaju ne pretpostavlja”* (s. 4. Presude). Protiv pravomoćne presude drugog stupnja reviziju je izjavio tuženik iz svih revizijskih razloga iz čl. 385., st. 1. Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP). Vrhovni sud Republike Hrvatske (dalje: VS RH) rješenjem posl. br. Revt 80/04-2 od 29.9.2004. odbacio je reviziju tuženika kao nedopuštenu. Naime, revizija nije dopuštena ako vrijednost predmeta spora pobijanog dijela pravomoćne presude ne prelazi iznos od 100.000,00 kn (prema stajalištu ovog suda, tužiteljica je istaknula više zahtjeva koji proizlaze iz raznih osnova pa zbrajanje nije dopušteno, iako su sve tražbine iz radnog odnosa). Konačno, tuženik je podnio i ustavnu tužbu protiv presude VS RH od 29.9.2004. ističući povredu ustavnog prava propisanog čl. 14., st. 2. Ustava RH. Ustavni sud RH u odluci posl. br. U-III-739/2005 od 20.5.2008. ustavnu tužbu je odbio jer *„pravno stajalište navedeno u osporenom rješenju VS RH zasniva se na pravilnoj primjeni mjerodavnog materijalnog prava i na ustavnopravno prihvatljivom tumačenju toga prava”* (s. 3. Odluke).

U drugom slučaju, M. B. iz S. kao bivša radnica istog stečajnog dužnika podnijela je Trgovačkom sudu u Splitu tužbu radi utvrđenja osporene tražbine, a nezadovoljna izjašnjenjem stečajnog upravitelja o njoj prijavi tražbine. Prvostupanjski sud je presudom posl. br. XI P-2508/2000 od 8.5.2001. usvojio zahtjev tužiteljice te joj je dosudio uz glavnice i ZZK od 19.10.1999. do namirenja. VTS RH presudom posl. br. VI Pž-5218/01-2 od 23.3.2004. odbio je žalbu tužiteljice i tuženika i potvrdio navedenu presudu suda prvog stupnja. Nakon što joj je tuženik isplatio iznos glavnice od 95.496,82 kn kao tražbinu drugog višeg isplatnog reda (do otvaranja stečajnog postupka), tužiteljica je putem ovršnog postupka pred Trgovačkim sudom u Splitu zatražila i ZZK od 19.10.1999. do isplate sukladno pravomoćnoj sudskoj odluci. Rješenjem VS RH posl. br. Revt 236/09-2 od 29.12.2010. ukinute su niže stupanjske presude kojima je naloženo tuženiku isplatiti tužiteljici 75.205,28 kn s pripadajućim zakonskim zateznim kamatama od 14.9.2004. do isplate zajedno s troškovima postupka (u stvarnosti se radi o ZZK koje su tražbine nižih isplatnih redova) te predmet vratio prvostupanjskom sudu na ponovni postupak. U bitnom, VS RH smatra da *„stečajni vjerovnici mogu svoje tražbine prema dužniku ostvarivati samo u stečajnom postupku, pa nisu postojale procesno-pravne pretpostavke za pokretanje ove parnice u kojoj se traži namirenje utvrđene tražbine”* (s. 3. Rješenja).

Druga novela SZ-a (NN, br. 129/00.) ojačala je pravni položaj radnika kao stečajnih vjerovnika jer je njihove tražbine uvrstila u prvi viši isplatni red sukladno čl. 71. SZ-a. Položaj radnika kao vjerovnika stečajnog dužnika znatno je izmijenjen trećom novelom, jer prema čl. 58. Zakona o izmjenama i dopunama SZ-a (NN, br. 123/03.) danom stupanja na snagu prestaje vrijediti odredba čl. 86. ZOR-a (v. st. 1.) pri čemu treba reći da je taj članak brisan Zakonom o izmjenama i dopunama ZOR-a (NN, br. 114/03.).⁵³ Radnici tražbine s osnova troškova stečajnog postupka, ostvaruju kao stečajni vjerovnici prvog višeg isplatnog reda (čl. 71., st. 1., t. 1. SZ-a) što je nesporno značilo redukciju njihovog prava. Međutim, zakonodavac je, zbog preuzetih međunarodnopravnih obveza, donio Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (dalje: ZOOPR) (NN, br. 114/03.). Zakonom je osnovan Fond za razvoj i zapošljavanje⁵⁴ kao jamstveni fond za isplate potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca.⁵⁵ Radi se o dijelu potraživanja s osnova radnog odnosa koja spadaju u prvi viši isplatni red potraživanja stečajnih vjerovnika viših isplatnih redova. Radnici koji rade tijekom stečajnog postupka svoje tražbine namiruju kao obveze stečajne mase.

Četvrta novela SZ-a (NN, br. 82/06.) izmijenila je odredbu čl. 71. usklađivanjem tražbina radnika s njihovom tražbinom na osnovi radnog odnosa prema odredbama ZOR-a i Ovršnog zakona. Radnici i prijašnji radnici stečajnog dužnika za tražbine iz radnog odnosa nastale do dana otvaranja stečajnog postupka postaju stečajni vjerovnici prvog višeg isplatnog reda u bruto iznosu svoje tražbine. Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (NN, br. 86/08.) zamijenio je dotadašnji ZOOPR, no nije bitnije dirao u prava radnika.⁵⁶

53 V. ERAKOVIĆ, Andrija, *Novosti u stečajnom pravu, Računovodstvo, revizija i financije*, 2003., br. 10, s. 130.

54 Zakon o fondu za razvoj i zapošljavanje, NN br. 107/01, 154/02.

55 Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, NN, br. 114/03, čl. 3.: (1) Fond je dužan u roku od 30 dana od konačnosti rješenja iz čl. 12. ovoga Zakona radniku isplatiti: 1.) neisplaćene plaće za posljednja tri mjeseca prije prestanka radnog odnosa, odnosno otvaranja stečaja, 2.) neisplaćene naknade plaće za bolovanje koju je prema propisima o zdravstvenom osiguranju bio dužan isplatiti poslodavac iz svojih sredstava u posljednja tri mjeseca prije prestanka radnog odnosa, odnosno otvaranja stečaja, 3.) naknadu plaće za neiskorišteni godišnji odmor na koji je radnik stekao pravo u kalendarskoj godini u kojoj je prestao radni odnos, odnosno u kojoj je otvoren stečaj, 4.) otpremninu pod uvjetima utvrđenim zakonom, 5.) pravomoćno dosuđenu naknadu štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti (2.) Fond osigurava isplate iz stavka 1. ovoga članka u visini: 1.) najniže plaće u Republici Hrvatskoj za svaki mjesec za koji radniku nije isplaćena plaća, odnosno naknada plaće iz t. 1. i 2., 2.) najviše do polovice najniže plaće u Republici Hrvatskoj za slučaj iz t. 3., 3.) polovicu zakonom propisane otpremnine iz t. 4., 4.) najviše do jedne trećine pravomoćno dosuđene naknade štete iz točke 5.). Čl. 4.: Fond je kod isplate plaće i naknade plaće dužan obračunati i platiti doprinose za obvezna osiguranja.

56 Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, NN, br. 86/08, čl. 3. i 4.:

1.) Radnici u slučaju stečaja poslodavca ostvaruju sljedeća prava: 1) neisplaćene plaće za posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečaja, odnosno prije prestanka radnog odnosa, ako je isti prestao unutar tri mjeseca prije otvaranja stečaja, 2.) neisplaćene naknade plaće za bolovanje koju je prema propisima o zdravstvenom osiguranju bio dužan isplatiti poslodavac

Zakon o dopuni SZ-a (NN, br. 25/12.) ponovno je u poplavi stečajnih postupaka pojedine tražbine radnika svrstao u troškove stečajnog postupka dopunom čl. 86. SZ-a. To su potraživanja neisplaćenih plaća radnika, koja su veća od tri neisplaćene plaće koje radnik ostvaruje prema čl. 3., st. 1. ZOOPR-a, a najviše do iznosa tri neisplaćene minimalne plaće u RH (čl. 1. ZD SZ).

Nakon što je 1.10.2012. stupio na snagu ZFPN, bilo je potrebno intervenirati i u SZ. Zbog toga odredbe SZ-a valja nužno gledati i tumačiti kao pravni i logički nastavak ZFPPN-a. Upravo u vrijeme pisanja rada, u prosincu 2012. objavljena je nova novela SZ-a (NN, br. 133/12.). Navedena novela zadržala se na „dosadašnjem kursu“ radno pravne zaštite. Naime, u Nacrtu prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona (dalje u tekstu: Nacrt prijedloga) bila su predviđena vrlo radikalna rješenja u pogledu prestanka ugovora o radu u slučaju otvaranja stečajnog postupka.

Naime, u pogledu prava radnika u stečajnom postupku u čl. 28. Nacrta prijedloga, bilo je predviđeno: *“(1.) Otvaranjem stečajnog postupka ugovori o radu prestaju, (2.) stečajni upravitelj može, na temelju odobrenja stečajnoga suca, sklopiti nove ugovore o radu na određeno vrijeme radi dovršenja započetih poslova i otklanjanja moguće štete, (3.) plaće i ostala primanja iz radnog odnosa određuje stečajni upravitelj, na temelju odobrenja stečajnoga suca, u skladu s zakonom i kolektivnim ugovorom te (4.) plaće i ostala primanja iz radnog odnosa na koja je pravo nastalo nakon otvaranja stečajnoga postupka namiruju se kao obveze stečajne mase”*.⁵⁷ Dakle, otvaranjem stečajnog postupka u Nacrtu prijedloga bilo je predviđeno da ugovori o radu prestaju što je trebalo biti bitno drugačije uređenje

iz svojih sredstava u posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečaja odnosno prije prestanka radnog odnosa, ako je isti prestao unutar tri mjeseca prije otvaranja stečaja, 3.) naknadu plaće za neiskorišteni godišnji odmor na koji je radnik stekao pravo u kalendarskoj godini u kojoj je prestao radni odnos, odnosno u kojoj je otvoren stečaj, 4.) otpremninu pod uvjetima utvrđenim zakonom, 5.) pravomoćno dosuđenu naknadu štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti. (2.) Prava iz st. 1. ovoga članka ostvaruju se u visini: 1.) najviše do visine minimalne plaće u RH za svaki mjesec za koji radniku nije isplaćena plaća, odnosno naknada plaće iz st. 1., t. 1. i 2. ovoga članka, 2.) najviše do polovice minimalne plaće u Republici Hrvatskoj za slučaj iz st. 1., t. 3. ovoga članka, 3.) polovicu najvišeg iznosa zakonom propisane otpremnine iz st. 1., t. 4. ovoga članka, 4.) najviše do jedne trećine pravomoćno dosuđene naknade štete iz st. 1., t. 5. ovoga članka. Kod isplate plaće i naknade plaće Agencija je dužna obračunati i uplatiti doprinose za obvezna osiguranja.

57 Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona s konačnim prijedlogom zakona, listopad 2012., komentar uz čl. 28. Nacrta prijedloga zakona: *„Prema važećem uređenju otvaranjem stečajnog postupka ugovori o radu ili službi sklopljeni s dužnikom kao poslodavcem ne prestaju, nego otvaranje stečajnog postupka predstavlja poseban razlog za otkaz ugovora o radu. Navedeno je u određenoj mjeri bilo opravdano iz razloga što je nakon otvaranja stečajnog postupka stečajni dužnik imao mogućnost nastaviti poslovanje. S obzirom na to da se ovim prijedlogom isključuje mogućnost nastavka poslovanja dužnika u stečajnom postupku i napušta institut stečajnog plana, odnosno mogućnost gospodarskog oporavka dužnika, predložena izmjena ukazuje se potrebnom i opravdanom jer prestankom obavljanja djelatnosti dužnik nema potrebu za obavljanjem poslova. Radi obavljanja nužnih poslova osigurava se sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme.“*

od postojećeg rješenja. Naime, prema postojećem stanju radni odnos se nastavlja otvaranjem stečajnog postupka kao da stečaj nije ni otvoren, sve dok ugovor o radu ne bi prestao na jedan od zakonom propisanih načina.⁵⁸ Pokretanje stečajnog postupka predstavlja, prema postojećem stanju, fakultativni razlog za otkaz ugovora o radu,⁵⁹ budući da pokretanje stečajnog postupka ne predstavlja razlog za prestanak radnog odnosa po sili zakona (*ex lege*), već je to posebno opravdani razlog za otkaz ugovora o radu i to redoviti otkaz ugovora o radu⁶⁰ (čl. 120., st. 2. SZ).⁶¹ Navedenim bi se čl. 28. Nacrta prijedloga, zapravo odredbama čl. 120., st. 2. SZ-a neizravno

58 ERAKOVIĆ, Andrija, Radni odnosi u slučaju stečaja poslodavca, s. 771.-802., s. 772. u Radni odnosi u Republici Hrvatskoj (POTOČNJAK, Željko, ur.), Pravni fakultet Zagreb, Organizator, Zagreb, 2007.

59 Kako opravdano tvrdi Dika, stečajni upravitelj može, ali i ne mora otkazati ugovore o radu radnika. V. DIKA, Mihajlo, Pravne posljedice otvaranja stečajnog postupka, Narodne novine, Zagreb, 2002., s. 116. Stečajni upravitelj po svojoj volji odlučuje kojim će radnicima otkazati ugovor o radu, i kada će to učiniti, a pritom je oslobođen zakonskih ograničenja. Naime, nije dužan voditi računa o socijalnim okolnostima niti razmotriti mogućnost zapošljavanja radnika na drugim poslovima; može otkazati ugovor iako postoji mogućnost zapošljavanja radnika na drugim poslovima, a može to učiniti i kada nije prestala potreba za poslovima koje obavlja taj radnik, pa i otkazati postojeći i istovremeno sklopiti novi ugovor o radu s novim radnikom radi obavljanja istih poslova; u postupku donošenja odluke o otkazu ne sudjeluje radničko vijeće; stečajni upravitelj nije dužan izraditi program zbrinjavanja viška radnika; može otkazati ugovor o radu i određenim zaštićenim kategorijama radnika (odredbe o zaštiti majčinstva, zaštiti trudnice, zaštiti osoba privremeno nesposobnih za obavljanje rada uslijed ozljede na radu ili profesionalne bolesti, osobe na vojnoj obvezi, sindikalnog povjerenika). V. ERAKOVIĆ, Andrija, Radni odnosi u slučaju stečaja poslodavca, op. cit., s. 776.

60 Riječ je o redovitom otkazu ugovora o radu, jer je otkaz zbog otvaranja stečajnog postupka vezan uz otkazni rok, a otkazni rok je prisutan kod oblika redovitog otkaza ugovora o radu. Riječ je o opravdanom razlogu za otkaz ugovora o radu i za radnika i za stečajnog upravitelja. V. DIKA, Mihajlo, POTOČNJAK, Željko, Prava zaposlenika u slučaju stečaja poslodavca, Pravo u gospodarstvu, vol. 37, 1998., br. 4, s. 566., 571.; RUŽDJAK, Marijan, Zakon o radu: komentar, sudska praksa, primjeri ugovora o radu i općih akata, op. cit., s. 348.

Slično je i u slovenskom zakonodavstvu, gdje je pokretanje stečajnog postupka razlog za poslovno uvjetovani otkaz, s time da otkazni rok iznosi 15 dana, odnosno 30 dana u slučaju prisilnog poravnania i u slučaju drugih postupaka pokretanja postupka za prestanak postojanja poslodavca (za razliku od RH gdje je maksimalno 30 dana, a manje i to 2 tjedna ako je radnik radio kod poslodavca neprekidno manje od godine dana i ako je ugovoren probni rad u kojem slučaju imamo otkazni rok od 7 dana). Važno je naglasiti da mora postojati opravdani razlog za otkaz i sukladno čl. 103., st. 1. Zakona o delovnih razmerjih „*ako je rad radnika zbog otvaranja stečajnog postupka ili likvidacije postao nepotreban*“. V. VODONIK, Zvone, Labour Law in Slovenia, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012., s. 184. i 185.; *Id.*, Poglavlja iz delovnega in socijalnega prava, Evropska pravna fakulteta v Novi Gorici, Nova Gorica, 2009., s. 89. Zanimljivo je da u Sloveniji prestanak radnog odnosa u slučaju stečaja poslodavca reguliraju isključivo odredbe radnog zakonodavstva. Zakon o delovnih razmerjih (ZDR), čl. 103.-108. V. Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem (SENČUR PAČEK, Darja, BELOPAVLOVIČ, Nataša, KALČIČ, Miran Ur.), GV založba, Ljubljana, 2008., s. 488.-512.

61 Otvaranje stečajnog postupka posebni je opravdani razlog za otkaz ugovora o radu (Županijski sud u Bjelovaru, posl. br. Gž-336/08-2 od 10.4.2008.).

derogirale odredbe ZOR-a o redovitom otkazu ugovora o radu.⁶² Važno je naglasiti da bi hrvatski zakonodavac, u slučaju da je navedeni Nacrt prijedloga „prošao u cijelosti postupak donošenja zakona“ znatno olakšao položaj stečajnog upravitelja u vezi s otkazivanjem ugovora o radu, u usporedbi s njemačkim, austrijskim ili slovenskim modelom.⁶³

Stečajni upravitelj može iznimno, uz suglasnost stečajnog suca sklopiti *nove* ugovore o radu na određeno vrijeme radi dovršenja započetih poslova i otklanjanja moguće štete, (čl. 120., st. 5. SZ),⁶⁴ a novčane obveze nastale iz tog ugovornog odnosa namiruju se kao obveze stečajne mase (čl. 87. SZ).⁶⁵ Poslovi stečajnog dužnika koje treba nastaviti odnosno započeti radi otklanjanja mogućih šteta sadržani su u čl. 32. SZ-a (NN, br. 133/12.) (identična je odredba bila i u Nacrtu prijedloga zakona) kojim se uvodi novi čl. 145.a: *(1) Tijekom stečajnoga postupka završit će se samo oni započeti poslovi čije je ispunjenje prijeko potrebno da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnog dužnika, (2) tijekom stečajnoga postupka mogu se poduzimati novi poslovi samo radi unovčenja imovine stečajnog dužnika i radi završetka započetih poslova i poslova koji su prijeko potrebni da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnog dužnika i (3) u slučaju dvojbe stečajnog upravitelja je li određeni posao prijeko potreban da bi se spriječilo nastupanje štete na imovini stečajnog dužnika, odluku o tome će, na obrazloženi pisani zahtjev stečajnog upravitelja, donijeti stečajni sudac.*

Ovdje treba naglasiti da je Zakon o dopunama SZ-a (NN, br. 25/12.) među troškove stečajnog postupka (čl. 86. SZ) dodao i potraživanja neisplaćenih plaća radnika (osobe ovlaštene voditi poslove društva nisu uzete u obzir), koja su veća od tri neisplaćene plaće koje radnik ostvaruje prema čl. 3., st. 1. ZOOPR-a, a najviše do iznosa tri neisplaćene minimalne plaće u RH. SZ (NN, br. 133/12.) izmijenio je čl. 86., st. 2. SZ na način da *“tražbine neisplaćenih plaća radnika u bruto iznosu utvrđene u stečajnom postupku, koje su veće od tri neisplaćene plaće koje radnik ostvaruje prema čl. 3., st. 1., t. 1. Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (NN, br. 86/08.), a najviše do iznosa tri neisplaćene minimalne plaće u Republici Hrvatskoj. Odredbe ove točke ne primjenjuju se na osobe koje su bile ovlaštene voditi poslove društva posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečajnog postupka stečajnog postupka”* (čl. 22.). Ovdje treba istaknuti da je Nacrt prijedloga sadržavao u čl. 23. vrlo sličnu odredbu, ali je ključno bilo da umjesto *“...ne primjenjuje se na osobe koje su bile ovlaštene voditi poslove društva”* SZ (NN, br. 133/12.) uveo odredbu *“...ne primjenjuju se na članove uprave društva, odnosno izvršne direktore u trenutku otvaranja stečajnog postupka”*. U smislu

62 O tomu vidi primjerice: CRNIĆ, Ivica, *Komentar Zakona o radu* (sa sudskom i upravnom praksom i priložima), Zagreb, Organizator, 1999., s. 201.

63 LALETA, Sandra, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., s. 289.

64 Ne kaže se da novo zaključeni ugovori o radu moraju biti sklopljeni s bivšim radnicima stečajnog dužnika.

65 Smatramo da je pravilnije odrediti da su ugovori o radu zaključeni između stečajnog upravitelja i radnika ostale obveze stečajne mase jer su troškovi stečajnog postupka jasno određeni u čl. 86. SZ-a.

trgovačkog prava i prava društava, autori smatraju da je navedeno rješenje bolji izbor.

Nameće se pitanje hoće li radnik kojemu je radni odnos sa stečajnim dužnikom prestao odlukom stečajnog upravitelja ostvariti i naknadu štete zbog prijevremenog otkaza ugovora o radu? Prema čl. 120., st. 3. SZ-a, nakon otvaranja stečajnoga postupka stečajni upravitelj u ime dužnika poslodavca i radnik mogu otkazati ugovor o radu, bez obzira na dogovoreno trajanje ugovora ili dogovoreno isključenje prava na redoviti otkaz te bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika. Otkazni rok iznosi *mjesec* dana, ako zakonom nije predviđen kraći rok.⁶⁶ Ako otkaz izjavi stečajni upravitelj, druga strana može kao stečajni vjerovnik zahtijevati *naknadu štete zbog prijevremenoga prestanka radnoga odnosa*. Bivši radnici stečajnog dužnika koji su tužili stečajnog dužnika zbog prijevremenog otkaza ugovora o radu, uspijevali su dobiti sudsku zaštitu i zadovoljštinu (presuda Trgovačkog suda u Splitu posl. br. VI P-2451/2000 od 21.5.2002., a potvrđena presudom Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske posl. br. IV Pž-5750/02-2 od 27.1.2004.).⁶⁷

Smatramo da među ostale obveze stečajne mase spadaju i prava radnika iz otkaznog roka iz čl. 112.-114. ZOR-a jer ugovore otkazuje upravo stečajni upravitelj, a ne radnik. Dakle, stečajni bi upravitelj trebao priznati prava radnika temeljem urednih isprava (valjanih ugovora o radu) i time ne riskirati zahtjeve za naknadu štete u vidu izgubljene zarade zbog prijevremenog otkaza ugovora o radu, bez obzira što u ponašanju stečajnog upravitelja nema protupravnosti i što obveza za naknadu štete ne proizlazi iz SZ-a (načelo *in favorem laboratories*).

Zaključno, autori naglašavaju da je prijedlog izmjena čl. 120. SZ-a iz Nacrta prijedloga kojim bi ugovori o radu prestali *ex lege* otvaranjem stečajnog postupka, s aspekta rada stečajnog upravitelja bio dobar prijedlog jer bi olakšao vrlo često „mučne situacije“ i položaj stečajnih upravitelja koji s radnicima raskidaju radni odnos, pogotovo u doba gospodarske krize. S druge strane, iz perspektive radnika, dobro je rješenje da se zakonodavac nije odlučio za još rigidnijim rješenjem u navedenom pogledu po pitanju raskida ugovora o radu.

66 Ipak, neki autori su mišljenja da je ovom odredbom stečajni upravitelj ovlašten, ali ne i obvezan na skraćivanje otkaznih rokova iz ZOR-a ili onih ugovorenih, te se može pridržavati i tih propisanih ili ugovorenih otkaznih rokova. DIKA, Mihajlo, POTOČNJAK, Željko, Prava zaposlenika u slučaju stečaja poslodavca, op. cit., s. 570.

67 Presuda Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske posl. br. IV Pž-5750/02-2 od 27.1.2004.: „U pogledu prava tužiteljice na naknadu štete radi prijevremenog prestanka radnog odnosa, ovaj sud prihvaća stav prvostupanskog suda da tužiteljica ima pravo na naknadu štete bez obzira što na strani tuženika odnosno stečajnog upravitelja nije bilo krivnje za prestanak radnog odnosa. Naime, ovaj sud nalazi da tužiteljica ima pravo na naknadu štete s ovog osnova samo iz razloga, jer to pravo proizlazi iz samog Stečajnog zakona, pa se krivnja kao inače bitan element pretpostavke za odgovornost u ovom slučaju ne pretpostavlja. Ovakav stav zauzela je i Sjednica odjela ovog drugostupanskog suda, pa ako je u pojedinim predmetima i zauzet drugačiji stav, to je isti irelevantan za odlučivanje o osnovanosti žalbenih razloga u konkretnom predmetu“.

3.2. Osiguranje prava radnika u slučaju otvaranja (likvidacijskog)⁶⁸ stečajnog postupka

Pravni subjekti u sustavu tržišne ekonomije, mogu imati potrebu provođenja stečajnog plana, ali, na žalost, sve češće potrebu provođenja likvidacijskog stečaja što predstavlja nerazdvojni rizik poslovanja.⁶⁹ Stečaj može negativno utjecati na prava radnika. Ugrožavanjem radnopravnog statusa utječe se na egzistencija radnika i njihovih obitelji. Budući da je radnik slabija strana u radnom odnosu, RH je odredila da prestanak radnog odnosa zbog stečaja podliježe posebnom pravnom režimu. U stvarnosti promjena položaja radnika vezana je nerijetko uz pokušaj osiguravanja socijalnog mira, posebice nakon što je velikom broju radnika prestao radni odnos otvaranjem stečajnog postupka nad njihovim dotadašnjim poslodavcem. Zakonodavac ukazuje da je primjena stečajnih propisa pokazala da se zbog složenosti i formalnosti stečajnog postupka, kao i zbog koordinacije brojnih stečajnih tijela, otežano i usporeno odvijaju i završavaju postupci.⁷⁰ Višegodišnja praksa u primjeni SZ-a ukazala je na postojanje problema u primjeni pojedinih odredbi Zakona, postojanje pravnih praznina itd.⁷¹ Upravo je zbog toga za prijavljene, privilegirane tražbine radnika nastale do dana otvaranja stečaja vrlo neizvjesno kada će se naplatiti i hoće li se i u kojoj visini uopće naplatiti. Stoga ih je u jednom dijelu potrebno posebno zaštititi i osigurati njihovu isplatu odmah po priznanju neovisno o pravomoćnosti rješenja u stečajnom postupku, a obzirom na to da je neisplata materijalnih prava na osnovi rada do otvaranja stečaja nad

68 Stupanjem na snagu ZFPN-a, bilo je logično da će iz stečajnog zakonodavstva biti izbrisane odredbe o stečajnim planovima s kojima se dužnik u dogovoru sa stečajnim vjerovnicima mogao reorganizirati u stečajnom postupku. Od svih mjera iz čl. 213. SZ-a (ne postoji *numerus clausus*) preostao je u Nacrtu prijedloga zakona samo prijenosni plan (čl. 46.-86.). U pravnoj literaturi može se pronaći da njemačko insolventijsko pravo poznaje tri temeljne vrste stečajnih planova: sanacijski plan, likvidacijski plan i prijenosni plan. Detaljnije GARAIĆ, Jasnica, Sadržaj stečajnog plana, u: *Novosti u stečajnom pravu s pročišćenim tekstom Stečajnog zakona* (ur. DIKA, Mihajlo), Organizator, Zagreb, 2001., s. 233. *et seq.*

69 „*Stečajno pravo složeno je po svojoj strukturi*“. Tako DIKA, Mihajlo, *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet, Zagreb, 1998., s. 9.

70 Prijedlog Zakona o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, s tekstom konačnog prijedloga zakona, Republika Hrvatska, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Nacrt, Zagreb, lipanj 2008., s. 2. Glava 2. II. Ocjena stanja, osnovna pitanja koja treba urediti zakonom i posljedice donošenja zakona.

71 Primjerice, Odluka Vrhovnog suda RH, posl. br. Rev-99/2005-2 od 19.1.2006. Predmet spora bila je zakonitost odluke tuženika o otkazu ugovora o radu tužitelja, odnosno u vezi s tim je li kroz vrijeme privremene nesposobnosti za rad tužitelja mogao teći otkazni rok. Naš najviši sud uvažio je stečaj kao posebnu, izvanrednu okolnost zbog koje se može derogirati odredba čl. 111., st. 5. starog ZOR-a, koja predviđa da otkazni rok ne teče za vrijeme privremene nesposobnosti za rad, a koja je u svojoj biti zaštitne naravi, ali se ne primjenjuje u slučaju otkaza ugovora o radu na temelju čl. 120., st. 2. SZ-a. Ovakve situacije u praksi stečajnih postupaka su rijetke i stoga smatramo da bi trebalo, kad god je to moguće poštivati pravilo prema kojem se radniku može otkazati ugovor o radu isključivo nakon isteka privremene nesposobnosti za rad. Ako postoje naznake da je riječ o mogućoj zloupotrebi razumno je obratiti se nadležnim državnim institucijama radi kontrole zdravstvenog stanja radnika.

poslodavcem već ugrozila socijalnu sigurnost radnika.⁷² To i tim više što se radničke tražbine štite na određenoj, društveno prihvatljivoj minimalnoj razini i treba ih isplatiti u kratkim rokovima kako bi se uklonila opasnost po siromaštvo i radnicima omogućilo da preostali dio svojih tražbina ostvaruje u formalnijem i dugotrajnijem stečajnom postupku. U konačnici to je bio i razlog za donošenje prethodno navedenih međunarodnih i regionalnih izvora, odnosno u nacionalnom okviru ZOOPR-a.⁷³

Smatramo da je potrebno otići i korak dalje. U uvjetima globalne ekonomske krize dodatno je važno omogućiti gospodarstvu učinkovite pravne mehanizme za rješavanje posljedično nastalih problema u poslovanju. Kao što smo iz prije navedenog jasno mogli prepoznati da pitanje rada nije samo teorijsko pitanje koje se rješava u okviru stručnih rasprava, već je ono prvenstveno pitanje hrvatske svakodnevnice, a koja se susreće sa sve većim izazovima koji se sve teže mogu na zadovoljavajući način razriješiti. Stoga ćemo navesti na neke mogućnosti koje mogu ostvariti socijalne ambicije stečajnoga zakonodavstva.

3.2.1. Radničko dioničarstvo kao mjera stečajnog plana

Navedeni model za ozdravljenje stečajnog dužnika predstavlja mogućnost radničkog dioničarstva. Potječe iz 1970-ih nastajanjem prvotnog modela radničkog dioničarstva (engl. *Employee Stock Ownership Plan* (ESOP)) iz SAD-a.⁷⁴ Nakon SAD-a model je postao globalno značajan, a usvojila ga je većina europskih država. U Hrvatskoj se o organiziranom radničkom dioničarstvu (ORD) govorilo krajem XX. stoljeća, no to pitanje nije bilo nikada uređeno zakonskim oblikom. Stoga u RH, na žalost, ne postoji još uvijek poseban pravni propis iz područja radničkog dioničarstva. Ipak više puta je istaknuto da primjenom instituta radničkog dioničarstva poslodavci uključuju radnike, kao svoje partnere, u proces stvaranja vrijednosti na način da s njima dijele rizike i koristi poslovanja poduzeća. Osim toga, i praksa je pokazala da približavanjem interesa radnika interesima ostalih dioničara i omogućavanjem postojanja aktivnijeg i dugoročnijeg interesa radnika u razvoju njihovog poduzeća, radničkim dioničarstvom se također podržava i potiče uspostava transparentnog i učinkovitog korporativnog upravljanja.⁷⁵

72 U konačnici takvom logikom se rukovodio i zakonodavac kada je donosio zakon o izmjenama i dopunama Stečajnog zakona 2012. (NN, br. 25/12.). V. točka II. Ocjena stanja i osnovna pitanja koja se trebaju urediti zakonom te posljedice koje će nastati donošenjem zakona, u: Konačnom prijedlogu zakona o izmjeni i dopuni Stečajnog zakona, Zagreb, 2012.

73 On definira vrste i opseg prava radničkih tražbina koja se osiguravaju na temelju ovog Zakona u slučaju stečaja poslodavca, uvjeti i postupak u kojima se ta prava ostvaruju, utvrđuju se poslovi jamstvenog fonda, koje će obavljati Agencija za osiguranje radničkih potraživanja u slučaju stečaja poslodavca, te ustroj, izvor sredstava i upravljanje Agencijom.

74 Autor je Louis Orth Kelso, koji je ideju razvijao punih dvadesetak godina. Slijedom toga, 1974. donesen je savezni zakon pod imenom *The Employee Retirement Income Security Act* (ERISA). Detaljnije VUKOVIĆ, Ante, BODUL, Dejan, Radničko dioničarstvo kao opcija stečajnog plana?, Hrvatska pravna revija, 2012., br. 7/8, s. 78-90.

75 ESOP model, prihvaćen u trgovačkom društvu Kraš d.d., Zagreb na podlozi Zakona o

Sa stajališta radnika, radničko dioničarstvo ima prednosti. Prvenstveno jer se radnici identificiraju s poduzećem (poslodavcem) u kojem rade, više su zainteresirani za njihovo poslovanje i napredak. Osim toga, uvođenje radničkog dioničarstva u poduzeća može imati pozitivne učinke u odnosu na cjelokupnu gospodarsku sliku budući da ono može pozitivno utjecati na razinu i stabilnost

trgovačkim društvima mogao bi, u nedostatku boljih zakonodavnih rješenja, biti značaj poticaj evoluciji instituta radničkog dioničarstva pri čemu se mora voditi računa da niti jedan prihvaćeni model ESOP-a ne smije utjecati na konkurentnost konkretnog poduzeća. ESOP program u KRAŠ d.d. Zagreb pokrenut je u prosincu 2001. nakon što je uprava društva donijela odluku o osnivanju novog društva KRAŠ-ESOP d.d. Zagreb. Nakon osnivanja, KRAŠ d.d. Zagreb je, kao jedini član društva prodao dionice KRAŠ-ESOP d.d. Zagreb svojim radnicima i radnicima povezanih društava. Financijski troškovi zaposlenih odnosili su se na obvezu plaćanja dionica koje su željeli kupiti a cijena je iznosila 100,00 kn po dionici. Sljedeća aktivnost odnosila se na kupnju vlastitih (trezorskih) dionica KRAŠ d.d. Zagreb s tim da te dionice moraju biti otplaćene putem 15 jednakih godišnjih obroka. Početkom 2002. KRAŠ-ESOP d.d. Zagreb kupio je drugi paket dionica od KRAŠ d.d. Zagreb, a razdoblje otplate dogovoreno je na temelju očekivanih financijskih mogućnosti KRAŠ-ESOP d.d. Zagreb koje se pak temelje na očekivanim budućim prihodima od dividendi. Ukratko: KRAŠ-ESOP d.d. Zagreb se pojavljuje kao društvo koje drži i upravlja dionicama u ime i za račun zaposlenih, sudjeluje u upravljanju poduzećem na temelju vlasništva nad dionicama, sudjeluje u dobiti itd. Ovakvim načinom KRAŠ d.d. Zagreb je bio zaštićen od neprijateljskog preuzimanja od drugih osoba.

Drugi primjer je slučaj Uljanika d.d. Pula. Naime, Vlada RH donijela je Odluku o načinu prodaje, cijeni i uvjetima prodaje dionica društva Uljanik d.d. Pula radnicima društva Uljanik d.d. Pula (dalje: Odluka). Ovom Odlukom prodano je 1.884.024 dionica pojedinačne nominalne vrijednosti 300,00 kn, a što čini 84,24 % temeljnog kapitala Društva (dostupno na mrežnim stranicama: www.vlada.hr (37. sjednica od 5.7.2012. t. 23.a.). Sve navedene dionice ponudit će se na kupnju isključivo sadašnjim (2674 radnika) i bivšim radnicima s ugovorima o radu na neodređeno vrijeme u društvu Uljanik d.d. Pula i supsidijarima u kojima Uljanik d.d. Pula ima više od 50% vlasništva, a po početnoj prodajnoj cijeni dionice od 51,23 kn. Uvjeti su: a) početna cijena smanjuje se za 1 % za svaku navršenu godinu staža u Društvu i daljnji popust u iznosu od 20%, b) radnici moraju kupiti najmanje 39,04% temeljnog kapitala, odnosno 873.016 dionica za uspješnost prodaje, c) ako broj upisanih dionica bude viši od 1.884.024 dionice izvršit će se proporcionalno umanjenje ukupno upisanog broja dionica na utvrđeni broj dionica za prodaju, d) uplata kupoprodajne cijene je jednokratna, temeljem pojedinačno sklopljenih ugovora i e) radnici koji kupe dionice Društva moraju zadržati vlasničku poziciju najmanje 5 godina, osim u slučaju prijenosa dionica, odnosno prava iz dionica na posebna društva koja su osnovali sami radnici u svrhu provedbe organiziranog radničkog dioničarstva. U svezi s društvom Uljanik d.d. Pula važno je istaknuti i sljedeće parametre: 1.) prvi javni poziv za prikupljanje ponuda za kupnju dionica društva Uljanik d.d. Pula, pod posebnim uvjetima započeo je neuspješno još prije 3 (tri) godine kada je Hrvatski fond za privatizaciju (dalje: HFP) po istoj nominalnoj cijeni jedne dionice (300,00 kn) prodavao 1.324.960 dionica (59,25% dionica), odnosno početna cijena ponude bila je 397.488.000,00 kn, 2.) Zakon o uređenju prava i obveza brodogradilišta u postupku restrukturiranja (NN, br. 61/11.) odnosi se i na Uljanik d.d. Pula, te 3) Odlukom o koncesiji pomorskog dobra u svrhu gospodarskog korištenja luke posebne namjene – brodogradilišta Uljanik (NN, br. 131/10.) u koncesiju na 30 godina dano pomorsko dobro – lučko područje od 666.871 m². Ovo je dakle pravni okvir u kojem će se pokrenuti postupak organiziranog radničkog dioničarstva u Uljanik d.d. Pula. S ekonomskog aspekta može se očekivati je da će tržišni mehanizmi biti jedini regulator.

zaposlenosti, a time i na funkcioniranje tržišta rada. Radničko dioničarstvo potrebno je urediti na način koji će biti koristan radnicima koji su svojim radom doprinijeli ukupnoj vrijednosti pojedinih dioničkih društava, dok će pojedinom dioničkom društvu povećati njegovu vrijednost i ukupan privredni položaj. I država bi interes uvođenja radničkog dioničarstva trebala vidjeti u tomu što radnička participiranja u vlasništvu poduzeća utječu na kvalitetnije i transparentnije upravljanje pojedinim društvima, postizanje većeg i stabilnije razine zaposlenosti koja, dovodi do boljeg stanja u privredi i veće socijalne kohezije. Uvođenjem radničkog dioničarstva, koje je često korišteno u zemljama Europske unije, RH bi se približila praksi europskih, ali i drugih razvijenih država.⁷⁶

3.2.2. Predstečajna nagodba i financijsko restrukturiranje kao potencijalna determinanta ekonomskog razvoja i otvaranja novih radnih mjesta

Javnost će vjerojatno promatrati stečaj kroz, primjerice, masovna otpuštanja radnika, ne shvaćajući da je problem, zapravo, stalna insolventnost velikog broja hrvatskih poduzeća, i da je rješenje tog problema stečaj koji dopušta vjerovnicima, uključujući i radnike, da kolektivno odluče kako najbolje riješiti problem insolventnosti i vratiti sredstva dužnika u produktivnu upotrebu radi stvaranja radnih mjesta i ekonomskog rasta.⁷⁷

Predstečajna nagodba i financijsko restrukturiranje jedan su od mogućih načina očuvanja radnih mjesta i jedina alternativa likvidacijskom stečajnom postupku - unovčenju imovine stečajnog dužnika.⁷⁸ Ekonomski gledano, učinkovitije je

76 Detaljnije TADIN, Hrvoje, Uloga zaposleničko-radničkog dioničarstva u procesu pridruživanja u Europsku uniju i razvoja hrvatskog poduzetništva, *Ekonomija/Economics*, vol. 13, 2006., no. 1, s. 179-194.; GALETIĆ, Lovorka, RAŠIĆ-KRNJAKOVIĆ, Sanda, *Dioničarstvo zaposlenih u Hrvatskoj - stanje, mogućnosti i perspektive*, *Ekonomski pregled*, vol. 55, 2004., no. 9-10, s. 752-772. i TIPURIĆ, Darko, GALETIĆ, Lovorka, SKANSI, Damir, *ESOP in Croatia – Experiences and Perspectives*, u: *Annals of DAAAM for 2002. & Proceedings of the 13th International DAAAM Symposium, Austria, 2002.*, s. 567-568.

77 Prema službenim podatcima dostupnim na stranicama FINA-e, isti su prikazani i pri predstavljanju ZPSN-a od strane nadležnog ministarstva, ukazuje se da je rad trgovačkih društava u blokadi, pretočeno u brojke, poražavajući. Naime, u RH se trenutno vodi 1.639 stečajeva, s tim da im je broj u odnosu na prošlu godinu porastao za 250%, a od ukupnog broja blokiranih tvrtki njih čak 36 tisuća blokirano je duže od 60 dana, što znači da čak 96% blokiranih tvrtki ne pokreće (izbjegava) stečajni postupak. Još poraznije je što je više od 27 tisuća tvrtki u blokadi više od 360 dana, a iznos blokade čini 82% ukupnog duga poslovnih subjekata u RH koji je 44 milijarde kuna. V. Vlada Republike Hrvatske, *Nacrt Prijedlog zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi*, Zagreb, lipanj 2012., s. 3-4.

78 Sam ZFPN djelomično prepisuje pravila iz SZ-a, npr. pravila o vrstama vjerovnika, pravnim posljedicama i dr., što je u skladu s osnovnim načelima insolventijskog prava. No, izričito se ističe da se tim posebnim Zakonom uređuju uvjeti za otvaranje postupka predstečajne nagodbe, sam postupak i pravne posljedice njegova otvaranja i provedbe, s tim da se kao svrha predstečajne nagodbe ističe namjera da se dužniku koji je postao nelikvidan i/ili insolventan omogućući financijsko restrukturiranje na temelju kojeg će postati likvidan i solventan te da se vjerovnicima omoguće povoljniji uvjeti namirenja njihovih tražbina od

od likvidacije u stečaju, jer se zadržavaju radna mjesta, čuva pravni subjektivitet i osigurava nastavak poslovnih aktivnosti, dok se ne umanjuje vrijednost imovine (praksa je pokazala da se u stečaju imovina dužnika redovito rasprodaje ispod realne cijene).⁷⁹ Također se navedenim modelom stvara prihod za radnike i njihove obitelji, a plaćanjem poreza i drugih davanja omogućuje se funkcioniranje lokalne zajednice i države u cjelini, umjesto da ti isti radnici postanu teretom države u vidu socijalnih prestacija. U konačnici, takvo je rješenje korisno i za samog stečajnog dužnika jer se uspješnim ostvarenjem ciljeva ZFPN-a uklanja stečajni razlog. Također je u interesu vjerovnika jer vodi namirenju njihovih tražbina u većoj mjeri nego što bi to bilo likvidacijom stečajnog dužnika. Ovo smatramo bitnim zbog činjenice da na tržištima u razvoju nije razvijena tzv. kultura spašavanja trgovačkih društava (engl. *rescue culture*).⁸⁰

Vlada RH kao predlagач Zakona isticala je dva ključna cilja koja se namjeravaju njegovim provođenjem ostvariti: omogućavanje poduzetnicima financijsko restrukturiranje radi ponovne uspostave likvidnosti i solventnosti te povećanje razine odgovornosti uprave trgovačkog društva prema vjerovnicima, povećanje vrijednost imovine dužnika, osiguranje primjerene ravnoteže između prodaje imovine radi namirenja vjerovnika i financijsko restrukturiranje dužnika te smanjivanje udjela kredita, pretvorbom tražbina u udio u kapitalu. Dakle, izravni cilj nije spašavanje radnih mjesta. Štoviše, Zakon ne ulazi u radnička prava i načine otpisa obveza za neisplaćene plaće, kao ni u druga pitanja iz radnog odnosa (viškovi zaposlenih, otpremnine i dr.), već propisuje da predstečajna nagodba ne smije utjecati na tražbine radnika (čl. 41. i 67. ZFPN-a). To može biti golema zapreka uspješnom financijskom restrukturiranju u onim slučajevima ako ne postoji način da se svi radnici stave u punu zaposlenost, odnosno angažiraju za neki novi početak (čl. 41. i 67. ZFPN-a).⁸¹

U konačnici, iako mogućnost financijskog restrukturiranja i predstečajne nagodbe može predstavljati funkcionalan pravni put u ekonomsko ozdravljenje stečajnog dužnika, pravna teorije smatra da su pripreme za primjenu relativno

uvjeta koje bi vjerovnik ostvario da je protiv dužnika pokrenut stečajni postupak (čl. 20. ZFPN).

79 Člankom 32. SZ (NN, br. 133/12.) brisana je druga rečenica u čl. 155., st. 1. koja je glasila: „Posebno treba istaknuti postoje li izgledi da se poslovanje poduzeća dužnika nastavi u cijelosti ili djelomično i kakve bi učinke to moglo imati na namirenje vjerovnika“. U navedenim zakonskim izmjenama, kako se može vidjeti, nije prošao prijedlog sadržan u čl. 35. Nacrta prijedloga kojim se druga rečenica čl. 155., st. 1. trebala izmijeniti na način da glasi: „Posebno treba izraditi procjenu svrishodnosti prodaje imovine stečajnog dužnika kao cjeline u odnosu na prodaju pojedinih dijelova imovine stečajnog dužnika.“

80 Svakako treba obratiti pozornost na mogućnost pretvaranje tražbina kreditnih institucije, kao razlučnih vjerovnika, u temeljni kapital dužnika u postupku financijskog poslovanja (čl. 61. ZFPN).

81 V. ZUBER, Marija, *Potraživanja radnika u predstečajnoj nagodbi*, s. 113.-133., u: *Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi* (NN, br. 108/12.), CRNIĆ, Ivica (ur.), Organizator, Zagreb, 2012.

kasno donesene, u mjeri da se može reći da su donesene sa zakašnjenjem i s puno jurističkih i nomotehničkih pogrešaka.⁸²

4. NEKA RAZMIŠLJANJA O PRETHODNO IZNESENIM STAJALIŠTIMA

Pravna teorija ukazuje da je duže vrijeme u međunarodnim okvirima prisutan trend koji za cilj ima znatno izmijenjen pristup problematici stečajnog postupka.⁸³ Navedeno u razdoblju teške ekonomske krize, ponajviše utječe na (ne)sigurnost radnih mjesta. U uvjetima ekonomskog rasta i deregulacije kreditnog tržišta u pravnoj teoriji je bilo prisutno uvjerenje kako se cjelokupna funkcija stečaja svodi na likvidaciju nekonkurentnih i neprofitabilnih subjekata. Stoga nije postojala potreba da se sagledaju te stečaju pruže i druge funkcije osim one da stečaj služi samo kao instrument naplate dospjelih tražbina. Pogotovo nisu uzimane u obzir posljedice koje stečaj ima na socijalne prilike u društvu, koje za sigurno nisu zanemarive, a koje su se počele ozbiljnije razmatrati u zrelijim djelima sociologije prava.⁸⁴

Danas, postoje mnogobrojne definicije i različita viđenja stečaja jer kada su ekonomski uvjeti poslovanja u svijetu znatno izmijenjeni, financijske krize ukazuje

82 DIKA, Mihajlo, Predstečajna nagodba: pretpostavke, pokretanje, tijela, sudionici, provedba postupka, učinci, stavljanje izvan snage, s. 54., u: Savjetovanje o Zakonu o financijskom restrukturiranju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 108/12.), CRNIĆ, Ivica (ur.), Organizator, Zagreb, 2012. Isto v. ČUVELJAK, Jelena, O predstečajnoj nagodbi prema Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 10, s. 21. *et seq*; ĐURINOVAC, Vinka, Provedba predstečajne nagodbe, RRIF, br. 11, 2012., s. 23.; BRKANIĆ, Vlado, Nerealna očekivanja od Zakona koji bi trebao otkloniti financijski nered, Povodom Prijedloga Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 9, 2012., s. 19-23.; PAVIČIĆ, Damir, Rokovi ispunjenja novčanih obveza prema odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., s. 9-23.; ŠIMUNEC, Nenad, Provedba revizije u postupku predstečajne nagodbe, RRIF, br. 11, 2012., s. 39-42. i GUZIĆ, Šime, Financijski učinci Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, RRIF, br. 11, 2012., s. 23-39. Također treba istaknuti da je Vlada, čini se zbog straha da dugo najavljivani ZFPPN ne doživi potpuni krah, odlučila, već nakon samo 70-ak dana od primjene temeljito intervenirati u ZFPPN na način da je donijela Uredbu o izmjenama i dopunama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (NN, br. 144/12, stupilo na snagu odmah, tj. 21.12.2012.). Očigledno je u pitanju bila velika hitnost, jer nije uobičajeno da se nižim pravnim aktom mijenjaju odredbe višeg pravnog akta, kao što nije uobičajeno da Vlada donosi odluke iz nadležnosti Hrvatskog sabora. Konačno, nije uobičajeno da citirana Uredba ima 40 članaka što iznosi više od 40% od ZFPPN koji ima 93 članka.

83 WHITE, Michelle J., Economic Versus Sociological Approaches to Legal Research: The Case of Bankruptcy, *Law & Society Review*, vol. 25, 1991., br. 3, s. 685-701. Isto v. IVANJKO, Šime, KOCBEK, Marijan, Korporacijsko pravo: Pravni položaj gospodarskih subjekta, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Ljubljana, 2003., s. 1033-1082.

84 McINTYRE, Lisa J., Sociological Perspective on Bankruptcy, *Indiana Law Journal*, vol. 65, 1989., no. 1, s. 123-139. O zrelijim djelima sociologije prava VRBAN, Duško, *Sociologija prava: Uvod i izvorišne osnove*, Golden marketing / Tehnička knjiga, Zagreb, 2006., s. 137-185.

na potrebu za radikalnim promišljanjima o reformi stečajne regulative. U konačnici model stečajnog plana prvo je razvijen u SAD-u 1970-ih godina prošlog stoljeća i zahvaljujući pozitivnim rezultatima danas predstavlja sastavni dio gotovo svih modernih stečajnih zakonodavstava.

U okviru daljnjih reformi počelo se detaljnije analizirati učinke različitih stečajnih sustava. Cilj je predložiti postulate sustava koji osigurava učinkovit sustav razmjernog namirenja vjerovnika, maksimalizira vrijednost imovine dužnika, uspostaviti ravnotežu između likvidacijskog i sanacijskog stečaja, stvarati poticaje za pravodobno podnošenje prijedloga za stečaj, osigurati jednak tretman i ravnopravnost vjerovnika i stvarati transparentno i predvidljivo tržišno okruženje.⁸⁵

Prva skupina istraživanja u pravnoj teoriji vrši poredbenopravnu analizu pokušavajući utvrditi korelacijski odnos između karakteristika stečajnog sustava i makroekonomskih implikacija, odnosno analizira odnos intenziteta korištenja stečaja i varijabli, poput prava vjerovnika.⁸⁶ Na ovakav model nećemo se orijentirati budući da je utemeljen na statističkoj metodologiji. Moglo bi se tvrditi da su statistička istraživanja važan instrument procjene opsega primjene stečajne regulative jer daju važnu mikroekonomsku statistiku i mogu biti vrijedan pokazatelj trendova u gospodarskom okružju. Nadalje, statistički podatci mogu osigurati, za naše potrebe, neke smjernice za potrebu daljnje reforme. Kao što se čini zahtjevnim izmjeriti utjecaj stečajeva na složene mikroekonomske odnose, statistika može biti jedan od glavnih, a možda i jedini alat da se to učini. S druge strane, ekonomski učinak stečajnog postupka nije lako mjeriti. Tu je teško empirijski dokazati da je, primjerice, zapošljavanje izravno vezanu na zakonski i institucionalni model stečajnog postupka. Sasvim očito, učinkovitost stečaja ne može se mjeriti po broju pokrenutih postupaka. Broj uspješno okončanih stečajeva neće biti kvalitetan pokazatelj. Stoga se mora priznati da statistički podatci o stečaju, koji su sada dostupni, otkrivaju isključivo broj postupaka, ali ne govore ništa o neuspjehu neformalnih pregovora, utjecaju insolventnosti na treće osobe, itd.⁸⁷

85 U tom pogledu INSOL International, *The Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*. Dostupno na mrežnim stranicama: www.insol.org. (16.4.2012.); THE WORLD BANK, *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*, 2001.; UNCITRAL, *United Nations Commission on International Trade Law, Legislative Guide on Insolvency law*, New York, 2005.; GREEN PAPER *Entrepreneurship in Europe* (presented by the Commission), Brussels, 21.01.2003., COM (2003.) 27 final; COUNCIL RECOMMENDATION of 21 June 2002 on the Broad Economic Policy Guidelines of the Member States and the Community, 2002/549/EC, OJ L182, 11.07.2002. EUROPEAN COMMISSION, *Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start, Final Report of the Expert Group*, Brussels, 2003.

86 STIJN, Claessens, KLAPPER, Leora F., *Bankruptcy around the world: Explanations and relative use*, *American Law and Economics Review*, vol. 7, 2005., no. 1, s. 253-283.

87 Detaljnije JOVANOVIĆ ZATTILA, Milena, *Poverioci u stečaju*, *Doktorska disertacija*, Beograd, 2003., s. 12-15. RADULOVIĆ, Branko, *Empirijska analiza bankrotstva u Republici Srbiji*, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (2011.), Vuk Radović (ur.), *Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu*, Beograd, 2011., s.146-183. te MALBAŠIĆ, Vladimir, *Reorganizacija kao mjera za sprečavanje stečaja*, SEF, Beograd, 2005., s. 1-45.

Druga skupina istraživanja analizira stečajne sustave pojedinih zemalja ili skupina zemalja. Ona ukazuju da se stečajno pravo, ovisno o gledištu, može promatrati kao pravo naklonjeno dužniku i vjerovniku. Pojednostavljajući, dužnik želi prevladati teret nelikvidnosti svim mogućim mjerama stečajnog zakonodavstva. U gospodarskom smislu, on želi zaštititi svoju imovinu od ovršnih radnji vjerovnika, želi zadržati upravljanje i kontrolu nad svojim aktivnostima te nastaviti poslovanje bez daljnjih vjerovnikovih smetnji. Vjerovnik, s druge strane, želi namiriti dospjele tražbine što je prije moguće. Ipak kod praktične primjene propisa o stečaju situacija se dodatno komplicira.⁸⁸ Na strani dužnika javljaju se uprava, vlasnici i radnici. Njihova stajališta i očekivanja se razlikuju, budući da su različite posljedice koje mogu trpjeti tijekom stečajnog postupka. Nadalje, u okviru stečajnog postupka svaka od kategorija vjerovnika koji se u njemu mogu pojaviti, imaju isti interes: zaštitu prava na ostvarenje svojih tražbina. Međutim, u okviru tog interesa, svaka njih ima različit zakonom utvrđen način njegovog ostvarenja te položaj s kojeg on djeluje.⁸⁹

Dio pravne teorije smatra da se iz perspektive stečajnog prava u članicama EU-a, smisao namirenja tražbina može promatrati prvenstveno kroz zaštitu vjerovnika.⁹⁰ Smatra se da su, primjerice Engleska, Irska, Njemačka i Nizozemska zemlje koje su više orijentirane na zaštitu vjerovnika. Ipak praksa modernih država navodi i izuzetke od pravila, odnosno na prisutnost državnog intervencionizma.⁹¹ Niti najveći poslovni subjekti nisu pošteđeni ekonomskih gubitaka i postupka stečaja. Ukazujemo na slučaj *British Energy* iz 2002. u kojemu je uprava privatnog trgovačkog društva praktično ucijenila britansku vladu prestankom isporuke električne energije, ako ne dobije hitnu financijsku pomoć. Vlada je mogla jedino birati između poštivanja tržišnih zakona, što bi značilo prepustiti navedeno društvo stečaju, i samim tim ostaviti milijune građana doslovno „u mraku“, ili odobriti traženi zajam od milijardu eura. Britanska se vlada odlučila za drugo rješenje.

S druge strane dio doktrine smatra da su Danska, Italija, Grčka, Portugal, Španjolska, Belgija, Luksemburg i Francuska više orijentirane zaštititi dužnika.⁹²

88 ŠIMUNDIĆ, Mladen, Stečajni postupak u praksi. Dostupno mrežnim stranicama: www.sudacka-mreza.hr (12.4.2012.).

89 Detaljnije RADULOVIĆ, Branko, op. cit., s.146-183. te MALBAŠIĆ, Vladimir, op. cit. s. 1-45.

90 REIFNER, Udo, KIESILAINEN, Johanna, HULS, Nik, SPRINGENEER, Helga, Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union, Report presented by the Institute for Financial Services e.v. Erasmus University Rotterdam / School of Law University of Helsinki/Helsinki Collegium for Advanced Studies to Commission of the European Communities, Health and Consumer Protection Directorate-General Contract Reference, No. B5-1000/02/00353, 2003., s. 18.

91 Lat. *interventio* - miješanje, uplitanje. Kao pravac u ekonomskoj teoriji i praksi - vjerovanje da se država treba uplitati u gospodarski život. U pozadini ove ideje navodna je potreba nadomještanja "nedostataka" tržišta. Detaljnije MISES, Ludvig von, HAYEK, Friedrich A., O slobodnom tržištu – klasični eseji, Mate, Zagreb, 1997., s. 85.

92 Tako WOOD, Philip R, Principles of International Insolvency, Sweet & Maxwell, London, 1995., s. 3.

Primjerice, za zakonsko favoriziranje stečajnog plana može se reći da predstavlja naklonost prema dužniku. U Francuskoj se, primjerice, za reorganizaciju koristi naziv „redresman“ koji označava „oporavak“ ili „podizanje“, čime se naglašava cilj i svrha cijelog postupka reorganizacije. Ipak odredbe koje određuju da plan reorganizacije usvajaju vjerovnici relativizira navedenu tvrdnju i uvodi ravnotežu interesa vjerovnika i dužnika. Ipak i praksa modernih država ukazuje na izuzetke od pravila, odnosno na prisutnost državnog intervencionizma. Primjer je slučaj privatnog trgovačkog društva *Alstom* za koje je intervenirala francuska vlada. Hipotetski govoreći, da je tada izostala državna intervencija, potencijalni gubitak banaka, francuskih i stranih, iznosio bi više desetaka milijardi eura. Stoga se skupština glavnih vjerovnika, među kojima su tri najveće francuske banke, izjasnila za neophodnost državne intervencije. I u ovom slučaju država je mogla, točnije bila dužna da u skladu s liberalnim načelima prepusti tržišnim sankcijama privatnu korporaciju i umiješane, također privatne banke, ali bi posljedice tih stečajeva bile nesagledive i po državu i po građane.⁹³ Stoga dolazimo i do treće interese skupine, odnosno zajednice.

Prije negoli se upustimo u razmatranja interesa zajednice, spomenut ćemo da je stečajno zakonodavstvo zaštitnički orijentirano prema dužniku i u SAD-u. Ipak pitanje je može li zemlja poput Hrvatske, koja ima nestabilizirano tržište kapitala,⁹⁴ dopustiti zaštitnički orijentirani odnos prema dužniku. Naime, SAD je krajem 19. stoljeća, dao veću važnost vjerovnicima. Tek u drugoj polovici 20. stoljeća, kada su razvili svoje financijsko tržište, oni postaju više orijentirani spram zaštiti dužnika, što je sasvim razumljivo budući da im se omogućuje otvorenije tržište, ali i mogućnost predvidljivih i izračunljivih gubitaka.⁹⁵ Ipak specifičnost stečajnog sustava SAD-a je promicanje načela neutralnosti, odnosno tretiranje svih subjekata (bez obzira na vrstu, veličinu kapitala) na jedinstven način. Stečajni postupak u tom smislu treba buditi predvidljiv i dosljedno proveden kako bi svi koji se nalaze na tržištu ili su potencijalni ulagači znali što ih očekuje i u krajnjoj liniji bi mogli predvidjeti rizik po njihove investicije i poslovanje. U tom pogledu je svakako zanimljiv slučaj *Enrona*. Naime, činjenica da je nad *Enronom* pokrenut likvidacijski stečaj ne predstavlja sama po sebi tragediju za američko tržište, koliko za američki sustav nadzora financijskih usluga.⁹⁶ Stoga, kao i vladajući dio ekonomske i pravne

93 BUJIŠIĆ-PETROVIĆ, Branislava, Nacionalna država i nadnacionalni biznis, u: Biznis i država, Institut društvenih nauka, Centar za ekonomska istraživanja, Beograd, 2006., s. 281-288.

94 Budući da je Zakon o tržištu kapitala (NN, br. 88/08., 146/08. i 74/09.) donesen prije nekoliko godina još uvijek nije postigao željene učinke. Naravno, tomu je u velikoj mjeri doprinijela i globalna kriza. V. Hrvatske udruge banaka, u susret novoj financijskoj regulaciji: Što će ona značiti za banke u Hrvatskoj, br. 27, listopad, 2010.

95 TABB, Charles J., The History of the Bankruptcy laws in the United States, American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 3, 1995., no. 5, s. 20-30.

96 Pravna teorija ukazuje da je moćna kompanija koja je bila vrlo impresionirana slikom o vlastitoj snazi i inventivnosti, o svojoj jedinstvenoj misiji i genijalnosti, isto je toliko zazirala od obveza da se u potpunosti drži knjigovodstvenih pravila. Dodamo li k tomu „poludjele“ ulagače, burzovne analitičare, novinare i knjigovođe koji nisu željeli dopustiti da nedostatak

teorije smatramo da bi do tragedije došlo da nije pokrenut stečajni postupak, odnosno da je pokriven gubitak koji je iznosio oko 16.9 milijardi dolara duga. Institucionalni poredak koji potiče odgovornost ekonomskih agenata za vlastite akcije, koje mogu rezultirati profitom ili gubitkom, omogućava razvoj. Drugim riječima lekcija za hrvatsko gospodarstvo je da treba stvoriti institucionalni poredak koji podržava načelo odgovornosti individualnih ekonomskih subjekata.

Vraćajući se na interes zajednice treba istaknuti da za razliku od mnogih zapadnih ekonomija, gdje dominira individualizam, koncept zajednice je ukorijenjen i dobro prihvaćen u nizu posttranzicijskih ekonomija. U državama srednje i istočne Europe, razvila se snažna vjera u zajednicu, što po mišljenju teorije, proizlazi iz bivše komunističke ideologije. Sam pojam zajednice nije lako definirati.⁹⁷ Štoviše pravna teorija navodi da se može promatrati i kroz interes države koja djelujući posredno pravosudnim sustavom, a neposredno zakonodavnom aktivnosti i regulatornim tijelima nastoji očuvati opći interes, stabilnost i sigurnost pravnog i ekonomskog sustava, ubrzati razvoj i reforme, ostvariti nesmetan priljev proračunskih sredstava i sl. U nekim se aspektima interes zajednice može preklapati s interesima dužnika i vjerovnika, što unosi drugačiji pregled u raspravu o cilju stečajnog postupka. Ipak u praksi poslovni neuspjeh dužnika može utjecati na osobe koje nisu niti dužnici niti vjerovnici te koje nemaju formalna zakonska prava. Ovaj čimbenik može biti od određenog utjecaja u tranzicijskim zemljama, budući da su poduzeća često odgovorna za različite stupnjeve socijalne funkcije. Stoga se zajednica mora uzeti u obzir i u kreiranju modernog stečajnog zakona na što se ukazalo i donošenjem Direktive o zaštiti radnika u slučaju stečaja poslodavca br. 80/987/EEZ, što sada predstavlja Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća 2008/94/EZ kao kodifikacija svih dotadašnjih izmjena. Naime, praksa pokazuje da je čest slučaj da u zemljama postranzicije, pogotovo u manjim sredinama, jedan poslovan subjekt predstavlja glavni izvor zaposlenosti stanovništva. Likvidacijski stečaj takvog subjekta može imati vrlo negativne socijalne posljedice u toj sredini, pa iako postoje uvjeti za njegov stečaj on se odlaže. Naime, vrijednost koju takvo poduzeće predstavlja za društvo ne može se mjeriti isključivo u ekonomskom smislu, pa ekonomska analiza prava, usmjerena isključivo na odnos dužnik vjerovnik postaje nedorečena. Dio pravne teorije kritizira razmišljanja u kojima stečajni zakon ima funkciju promicanja socijalne stabilnosti, odnosno ciljeva koji su u radu prikazani kao interesi zajednice.⁹⁸ Smatraju da takva ekonomska politika vodi prema mjerama koje su usredotočene na subvencioniranje, s prvenstvenim ciljem da se smanje gubici poduzeća što je u konačnici postiglo suprotan učinak:

transparentnosti stane na put vrtoglavom rastu vrijednosti dionica kompanije, dobivamo rezultat koji je nastao. Detaljnije RAPOPORT, Nancy B., Enron and the new disinterestedness - The foxes are guarding the Henhouse, American Bankruptcy Institute Law Review, vol. 13, 2005., no. 1, s. 521. *et seq.*

97 Detaljnije GROSS, Karen, Taking Community Interests into Account in Bankruptcy: An Essay, Washington University Law Review, vol. 72, 1884., no. 1, s. 1031-1048.

98 Detaljnije FALKE, Mike, Community Interests: An Insolvency Objective in Transition Economies? Frankfurter Institut für Transformationsstudien, No. 01/02.

stvorilo još više insolventnih poslovnih subjekata te isključivo kratkoročni socijalni mir. Smatraju da stečajni zakon u tranzicijskim zemljama ima lošu karakteristiku, odnosno „*zaštitnički odnos*“ prema dužniku. To može biti politički nužno kako bi se spriječio pad proizvodnje i zaposlenosti. Iz tog razloga, vjerovnici su u većini slučajeva malo sudjelovali u postupku ishođenja stečajnog plana i općenito smatrali finansijsko tržište kao nesigurno. To je dovelo, i po shvaćanjima pravne teorije, ne samo do visoke kamatne stope, već i veće nesigurnosti naplate tražbina u odnosu na tržišna gospodarstva zapadnih zemalja. Također smatraju da su tada veoma naglašenu ulogu imali i sindikati.⁹⁹ Glede zahtjeva sindikata, pravni teoretičari

99 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 dospelje 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 slom. U takvom stanju stvari sindikat, odnosno radnici kao vjerovnici moraju donijeti jednu od odluka: a) pokrenuti ili b) ne pokrenuti stečajni postupak. SZ kao opći stečajni propis radnicima kao vjerovnicima daje ovlaštenje podnijeti prijedlog za otvaranje stečajnog postupka ako učine vjerojatnim postojanje svoje tražbine i kojega od stečajnih razloga (čl. 39., st. 2.). Naše stečajno pravo dodatno honorira radnika kao predlagatelja stečaja jer ga oslobađa plaćanja dodatne pristojbe za vođenje stečajnog postupka (čl. 39.a, st. 3. SZ) te predujmljivanja troškova prethodnog postupka (čl. 41., st. 5. SZ). Pravovremenim pokretanjem stečaja radnik stječe i prava određena posebnim zakonom (ZOOPR). U slučaju nepokretanja stečajnog postupka radnik snosi rizik da će svoja prava teže ostvariti negoli u slučaju pravovremenog pokretanja stečaja jer je potencijalna stečajna masa protekom vremena sve manja. Prema Stečajnom zakonu radnik se može pojaviti kao stečajni vjerovnik prvog višeg isplatnog reda za tražbine do dana otvaranja stečajnog postupka (čl. 71.) te kao vjerovnik stečajne mase - trošak stečajnog postupka (čl. 86.) i ostale obveze stečajne mase (čl. 87.).

Samim otvaranjem stečaja 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 značajna (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. 121. SZ). Sindikat pak može i nadalje putem pravnog zastupnika u radnim sporovima kod poslodavca, pred sudom, arbitražom i državnim tijelima zastupati svoje članove kao vjerovnike stečajnog dužnika te sudjelovati u radu odbora vjerovnika i skupštine vjerovnika kao tijela stečajnog postupka donošenjem odgovarajućih odluka iz svoje nadležnosti (Rješenje Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, posl. br. 66. Pž-5577/10-3 od 28.9.2010.). O djelovanju sindikata detaljnije MARINKOVIĆ DRAČA, Dušanka, Pravo na sindikalno organiziranje i sindikati u Hrvatskoj, s. 495.-526., u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj (POTOČNJAK, Željko Ur.), Pravni fakultet Zagreb, Organizator, Zagreb, 2007.; BUKLIJAŠ, Boris, Kolektivno radno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2006.; UČUR, Marinko Đ., SMOKVINA, Vanja, Industrijske akcije kao sindikalna prava i slobode, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31, 2010., br. 2, s. 671.-701.

zaključuju da nisu bili samo izraz nastojanja da se u stečajnom postupku osigura povoljniji položaj radnika kod stečajnih dužnika. Navode da su sindikati smatrali da bi se radnike trebalo pitati i kod kontrole tijeka stečajnog postupka kada bi trebali dati suglasnost na postignutu cijenu. Za sindikate, to je bio oblik privatizacije, a ne namirenja vjerovnika. Druga systemska zabluda vezana uz stečajne postupke u socijalističkim zemljama, pa i kod nas, je sam smisao stečajnog postupka, odnosno koncept postupka kojim se nesolventna poduzeća preko suda štite od vjerovnika. Zaboravlja se da i ti vjerovnici imaju radnike čija će prava biti ugrožena jer se nisu namirili iz stečajne mase svog dužnika. Dakle, stečaj dužnika često kao posljedicu ima i stečaj njegovog vjerovnika.

Ipak ostaje činjenica da postoje različita normativna uređenja stečajnih postupaka u raznim nadležnostima, slijedom čega se i neka temeljna pravila mogu značajno razlikovati u državama. Pravna teorija govori čak i o stečajnim kulturama (engl. *insolvency cultures*).¹⁰⁰ Kada razmišljamo o stvaranju ili preinakama stečajnog zakona treba uzeti u obzir činjenicu da se učinkovitost takvog sustava treba prvenstveno u postupku tranzicije, mjeriti kroz sposobnost preventivnog i lokalnog rješavanja problema nelikvidnosti prije negoli se počnu primjenjivati weberijanski međunarodni standardi.¹⁰¹ Zakon, kako bi ispunio svoju društvenu funkciju, mora odgovoriti i na lokalne potrebe i očekivanja. Ne postoji rešenje koje bi bilo idealno i prihvatljivo za sve, tzv. *pareto optimum*. Stoga su pravna, ali i ekonomska teorija posljednjih pedeset godina uložila ogromne napore da utvrde čimbenike pod kojima tržišta ostvaruju učinkovite rezultate, kao i one pod kojima propuštaju to učiniti. Nesavršenosti tržišta koriste se kao glavna argumentacija za aktivnost države, odnosno za intervenciju države.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Modeli stečajnog zakonodavstva diljem svijeta su raznoliki, a postupci i zakonodavstvo određene zemlje vezano uz stečaj su značajni za poredbeno-pravna istraživanja. S jedne strane stečajno zakonodavstvo može biti podrška poslovnim subjektima i radnicima koji se nađu u takvoj situaciji, dok se s druge nikako ne smije minorizirati, a niti zaobići temeljno pravilo o općem javnom interesu da se iz gospodarskog života eliminiraju sve poslovne osobe koje nisu sposobne uspješno poslovati. Potpora koju pružaju vlade većine zemalja uključuje, kao civilizacijski standard, mjere kojima se osigurava iz državnog proračuna plaćanje tražbina radnika prema svojim insolventnim poslodavcima te kojima se osigurava nezadiranje u prava na mirovinu. Tražbine radnika dužnika opravdano imaju prednost pred tražbinama ostalih nepriviligiranih vjerovnika, no, u nekim je

100 Primjerice VIRGOS, Miquel, *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: An Insider's View*, Kluwer Law International, The Hague, 1998., s. 1.

101 Detaljnije KNOT, Ondfiej, VYCHODIL, Ondfiej, *What Drives the Optimal Bankruptcy Law Design?* CJEF, vol. 55, 2005., no. 3-4, s. 110.

zemljama ta prednost manja. Dakle, usporedbom stečajnih zakona pojedinih država uočljiva je orijentiranost legislative i favoriziranje pojedine strane, ali i društvene zajednice u stečajnom postupku. Problem proizlazi iz raznolikosti ciljeva koji nastaju pokretanjem stečajnog postupka, ali i iz činjenice da učinkoviti stečajni postupak treba ostvariti ekonomske i socijalne, ne često kompatibilne, interese.

Temeljem iznesenih stajališta ne bi se smjelo zaključiti kako je stečajni postupak, odnosno uopće stečajna problematika, nešto što djeluje isključivo na vjerovnike ili dužnike ili na članove društva ili u konačnici na cijelu zajednicu. Traumu stečajnopravnog postupka prolaze, u većoj ili manjoj mjeri zapravo svi sudionici postupka. To pokazuje s kakvom pažnjom treba pristupiti izgradnji učinkovite stečajne regulative. Naprotiv, šire implikacije stečajne regulative na tržište, primjerice na zaposlenost, zahtijevaju da se interesi vjerovnika, dužnika i zajednice uzmu u obzir pri oblikovanju okruženja i pravila pod kojima se on provodi. Jedni od sudionika postupka koje stečajni postupci značajno pogađaju su upravo radnici.

Stoga je teško opravdati tezu da hrvatsko stečajno zakonodavstvo ima naglašen socijalni karakter. Ono ima djelomično socijalni aspekt, koji se odražava kroz ZOOPR s amortizirajućim učincima u samom otvaranju stečaja.¹⁰² Tako usvojena konceptualna rješenja uređuju moderan stečajni postupak kontinentalnog tipa, sličan njemačkom Insolvencijskom zakoniku iz 1999. koji je nesporno uzor hrvatskom Stečajnom zakonu. Dakle, premda je pitanje zaposlenosti i zapošljavanja, posebice viška zaposlenih, jedno je od najznačajnijih, ne samo ekonomsko-socijalnih pitanja, cilj stečajnog zakonodavstva nije, a niti može biti, pod svaku cijenu održati zaposlenost radne snage stečajnog dužnika, niti osigurati poslovanje dužnika, niti održati postojeću vlasničku strukturu kako bi se nastavilo s poslovanjem nerentabilnih tvrtki. To može biti posljedica jedino uspješno provedenog stečajnog plana ili financijskog restrukturiranja, odnosno predstečajne nagodbe, ali nije prioritetni cilj pozitivnog stečajnog zakonodavstva koji je definiran čl. 2. SZ-om, odnosno Općim odredbama ZOOPR-a. Stečaj treba stoga prihvatiti kao *ultimo ratio* dužnika, tj. hitnu likvidaciju dužnika bez ekonomskog prosperiteta na vrlo kompleksnom globalnom tržištu rada i kapitala. U svakom slučaju stečajni postupak nije način kojim se rješava nagomilana problematika povrede prava radnika zajamčenih radnim i socijalnopravnim zakonodavstvom. Kako je obrazloženo u radu, glavni su problem nepravodobni i nezakonito prekasno pokrenuti stečajni postupci. Radnici su najčešće najmanji krivci za loše vođenu politiku upravljanja poslodavcem. Ipak, model radničkog dioničarstva nameće se kao zanimljivo rješenje. Na taj bi način, radnici bili više uključeni u vođenje poslovne politike poslodavca. Zbog očuvanja svojega zaposlenja, manja je vjerojatnost da bi dopustili slučajeve višegodišnjeg poslovanja poslodavca u kojemu se ne podmiruju niti najosnovnije obveze poput plaća i davanja radnicima i državi.

¹⁰² Tako i JACKSON, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986., s. 5.

Summary

THE PRINCIPLE OF SOCIAL BEHAVIOUR IN THE INSOLVENCY PROCEEDINGS WITH EMPHASIS ON WORKERS' RIGHTS

The development of labour law legislation in the Republic of Croatia after 1994 began with the enactment of the Labour Act (Official Gazette No. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04 and 68/05), whereas the new Labour Act was enacted in 2009 (Official Gazette No. 149/09, 61/11 and 82/12). Likewise, the legislation on insolvency law following the Insolvency's Act entry into force on 1 January 1997 was amended as much as seven times (Official Gazette No. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 and 133/12), along with the enactment of the Act on Securing Workers' Claims in the Case of Employer's Insolvency (Official Gazette No. 86/08) and the Act on Financial Restructuring and Pre-Bankruptcy Settlement (Official Gazette No. 108/12 and 144/12). The direct and main aim of the legislator was to keep and further the development of labour law and insolvency law. With the mentioned amendments attempts were made to modernize the previous regulation of some parts of insolvency and labour law legislation, in conformity with better solutions founded on experience of jurisdiction and legal theory. The change in the concept of duration of a contract of employment and the regulation of labour relationship in the insolvency proceedings is connected with other wider social changes and primarily with the transfer and the impact of the neoliberal economic doctrine. The process of transition and the institutional transformation of the market have created the need for a new type of social state and a radically changed spectrum of its functions. Although the intertwined complex relations between the market and the state have changed, they have not disappeared, as is made clear this paper. In a situation in which the recession impacts the Croatian economy, and consequently the labour market, we are now facing more frequently cases of new insolvency proceedings. With this in mind the authors highlight the interdependence of labour and insolvency law and illustrate tensions and their permanent conflict with the view of exploring the principle of social behaviour in insolvency legislation.

Key words: *insolvency procedure, contract of employment, workers' rights, insolvency law, labour law.*

Zusammenfassung

ÜBER DEN GRUNDSATZ DES SOZIALEN UMGANGS IM INSOLVENZVERFAHREN MIT BETONUNG AUF ARBEITERRECHTE

Die Entwicklung der Arbeitsgesetzgebung in der Republik Kroatien begann nach 1994 durch die Erlassung des Arbeitsgesetzbuches (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04 und 68/05 – nachstehend: das alte AGB). Das neue Arbeitsgesetzbuch wurde 2009 erlassen (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 149/09, 61/11 und 82/12 – nachstehend: das AGB). Die Insolvenzgesetzgebung wurde nach ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1997 durch das Insolvenzgesetz sieben Mal (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 und 133/12 – nachstehend: IG), sowie durch Erlassung des Gesetzes über Sicherung der Forderungen von Arbeitnehmern im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 86/08 – nachstehend: GÜSFA) und des Gesetzes über die finanzielle Restrukturierung und das vorinsolvenzliche Ausgleichsverfahren, (Amtsblatt der Republik Kroatien Nr. 108/12 und 144/12 – nachstehend: GFVA) geändert und ergänzt. Das unmittelbare Grundziel des Gesetzgebers war die Fortsetzung und Beibehaltung der Kontinuität der Entwicklung von Arbeits- und Insolvenzgesetzgebung. Deshalb versuchte man durch die genannten Novellen, in unterschiedlichen Maßen, die vorherige Regelung mancher Teile sowohl von der Insolvenz- als auch von der Arbeitsgesetzgebung zu modifizieren, indem man sie an potenziell bessere und auf Erfahrung der Judikative und der Rechtstheorie basierte Beschlüsse angepasst hat. Die Änderung des Konzeptes der Dauer eines Arbeitsvertrags und die Regelung von Arbeitsverhältnissen in der Insolvenz sind auch mit anderen, breiteren Gesellschaftsänderungen, vor allem mit dem Übergang zur neoliberalen Wirtschaftsdoktrin und deren Einfluss, verbunden. Der Transitionsprozess und institutionelle Transformation des Marktes haben das Bedürfnis nach neuem Typ des Sozialstaates und nach radikaler Änderung seiner Funktionen geweckt. Die Komplementaritätsverhältnisse zwischen dem Markt und dem Staat haben sich, wie das in der Arbeit dargestellt wird, geändert, aber sie sind nicht verschwunden. In der Situation, in welcher auch die kroatische Wirtschaft von der Rezession erfasst wurde, was einen schlechten Einfluss auf den Arbeitsmarkt hatte, gibt es immer mehr Fälle von Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Deshalb ist es das Ziel, neben Komplementarität und gegenseitiger Abhängigkeit des Arbeits- und Insolvenzrechtes, auf die offensichtlichen Spannungen und dauernden Konflikte hinzuweisen und den Grundsatz des sozialen Umgangs in der Insolvenzregulierung zu erforschen.

Schlüsselwörter: Insolvenzverfahren, Arbeitsvertrag, Arbeiterrechte, Insolvenzrecht, Arbeitsrecht.

Riassunto

**IL PRINCIPIO DELLA CONDOTTA SOCIALMENTE
RESPONSABILE NEL PROCEDIMENTO FALLIMENTARE
CON PARTICOLARE ATTENZIONE PER I DIRITTI DEI
LAVORATORI**

Lo sviluppo della legislazione giuslavoristica in Croazia ha preso il via dopo il 1994, con l'emanazione della legge sul lavoro (Gazzette ufficiali, n. 38/95, 54/95, 65/95, 102/98, 17/01, 82/01, 114/03, 123/03, 142/03, 30/04 e 68/05 – nel testo vecchio ZOR). La nuova legge sul lavoro è entrata in vigore nel 2009 (Gazzette ufficiali, n. 149/09, 61/11 e 82/12 – nel testo ZOR). Nella legislazione fallimentare a far data dall'entrata in vigore l'1.1.1997, la legge fallimentare ha subito sette interventi modificativi (Gazzette ufficiali n. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12 e 133/12 – nel testo SZ), come pure sono intervenute delle modifiche a seguito dell'entrata in vigore della legge sulla garanzia dei crediti dei lavoratori in caso di fallimento del datore di lavoro (Gazzetta ufficiale, n. 86/08 – nel testo ZOOPR) e della legge sul riassetto finanziario e sulla transazione prefallimentare (Gazzetta ufficiale, n. 108/12 e 144/12 – nel testo ZFPN). Il principale e diretto fine del legislatore è di mantenere una certa continuità nello sviluppo della legislazione fallimentare e giuslavoristica. Pertanto, con le menzionate novelle s'è cercato di modificare, seppure in ambiti distinti, la precedente disciplina di parte della legislazione tanto fallimentare quanto giuslavoristica; cercando di adeguarli a soluzioni migliori tenuto conto della giurisprudenza e della dottrina. Il mutamento della concezione della durata del contratto di lavoro e la disciplina del rapporto di lavoro nel fallimento è connessa altresì a più ampie modifiche nella società; in primis s'intende fare riferimento al passaggio ed all'influsso della dottrina economica neoliberale. Il processo di transizione e la trasformazione istituzionale del mercato rendono necessario un nuovo tipo di stato sociale, radicalmente modificato nelle sue funzioni. Come s'illustra nel contributo, i rapporti di complementarità tra il mercato e lo Stato sono cambiati, ma ciò non significa che siano venuti meno. Nella situazione in cui la recessione ha intaccato anche l'economia croata, il che s'è riflettuto negativamente sul mercato del lavoro, sempre più spesso si aprono nuove procedure fallimentari. Pertanto, oltre alla complementarità ed alla correlazione del diritto del lavoro e di quello fallimentare, lo scopo è evidenziare le evidenti tensioni ed il costante potenziale conflittuale, come anche esaminare il principio della condotta socialmente responsabile nella disciplina fallimentare.

Parole chiave: *procedimento fallimentare, contratto di lavoro, diritti dei lavoratori, diritto fallimentare, diritto del lavoro.*

UPRAVLJANJE DOBRIMA U VLASNIŠTVU JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE*

Dr. sc. Vanja Seršić,
Pročelnik jedinstvenog upravnog odjela, Grad Rab
Dr. sc. Jakob Nakić,
Zamjenik županijske državne odvjetnice, Rijeka

UDK: 351.711::352.9
Ur.: 18. veljače 2013.
Pr.: 12. ožujka 2013.
Stručni rad

Sažetak

U ovom radu daje se pregled raznih vrsta dobara s aspekta građanskog i upravnog prava, te posebno s aspekta vlasništva. U radu se obrađuje upravljanje dobrima koja su u vlasništvu gradova i općina te se analiziraju nadležnosti koje jedinice lokalne samouprave imaju u pogledu načina djelovanja usmjerenih k učinkovitoj upravi tim dobrima. Osim analize pozitivnog zakonodavstva, daju se i neke kritičke primjedbe na dosadašnju praksu upravljanja dobrima u vlasništvu gradova i općina. Na kraju se nude perspektive upravljanja tim dobrima u budućnosti pri čemu se ukazuje na potrebu primjene novih disciplina i metoda: kao što su implementacija ekonomske analize prava, uvođenje precizne i metodično sustavne evidencije, potreba učinkovite procjene vrijednosti imovine, te sustavno planiranje upravljanja raznolikim portfeljima imovine radi optimalne ekonomske koristi i zadovoljavanja socijalnih i kulturnih potreba svih građana kako danas tako i u budućnosti.

Ključne riječi: *vlasništvo, dobro, JLS, upravljanje, javno.*

1. UVOD

Upravljanje dobrima u vlasništvu jedinica lokalne samouprave,¹ predstavlja naizgled jednu dobro normiranu cjelinu u našem pozitivnom zakonodavstvu u kojem se u svakom trenutku zna: što, tko, kada i kako treba netko nešto napraviti, kako bi se tim dobrima upravljalo na optimalan način. Međutim ova je tvrdnja samo djelomično točna i odnosi se uglavnom na kontrolne mehanizme i postupke koje treba poštivati pri promjeni imovinsko-pravnih statusa pojedinih dobara, ali pri tomu se ponekad zanemaruje glavni cilj, a to je maksimalno zadovoljavanje javnog interesa.

* Stavovi izneseni u ovom tekstu su osobni stavovi autora i ne predstavljaju stavove institucija u kojima rade.

1 U daljnjem tekstu JLS.

Propisani postupci ponekad ne djeluju logično i nameću nepotrebne troškove JLS-e. Kada govorimo o javnom interesu onda je ponekad teško precizno odgovoriti što on u konkretnom slučaju znači, ali svakako nije i totalno nemoguće. Prema mišljenju autora uvođenjem alata koji se koriste u jednoj novoj pravnoj disciplini, a to je ekonomska analiza prava, moguće je vrlo točno mjeriti dosege pojedinih političkih odluka pa i onih koje se odnose na upravljanje imovinom i kroz to mjeriti kvalitetu upravljanja javnim dobrom. No prije toga treba napraviti puno drugih sporednih stvari koje su suplementarno neophodne da budu urađene kako bi se mogao izmjeriti stupanj zastupanja javnog interesa. Prije svega je nužno raščlaniti koje su to vrste dobara kojim neka JLS upravlja, a zatim uvesti obvezu da se naprave popisi cjelokupne imovine po određenim svjetskim standardima i uz primjenu modernih tehnologija, koje će omogućiti i bolje upravljanje dobrima u vlasništvu JLS-a, ali i mogućnost kvantitativnog mjerenja kvalitete upravljanja.

U nastavku ćemo pokušati dati dio odgovora na postavljena pitanja i naznačiti pravce u kojima bi se buduće promjene zakonodavstva u ovoj oblasti mogle kretati u cilju poboljšanja i unaprjeđenja ove vrlo važne djelatnosti JLS-a kao dijela javne uprave.

2. JLS KAO DIO JAVNE UPRAVE

Javna uprava sastoji se od državne uprave, lokalne samouprave (u koju spadaju JLS i županije kao tijela područne, odnosno regionalne samouprave) i tijela javne vlasti² (javnopravna tijela) koja obavljaju neke javne funkcije koje je na njih prenijela državna vlast.³

JLS čine općine i gradovi,⁴ a županije su organizacijski oblici jedinica područne (regionalne) samouprave.⁵

Općine su JLS koje se osnivaju u pravilu za područje više naseljenih mjesta koja predstavljaju prirodnu, gospodarsku i društvenu cjelinu, te koja su povezana

2 Vidi primjerice Popis tijela javne vlasti („Narodne novine“ RH br. 19/10). Nakon stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o pravu na pristup informacijama („Narodne novine“ RH br. 37/11) taj se popis više ne objavljuje. S obzirom na to da je ukinut popis tijela javne vlasti, informacija se može zatražiti od tijela javne vlasti koja su definirana na sljedeći način: „državna tijela, županije, gradovi i općine, pravne osobe s javnim ovlastima i druge osobe na koje su prenesene javne ovlasti, pravne osobe čiji su programi ili djelovanje zakonom utvrđeni kao javni interes te se u cijelosti ili djelomično financiraju iz državnog proračuna ili iz proračuna županija, gradova i općina, kao i trgovačka društva u kojima Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave imaju zasebno ili zajedno većinsko vlasništvo“.

3 O javnoj vlasti i posebice javnim ovlastima vidi više primjerice u Arapović, Snježana Pravne osobe koje imaju javne ovlasti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 38., br.2.-3. (62-63), Split, 2001. ili Krijan, Pero Javne ovlasti kao poseban oblik javne vlasti, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, br. XI, 1998., str.139.-157.

4 Čl. 3. Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi (Narodne novine RH br. 33/01., 60/01., 129/05., 109/07., 125/08., 36/09., 150/11. i 144/12.) – dalje u tekstu ZLPRS.

5 Jedinice područne(regionalne) samouprave, dalje u tekstu JP(R)S. U članku se obrađuju dobra u vlasništvu JLS, ali se analogno uz vrlo male distinkcije može isto primijeniti i na JP(R)S.

zajedničkim interesima stanovništva.⁶

Grad je jedinica lokalne samouprave u kojoj je sjedište županije te svako mjesto koje ima više od 10.000 stanovnika, a predstavlja urbanu, povijesnu, prirodnu, gospodarsku i društvenu cjelinu. U sastav grada kao JLS mogu biti uključena i prigradska naselja koja s gradskim naseljem čine gospodarsku i društvenu cjelinu te su s njim povezana dnevnim migracijskim kretanjima i svakodnevnim potrebama stanovništva od lokalnog značenja. Iznimno, gdje za to postoje posebni razlozi (povijesni, gospodarski, geoprometni), gradom se može utvrditi i mjesto koje ne zadovoljava prednje uvjete.⁷

JLS u svom samoupravnom djelokrugu obavljaju poslove lokalnog značaja kojima se neposredno ostvaruju poslovi i zadaci koji nisu Ustavom ili zakonom dodijeljeni državnim tijelima i to osobito poslovi koji se odnose na: uređenje naselja i stanovanje, prostorno i urbanističko planiranje, komunalno gospodarstvo,⁸ brigu o djeci, socijalnu skrb, primarnu zdravstvenu zaštitu, odgoj i osnovno obrazovanje, kulturu, tjelesnu kulturu i sport, zaštitu potrošača, zaštitu i unaprjeđenje prirodnog okoliša, protupožarnu i civilnu zaštitu, promet na svom području, te ostali poslovi sukladno posebnim zakonima.⁹ Veliki gradovi (iznad 35.000 stanovnika i županijski centri) pored nabrojanog brinu se i o održavanju javnih cesta, izdavanju građevinskih i lokacijskih dozvola itd.¹⁰

Za obavljanje svih naprijed navedenih poslova i djelatnosti potrebna su određena sredstva i imovina, a imovinu JLS-a čine sve pokretne i nepokretne stvari te imovinska prava koja pripadaju JLS-u.¹¹ JLS je dužna upravljati, koristiti se i raspolagati sa svojom imovinom, pažnjom dobrog domaćina.¹² Dakle općenito govoreći upravljanje dobrima u vlasništvu JLS podložno je povećanoj pažnji i obvezi stalne brige upravitelja o javnom interesu¹³ kojem ta imovina služi. Tako je nizom zasebnih zakona razrađeno pravilo javnog interesa, kao primjerice: Zakon o proračunu,¹⁴ Zakon o državnoj reviziji,¹⁵ Zakon o javnoj nabavi,¹⁶ Zakon o

6 Čl. 4. ZLPRS.

7 Čl. 5. ZLPRS.

8 O problematici vlasništva nad komunalnom infrastrukturom vidi Đerđa, Dario „Problematika vlasništva objekata i uređaja komunalne infrastrukture u Republici Hrvatskoj“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.46., br.1., Split, 2009., str.167.-187.

9 Čl. 19. ZLPRS.

10 Čl. 19.a. ZLPRS.

11 S pravom se može postaviti pitanje što (sve) čini imovinu JLS? Ponajprije valja imati na umu odredbu članka 67. stavak 1. ZLPRS-a, prema kojem: *“Sve pokretne i nepokretne stvari te imovinska prava koja pripadaju jedinici lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave čine njezinu imovinu.”* U pravnoj znanosti podjela imovine u javnom sektoru vrši se na materijalnu i nematerijalnu imovinu. Poblize vidi kod Mrša, Josip Imovina u javnom sektoru, u zborniku radova Hrvatski javni sektor, Hrvatska zajednica računovodstvenih i financijskih djelatnika, Opatija, 2007., str. 287.-297.

12 Čl. 67. ZLPRS.

13 O javnom interesu poblize vidi Jelčić, Božidar Javni prihodi u knjizi Financijsko pravo i financijska znanost, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 84.

14 Zakon o proračunu (Narodne novine, RH br. 87/08., 136/12.)

15 Zakon o državnoj reviziji (Narodne novine, RH br. 146/05., 139/08., 144/12.)

16 Zakon o javnoj nabavi (Narodne novine, RH br. 90/11.)

vlasništvu i drugim stvarnim pravima,¹⁷ Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora,¹⁸ Zakon o prostornom uređenju i gradnji.¹⁹

Pravo vlasništva je stvarno pravo na određenoj stvari koje ovlašćuje svoga nositelja (u ovom slučaju JLS) da s tom stvari i koristima od nje čini što ga je volja, te da svakog drugog od toga isključi ako to nije protivno nekom tuđem pravu ili nekom zakonskom ograničenju. Upravo u tim granicama sadržano je pravo posjedovanja, uporabe, korištenja i raspolaganja sa konkretnom predmetnom stvari.²⁰

S organizacijskog stajališta, JLS se sastoji od tri različita djela: gradskog (općinskog) vijeća, izvršne vlasti (gradonačelnik; načelnik) i gradske uprave. Prva dva dijela imaju ovlasti donositi odluke (sukladno promoviranoj politici na izborima), a treći dio brine o provedbi tih odluka sukladno zakonima i drugim podzakonskim propisima.²¹

Možemo reći da su JLS dio javne uprave (javne vlasti) koja je najbliža građanima Republike Hrvatske, odnosno da one kroz ovaj vid samouprave najneposrednije provode volju naroda. Na ovoj razini problemi s kojima se građani susreću najuočljiviji su i mogu se rješavati bez nepotrebnih nerazumijevanja i zamagljivanja od strane vlasti koja „sjedi negdje tamo“. Upravo je zbog toga je i upravljanje dobrima u vlasništvu JLS-a izuzetno važno jer ta imovina i koristi od nje su poluga da se svi problemi adekvatno i u pravoj mjeri riješe.

3. VRSTE DOBARA PREMA GRAĐANSKOM PRAVU

Još od vremena Rimskog prava, pravo se dijelilo na *ius privatum* i *ius publicum*.²² Prema toj podjeli u privatno pravo u objektivnom smislu spadale

17 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, RH br. 91/96., 68/98., 37/99., 22/20., 73/20., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 90/10. i 143/12.) – dalje u tekstu ZVDSP). O dosegu članka 391. ZV vidi *infra* točku 10.

18 Narodne novine, br. 125/11.

19 Narodne novine, br. 76/07., 38/09., 55/11., 90/11., 50/12., 55/12.

20 Čl. 30. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, RH br. 91/96., 68/98., 37/99., 22/20., 73/20., 114/01., 79/06., 141/06., 146/08., 38/09., 153/09., 90/10. i 143/12.) – dalje u tekstu ZVDSP.

21 „U idealnim okolnostima, model organizacijski razvoj trebao bi uključivati sva tri djela vlasti, no politički faktori otežavaju idealnu situaciju. Intervencije organizacijskog razvoja koje dotiču sva tri djela lokalne vlasti mogle bi se usredotočiti na povećanje podudarnosti ciljeva među trima organizacijskim jedinicama. Poželjan rezultat bio bi stvaranje zajedničkih ciljeva za cijelu organizaciju jedinice lokalne samouprave. Uz to, intervencije bi se trebale usredotočiti na poboljšanje odnosa među ljudima zaposlenim u različitim dijelovima lokalne vlasti. Povećanje podudarnosti ciljeva među organizacijskim dijelovima i povećanje povjerenja omogućilo bi rad članova tri dijela vlasti na konkretnim zadacima.“, USAID/ CROATIA projekt reforme lokalne samouprave, Priručnik za organizacijski razvoj u lokalnoj samoupravi – kako izgraditi i voditi učinkovitu organizaciju, The Urban Institute, Zagreb, 2006., str. 7.

22 Tako primjerice „Moramo kazati, da i vrela rimskog prava razlikuju *ius publicum* i *ius privatum*. *Ius publicum* označuju kao ono »quod ad statum rei Romanae spectat.« *Ius privatum* označuju kao ono »quod ad singulorum utilitatem spectat.« Prema tome spadaju

su norme koje su išle za korist pojedinca, u prvom redu bio je odlučan interes pojedinca. U javno pravo norme koje su išle u korist cjeline, odnosno u prvom redu bili su mjerodavni interesi zajednice. Dakle glavna razlika bila je u javnom interesu.²³

Kada je u pitanju građansko pravo, a radi se o nekom dobru, nekoj stvari, onda ta grana prava proučava upravo stvarnopravni odnos koji nastaje između pojedinih subjekata, a povodom neke stvari. Tako su elementi stvarnopravnog odnosa: subjekt (osoba) nositelj nekog subjektivnog stvarnog prava, objekt (predmet) stvarnopravnog odnosa i neko konkretno subjektivno stvarno pravo.²⁴ Ovo subjektivno stvarno pravo u našem pozitivnom zakonodavstvu određeno je pravilom *numerus clausus*²⁵ pa tako u stvarna prava spadaju: pravo vlasništva, pravo služnosti, pravo stvarnih tereta, pravo građenja i založno pravo.

Kada se radi o objektu stvarnopravnog odnosa onda se dobra dijele na ona koja mogu biti objekt stvarnopravnog odnosa i ona koja to ne mogu biti odnosno na dobra koja su *res in commercio* i na dobra koja su *res extra commercio*.²⁶ U dobra koja su van prometa spadaju opća dobra.²⁷ U dobra koja mogu biti u pravnom prometu spadaju: javna dobra u općoj upotrebi, javna dobra u javnoj upotrebi i individualna dobra.²⁸

Pored ove podjele postoje još dobra od interesa za Republiku Hrvatsku²⁹ i ona mogu biti dobra u prometu ili dobra izvan njega.³⁰ O svim ovim vrstama dobara u

u javno pravo u objektivnom smislu one norme, koje idu za dobrobit cjeline, koje imaju za svrhu korist cjeline; u privatno pravo u objektivnom smislu spadaju one norme, koje idu za dobrobit pojedinaca, koje imaju za svrhu korist pojedinaca. A pojedina prava u subjektivnom smislu bila bi onda javna ili privatna već prema tome, da li izviru iz jedne ili druge grupe normi t.j. iz prava javnog ili prava privatnog u objektivnom smislu." Rastovčan, Pavle, Temeljna načela privatnog prava na osnovu Rimskog prava, predavanja P.R., izvanrednog profesora Pravnog fakulteta na Sveučilištu u Zagrebu, Tisak Tipografije d.d. u Zagrebu, 1930.

- 23 O podjeli prava u Hrvatskoj na javno, privatno i socijalno vidi Padjen, Ivan, Javno i privatno pravo: transfer pravnih teorija, Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, god. 44. (3-4), Split, 2007., str. 443.-461.
- 24 O subjektima i objektima imovinskopravnog odnosa vidi više primjerice u Tumbri, Tanja, Uvod u imovinsko pravo, Birotehnika CDO, Zagreb, 1998.
- 25 O karakteristikama stvarnog prava *numerus clausus* vidi više primjerice u Vedriš, Martin i Klarić, Petar Građansko pravo, 3. izmijenjeno i prošireno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 185.
- 26 O neprometnosti pojedinih dobara vidi više primjerice u Dernburg, Henrik, Pandekte, Znanstvena knjižnica što je izdaje Kr. Hrv.-Slav.-Dalm. Zemalj. Vlada odio za bogoštovlje i nastavu, Razdio I, Pravne i državoslovne nauke, svezak V, preveo dr. Lazo Kostić, Naklada Kr. Hrv.-Slav.-Dalm. Zemaljska Vlada, Zagreb, 1900.
- 27 Zanimljivo je ukazati da Ustav RH ne definira opća dobra.
- 28 Poblže vidi u Gavella, Nikola *et al.*, Stvarno pravo - Svezak 1, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 136.-144.
- 29 Stvari u javnom vlasništvu valja razlikovati od općih dobara i dobara od interesa za Republiku Hrvatsku. Vidi više u Sarvan, Desanka, Opća dobra i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku, Pravo i porezi, god. VII, br. 1., 1998., str. 34 -38.
- 30 Poblže vidi u Jug, Jadranko, Zaštita i korištenje nekretnina u pravnom statusu općeg dobra, doktorska radnja, Pravni fakultet u Zagrebu, 2012. godine, str. 11.-32.

nastavku će biti još riječi, a posebno s aspekta onih dobara koja su u vlasništvu JLS.

Kada su u pitanju dobra u vlasništvu JLS onda ih naše pozitivno pravo u ZVDSP posebno ističe na način da izdvaja ta dobra i normira ih u glavi Osobito o vlasništvu Republike Hrvatske i drugih osoba javnog prava, kako slijedi:

„Republika Hrvatska i druge pravne osobe javnoga prava koje su nositelji prava vlasništva imaju kao vlasnici u pravnim odnosima jednak položaj kao i privatni vlasnici, ako zakonom nije što drugo određeno.

Stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske raspolaže, upravlja i koristi se Vlada Republike Hrvatske ili od nje ovlašteno tijelo ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. Ovlaсти za raspolaganje, upravljanje i korištenje stvarima u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave određena propisom o ustrojstvu lokalne i područne (regionalne) samouprave osim ako posebnim zakonom nije drukčije određeno.

Namjenu stvari u vlasništvu Republike Hrvatske određuje zakon ili državno tijelo koje je za to nadležno na temelju zakona.

Svatko ima pravo stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene za uporabu svih (javna dobra u općoj uporabi) služiti se na način koji je radi ostvarenja te namjene odredilo tijelo ili ustanova kojoj su dane na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene, koje njima neposredno upravlja. Ako nije što posebno propisano zakonom, na javna dobra u općoj uporabi na odgovarajući se način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra.

Stvari u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (javna dobra u javnoj uporabi) rabe u skladu s tom namjenom ona tijela i ustanove kojima ih je dalo na upravljanje tijelo nadležno za određivanje namjene, ako ih to tijelo nije zadržalo u svojoj neposrednoj uporabi.

Pravo vlasništva na stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske koje nisu namijenjene za opću ni za javnu uporabu izvršava tijelo nadležno za određivanje namjene, ako to nije povjerilo kojem drugom tijelu, ustanovi ili osobi, a čisti prihod od tih stvari prihod je državnoga proračuna.

Tko god odlučuje o općim dobrima ili o stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske, ili njima upravlja, dužan je postupati kao dobar domaćin i odgovara za to.

*Na pravo vlasništva jedinica lokalne samouprave i jedinica lokalne samouprave i uprave na odgovarajući će se način primjenjivati pravila o vlasništvu Republike Hrvatske, ako nije što drugo određeno zakonom, niti proizlazi iz naravi tih osoba. Isto vrijedi i za pravo vlasništva ustanova, te s njima izjednačenih pravnih osoba.*³¹

Naprijed citirana odredba ZVDSP-a izuzetno je značajna kada je u pitanju upravljanje dobrima (nekretninama - stvarima) u vlasništvu JLS. Iz nje bi smo mogli izlučiti sljedeće važne činjenice:

31 Čl. 35. ZVDSP.

- JLS kao nositelji prava vlasništva (analogno onima u vlasništvu Republike Hrvatske)³² izjednačene su u svom položaju sa svim drugim privatnim vlasnicima, temeljem načela da u Republici Hrvatskoj postoji samo jedna vrsta vlasništva;³³

- ovlasti za raspolaganje, korištenje i upravljanje stvarima u vlasništvu JLS ima izvršna vlast (gradonačelnik, odn. načelnik) uz određena ograničenja u visini proračuna do kojih može samostalno raspolagati, a preko toga samo uz odobrenje gradskog (općinskog) vijeća;

- namjenu pojedinog dobra u vlasništvu JLS određuje zakon ili neposredno čelnik izvršne vlasti;

- javnim dobrima u općoj uporabi u vlasništvu JLS mogu se služiti svi kako to odredi tijelo koje upravlja tim dobrom, a ako nije ništa posebno određeno za ta dobra vrijede pravila kao za opća dobra;

- javna dobra u javnoj upotrebi u vlasništvu JLS služe za neposredno izvršavanje poslova i zadataka JLS ili tijela i ustanova koje ono ovlasti;

- sva druga dobra u vlasništvu JLS koja ne spadaju u javna dobra za opću ili javnu upotrebu, služe po svojoj prirodi JLS-e, a prihodi od tih stvari postaju dio proračuna JLS i

- svako upravljanje bilo kojim dobrom u vlasništvu JLS mora se voditi prema načelima gospodarenja dobrog domaćina.

4. **PODJELA DOBARA U UPRAVNOM PRAVU**

Normama građanskog prava ne mogu se urediti ona najbitnija pitanja javnih dobara kao što su: proglašenje nekog dobra za javno dobro, skidanje statusa javnog dobra, način upotrebe i korištenja javnog dobra, nadzor nad takvim dobrima, kazneno-pravna zaštita itd. Sva ta pitanja reguliraju se normama upravnog prava.³⁴ Postoje dvije glavne škole, odnosno teorije koje određuju javno dobro u upravnom pravu. To su: francuska teorija javnog domena i njemačka teorija javnog dobra.³⁵

32 O „javnom vlasništvu“ vidi više u Josipović, Tatjana, *Stvari u vlasništvu države i drugih osoba javnog prava (javno vlasništvo)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22, br. 1., 2001., str. 95.-155.

33 Čl. 1. st. 2. ZVDSP. Prema odredbi članka 1. stavak 1. ZVDSP-a nositelj prava vlasništva može biti svaka fizička i pravna osoba. Svaka fizička osoba kao i svaki drugi oblik kojem pravni poredak priznaje pravnu osobnost mogu biti nositelji vlasništva na bilo kojoj stvari na kojoj može postojati pravo vlasništva. Poblize vidi u Gavella, Nikola *et. al.*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998., str. 97. Vlasništvo pravnih osoba javnog prava naziva se i javno vlasništvo. Valja ukazati da se javno vlasništvo po svom predmetu i sadržaju ne razlikuje od vlasništva privatnopravnih subjekata. Pravni se položaj javnopravnih vlasnika od privatnih razlikuje samo ukoliko je to posebnim zakonom određeno.

34 O upravnom pravu i posebice o dualizmu javnog i privatnog prava vidi više u Krbeč, Ivo, *Upravno pravo FNRJ – I knjiga*, Izdanje BIRO-a za izradu obrazaca izdavačko-štampanjskog preduzeća, Beograd, 1955., str. 108.-123., a o razvoju državne uprave i samouprave u Hrvatskoj kroz povijest vidi primjerice u Žigrović-Pretočki, Ivan, *Upravno pravo kraljevina Hrvatske i Slavonije s obzirom na Ustav, Vlastita naklada*, Tisak Lav. Weissa u Bjelovaru, 1911.

35 Vidi primjerice Borković, Ivo, *Javno dobro (domaine public)* u francuskoj teoriji upravnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god.40., br. 3.-4. (71-72), str. 219.-233.

Kada govorimo o upravljanju dobrima u vlasništvu JLS razvidno je da se tu miješaju norme iz dvije grane prava i to: iz građanskog prava i upravnog prava.³⁶ U upravnom pravu prevladavaju *kogentne* norme, a u građanskom *dispozitivne*. U ovisnosti kojim dobrom JLS upravlja jedne ili druge norme dobivaju prednost u primjeni.

Upravno pravo također uređuje neke od imovinskih odnosa, iako oni primarno spadaju u građansko pravo. Ovo zadiranje može biti:

a) relativno samostalno i cjelovito, primjerice uređivanja pravnog režima dobara u općoj uporabi, izvlaštenje itd.

b) djelomično, kao što su razna ograničenja slobode ugovaranja ili ograničenja prometa određenim vrstama stvari itd.

U upravno pravnom smislu dobra se dijele na javna dobra, u vlasništvu nekog javnopravnog tijela, koja su pretežni cilj izučavanja upravnog prava, ali i na individualna dobra, koja pripadaju pojedinim privatnim vlasnicima, ali na njih upravno pravo ima određene posljedice u ime višeg zajedničkog javnog interesa. Ovaj javni interes možemo definirati kao interes najvećeg broja pojedinaca u društvu koji u sebi apsorbira ne samo konkretnu materijalnu gospodarsku korist, nego i proklamirani održivi razvoj društva uz primjenu svih nužnih mjera zaštite prirode i poštivanje ekoloških mjera i zakona.

U javna dobra u upravno-pravnom smislu spadaju: opća dobra, javna dobra u općoj upotrebi i javna dobra u javnoj upotrebi.

Dobra opće upotrebe mogu se podijeliti:³⁷

a) s obzirom na objekt

- zemljišno dobro (javni putovi, ceste, mostovi, trgovi, parkovi, groblja itd.);
- vodno dobro³⁸ (vode, vodotoci, more i morska obala);
- pomorsko dobro (kopneni dio pomorskog dobra, morski dio pomorskog dobra, morsko dno, morsko podzemlje, luke, pristaništa, sidrišta itd.) i
- zračno dobro,

b) prema načinu nastanka

- javna dobra nastala prirodnim putem (rijeke, mora, jezera, zrak i sl.);
- javna dobra nastala ljudskim djelovanjem (pristaništa, ceste itd.),

c) prema namjeni

- dobra u općoj uporabi (voda, more, zrak);
- dobra namijenjena pojedinim subjektima (vojne luke, civilni aerodrom, sportska luka itd.),

ili Borković, Ivo, *Upravno pravo*, 2. izdanje, Informator, Izdavačka kuća, Zagreb, 1984., str. 505.-509.

36 O razlici između upravno-pravnog i građansko-pravnog odnosa vidi primjerice u Festić, Ibrahim, *Upravno pravo*, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 1974., str. 169.

37 Podjela preuzeta prema Borković, Ivo, *Upravno pravo*, 6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1997., str. 546.-551.

38 O vodnom dobru vidi više Brežanski, Jasna, *Vode i vodno dobro* (neka pitanja pravnog uređenja), Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 22., br. 1., 2001., str. 471.-503. ili Šimunović, Ivan, *Vodno dobro*, Informator – male stranice, br. 4497, 12.4.1997.

d) prema okolnosti mogu li biti u vlasništvu

- dobra izvan pravnog prometa (pomorsko dobro, oružje, otrovi itd.);
- dobra u pravnom prometu (sva ostala dobra, a tu spadaju i javna dobra u općoj upotrebi i javna dobra u javnoj upotrebi).

Kada je u pitanju javno dobro pitanja koja se nameću kao bitna za razumijevanje, a na koja odgovore daje upravno pravo su: način upravljanja javnim dobrom, proglašenje postanka i prestanka javnog dobra, razgraničenje javnog dobra od drugih dobara, korištenje javnih dobara, nadzor nad javnim dobrima, evidencija javnih dobara i zaštita javnih dobara.³⁹

S obzirom na naslov rada u nastavku teksta autori će se susresti samo dijelom s odgovorima na naznačena pitanja budući da je fokus rada na dobrima u vlasništvu JLS.

5. POJEDINE VRSTE DOBARA

ZVDSP određuje da u Republici Hrvatskoj postoji samo jedna vrsta vlasništva.⁴⁰ Svaki vlasnik ima svoja vlasnička prava, ali i određena ograničenja prava vlasništva koja idu u smjeru da:

- vlasnik ne smije svoje pravo koristiti s ciljem da drugome šteti ili da mu smeta u vršenju njegovog prava,
- vlasnik ne smije braniti tuđi zahvat na svojoj stvari ako je taj zahvat nužan radi otklanjanja štete koja nekome prijeti, a ujedno je veća od štete nastale za vlasnika i
- vlasnik nije ovlašten braniti tuđe zahvate na svojoj stvari na određenoj visini ili dubini gdje on nema nikakvog opravdanog interesa da ih isključi.⁴¹

Pored ovih općih ograničenja prava vlasništva postoje i posebna ograničenja prava vlasništva koja se odnose na to da vlasnik ne smije izvršavati svoje pravo vlasništva ako to zahtijevaju na temelju zakona zasnovane, potrebe zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi.^{42 43}

Sva dobra možemo podijeliti na: opća dobra,⁴⁴ javna dobra⁴⁵ i individualna dobra.

39 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, 6., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1997., str. 551.-557.

40 Čl. 1. st. 2. ZVDSP.

41 Čl. 31. ZVDSP.

42 Čl. 32. ZVDSP.

43 O pravu vlasništva uopće i posebice o ograničenjima prava vlasništva vidi više u Gavela, Nikola *et.al.*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998, str. 259.-319.

44 O općim dobrima i problemima njihove evidencije vidi više u Kontrec, Damir, *Opća i javna dobra – opis u zemljišne knjige (putovi do sređenih zemljišnih knjiga)*, *Nekretnine i komunalno gospodarstvo*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 17.-37.

45 O razlici općih i javnih dobara u općoj uporabi vidi više u Jug, Jadranko, *Opća dobra i javna dobra u općoj uporabi – dvojbe i prijedlozi*, *Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra*, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 34.-54.

Pod javnim dobrima u upravnompravnom smislu podrazumijevamo: opća dobra, javna dobra u općoj upotrebi, javna dobra u javnoj upotrebi i dobra od interesa za Republiku Hrvatsku.

Opće dobro⁴⁶ je ono dobro koje nije sposobno biti objektom prava vlasništva niti drugih stvarnih prava i to zbog svojih naravnih osobina ili mu odredbe nekog zakona određuju takav status (atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru, te morska obala). Kako opća dobra nisu predmet našeg proučavanja u ovom radu dovoljno je reći da su ona na raspolaganju za upotrebu svim ljudima (opća upotreba) i da njima redovito upravlja javna vlast odnosno za to određena tijela javne vlasti.⁴⁷ Opća dobra se razlikuju od javnih dobara i od dobara od interesa za Republiku Hrvatsku.

Od općih dobara treba razlikovati dobra od interesa za Republiku Hrvatsku. U članku 52. Ustava Republike Hrvatske⁴⁸ određeno je da:

„More, morska obala i otoci, vode, zračni prostor, rudno blago i druga prirodna bogatstva, ali i zemljište, šume, biljni i životinjski svijet, drugi dijelovi prirode, nekretnine i stvari od osobitog kulturnoga, povijesnoga, gospodarskog i ekološkog značenja, za koje je zakonom određeno da su od interesa za Republiku Hrvatsku, imaju njezinu osobitu zaštitu.

Zakonom se određuje način na koji dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati ovlaštenici prava na njima i vlasnici, te naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti.“

Dakle dobra od interesa za Republiku Hrvatsku su ona dobra (opća dobra, javna dobra u općoj uporabi, javna dobra u javnoj uporabi i stvari u običnom stvarnompravnom režimu) koja su takav status dobila taksativnim navođenjem u članku 52. Ustava Republike Hrvatske ili im je neki zakon odredio takav status.⁴⁹

46 O pravnom statusu općeg dobra vidi više u Jug, Jadranko, *Pravni status općih dobara, Nekretnine u pravnom prometu*, VII savjetovanje, Inženjerski biro, Zagreb, 2004.

47 Treba napomenuti da opće dobro u cjelini ne može biti u pravnom prometu ali jedan njegov dio pod određenim uvjetima to može postati. Vidi tako Gavella, Nikola, *O stjecanju vlasništva prisvajanjem morskih riba i drugih morskih organizama*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, br. 58. (1-2), 2008., str. 113.-134.

48 Ustav Republike Hrvatske, (Narodne novine, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01., 55/01., 76/10. i 85/10). Stvari posebnim zakonom određene kao dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu biti opća dobra kao i stvari na kojima mogu postojati vlasništvo i druga stvarna prava (članak 4. stavak 1. ZVDSP). Neke stvari su proglašene dobrima od interesa za Republiku Hrvatsku neovisno o tome jesu li u privatnom ili javnom vlasništvu, kao primjerice šume i šumsko zemljište - Zakon o šumama (Narodne novine, br. 140/05., 82/06., 129/08., 80/10., 124/10., 25/12. i 68/12.), poljoprivredno zemljište - Zakon o poljoprivrednom zemljištu (Narodne novine, br. 152/08., 25/09., 153/09., 21/10., 90/10., 124/10., 39/11. i 61/11.), divljač - Zakon o lovstvu (Narodne novine, RH br. 140/05., 75/09. i 153/09), kulturna dobra - Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (Narodne novine, br. 66/99., 151/03., 157/03., 100/04., 87/09., 88/10., 61/11., 25/12. 136/12), zračne luke - Zakon o zračnim lukama (Narodne novine, br. 19/98 i 14/11), zaštićeni dijelovi prirode - Zakon o zaštiti prirode (Narodne novine, br. 70/05., 139/08. i 57/11.) i sl. Moguće je da stvari od interesa za Republiku Hrvatsku budu u vlasništvu privatnih osoba i u vlasništvu javnopravnih osoba.

49 Vidi čl. 4. ZVDSP.

To su dobra koja zbog svojih posebnih svojstava, koja nisu određena njihovom pravnom prometnošću, imaju poseban režim korištenja, raspolaganja i uporabe, a taj poseban režim, odnosno ograničenja nametnula je svojim autoritetom država. U slučaju eventualnog ograničavanja prava vlasništva nad dobrom od interesa za Republiku Hrvatsku, vlasnik ima pravo na primjerenu naknadu.

Za svako dobro od interesa za Republiku Hrvatsku koje ima njenu osobitu zaštitu ona je propisana u posebnom zakonu koji regulira i sam status dobra od interesa za Republiku Hrvatsku i njegovu zaštitu.

O javnim dobrima u općoj upotrebi i javnim dobrima u javnoj upotrebi i njihovim upravljanjem od strane JLS bit će u nastavku više riječi. Bitno je naglasiti da su to dobra koja su u pravnom prometu i u vlasništvu su nekog javnopravnog tijela.^{50 51}

Kada je riječ o javnim dobrima u upravno-pravnom smislu ona nastaju:

a) prirodnim putem (prirodna javna dobra) – njihov je nastanak posljedica djelovanja prirode, a svojstvo javnog dobra imaju radi svojih prirodnih osobina (*rijeke, mora, jezera, zrak* i sl.).

b) umjetnim putem - ljudskim djelovanjem (umjetna javna dobra) – njihov je nastanak posljedica donošenja posebnog pravnog akta (općeg ili pojedinačnog) (*pristaništa, ceste* itd.).

Akti kojima se proglašavaju postanak ili prestanak javnog dobra mogu biti:

a) deklaratorni akti – kojima se samo utvrđuje da je neko dobro javno dobro (npr. odluka o zaštiti izvora vode kao javnog dobra isl.) i

b) konstitutivni akti – kojima se nekom dobru dodjeljuje status javnog dobra (npr. odluka da se neka cesta proglasi javnom cestom, odluka da se neka šuma proglašava park šumom, odluka o proglašenju granice pomorskog dobra itd.).⁵²

Javna dobra prestaju slično kao što i nastaju:

a) prirodnim putem – (primjerice isušio se potok, cesta je nestala uslijed odrona isl.), doneseni akt o ovoj činjenici bi bio deklaratorni akt,

b) umjetnim putem – posebnim aktom kojeg u pravilu donosi isto tijelo koje je donijelo i akt o postajanju nekog dobra javnim dobrom (primjerice skida se status javnog dobra neke ceste, dodjela javnog dobra parka zdravstvenoj ustanovi itd.) Doneseni akt o ovoj činjenici je konstitutivni akt.

50 Više o razlici između općih dobara, dobara od interesa za RH i javnih dobara vidi u Gavella, Nikola *et.al.* Stvarno pravo – Svezak prvi, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 136.-144.

51 O uknjižbi javnih dobara u zemljišne knjige vidi više Nakić, Jakob, Uknjižba vlasništva Republike Hrvatske na javnom vodnom dobru, Informator – male stranice, Informator, br. 5521., veljače 2007. ili Jug, Jadranko, Uknjižba stvarnih prava na Republiku Hrvatsku, općeg dobra, s posebnim osvrtom na pomorsko i javno vodno dobro, Uloga i ovlasti pravobraniteljstva glede određenih nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske i općih dobara uz osvrt na neke obveznopravne odnose, Inženjerski biro, Zagreb, 2000., str. 55.-78.

52 O razlici konstitutivnih i deklaratornih akata vidi više u Krbek, Ivo, Pravo jugoslavenske javne uprave – III knjiga Funkcioniranje u upravni spor, Birotehnički izdavački zavod, Izdavačko knjižarsko poduzeće, Zagreb, 1962., str. 12.-21.

Termin individualno dobro upotrebljavamo u ovom radu u smislu svih onih dobara koja mogu i jesu u vlasništvu JLS, a ne spadaju u javno dobro u općoj ili javnoj upotrebi.

6. ŠTO JE UPRAVLJANJE ?

Upravljanje bi možemo definirati kao sveobuhvatno djelovanje pojedinca ili grupe ljudi koje je usmjereno na učinkovito, efikasno i proaktivno djelovanje, prema određenom objektu kojim se upravlja, u cilju postizanja određenih rezultata i vrijednosti, koji se temelje na duboko promišljenim parametrima zadanim zbog potrebe za optimalizacijom korisnosti (u svakom smislu te riječi) uz što manje negativnih posljedica koje upravljanje takvim objektom može donijeti sa sobom.

Analizom gornje definicije upravljanja mogli bi smo izlučiti određene dijelove upravljanja, a to su kompletna skrb:

- a) o načinu upotrebe nekog dobra,
- b) o načinu korištenja nekog dobra,
- c) o održavanju nekog dobra,
- d) o zaštiti nekog dobra.

Dakle bit upravljanja je u tomu da se radi o sveobuhvatnoj skrbi o nekom dobru koja podrazumijeva da se onaj koji skrbi o dobru, mora brinuti o svim segmentima upravljanja, od samog očuvanja dobra, odnosno stvari, pa sve do postizanja svrhe koju ta stvar mora polučiti za korisnika. Čime se upravlja ovisi o tomu radi li se o nekom precizno definiranom području ili o nekoj pojedinačnoj stvari,⁵³ ali pored toga može se upravljati i nekom organizacijom,⁵⁴ procesom,⁵⁵ subjektivnom⁵⁶ ili objektivnom pojavom⁵⁷ itd.

U hrvatskom jeziku se odomaćila jedna engleska riječ koja upravljanje naziva „*menadžment*“. Menadžment je najjednostavnije rečeno posao i djelatnost menadžera.⁵⁸ Postoje razne definicije menadžmenta koje u sebi obuhvaćaju manji ili veći broj sastavnih dijelova, a jedna od njih je i ova „*Menadžment je znanstvena disciplina čija je svrha postići kako na najracionalniji način upravljati*

53 Vidi primjerice Cerić, Anita i Katavić, Mariza, *Upravljanje održavanjem zgrada*, Građevinar, 53(2000) 2, Hrvatski savez građevinskih inženjera, Zagreb 2000., str. 83.-89.

54 O imovini JLS i JR(P)S vidi i Bertović, Hrvoje, Kaganova, Olga i Rutledge, John, *Priručnik za upravljanje imovinom u jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave*, The Urban Institute Zagreb, Savez Udruge gradova i Udruge općina Republike Hrvatske, Zagreb 2004.

55 Vidi Kovačić, Marinko, *Upravljanje poslovnim procesima*, Novi informator br. 5863., Zagreb, 2010., str. 5.-7.

56 Vidi Priručnik za upravljanje intelektualnim kapitalom u tvrtkama – III dopunjeno izdanje, HGK Zajednica za unapređivanje intelektualnog kapitala, Zagreb, studeni 2004.

57 O upravljanju financijama vidi više u Van Horne, James C. i Wachowicz, John M. Jr., *Osnove financijskog menadžmenta – Deveto izdanje*, Nakladnička kuća Mate, d.o.o., Zagreb, 2002.

58 „*Menadžment – posao i djelatnost menadžera*“, Anić, Vladimir, *Rječnik hrvatskog jezika*, 3. prošireno izdanje, Novi liber, Zagreb, 2000., str. 527.

društvenim odnosno privatnim sredstvima u okviru specifično društveno-političkog uređenja i ekonomskog položaja neke zemlje; praksa i proces vođenja poduzeća, organizacije i sl.; svi oni koji vode poduzeće, upravljački tim.“⁵⁹ Ako bismo tako definirali menadžment onda u okviru jednog poduzeća možemo također reći da je: „Menadžer⁶⁰ - stručni voditelj i organizator koji svojom kreativnošću i idejama upravlja poduzećem.“^{61 62} Menadžment je definitivno proces koji u sebi apsorbira više funkcija od kojih su najvažnije sljedeće: planiranje, organiziranje, kadrovanje, vođenje i kontroliranje.

No pored riječi „management“ u engleskom jeziku postoji i riječ „governance“ koji bi se mogao prevesti kao javno upravljanje i „steering“ koji bi se metaforički mogao prevesti kao kormilarenje i oba se termina upotrebljavaju u značenju upravljanje.⁶³

Upravljanje se također moglo odrediti kao djelatnost koordinacije, vođenja i usmjeravanja u ostvarivanju određenog zadanog cilja. Tako upravljanje definira Pusić „Upravljanje je kontinuirana djelatnost povezivanja više ljudi u akciji na obavljanju nekih društvenih poslova. Djelatnost upravljanja teče u okviru sistema pravila kojima su, s jedne strane, utvrđeni njezini postupci, a s druge strane, određeni interesi kojima treba da služi.“⁶⁴

Kao segmente upravljanja imovinom u vlasništvu JLS možemo izdvojiti: evidenciju imovine, održavanje imovine, unaprjeđenje imovine, brigu o zaštiti imovine, brigu o upotrebi imovine i brigu o ekonomskoj dobiti za proračun JLS od imovine.

Kad je riječ o evidenciji imovine u sklopu segmenata upravljanja onda se tu radi o *conditio sine qua non* da bi se uopće moglo nekom imovinom upravljati. Dakle to je preduvjet koji zahtijeva precizno i točno utvrđenu imovinu koja je na adekvatan način zavedena u poslovnim knjigama i kao takvoj je određena početna vrijednost. O ovome će biti više riječi u zaključku ovog rada.

Održavanje znači upravljanje koje je usmjereno k tomu da se održava optimalno svojstvo pojedine imovine JLS u cilju da zadovoljava one potrebe građana, koje joj je namijenio bilo neki pozitivni pravni propis, bilo autonomna odluka zakonskog upravitelja.

59 Hrvatski enciklopedijski rječnik, Novi liber, Zagreb 2002., str. 729.

60 O menadžerima u Hrvatskoj vidi više npr. u: Profil hrvatskog menadžera – istraživanje časopisa Poslovni savjetnik i konzultantske kuće Proago, Centar za management i savjetovanje d.o.o., Zagreb 2008.

61 Anić, Vladimir, Rječnik hrvatskog jezika, 3. prošireno izdanje, Novi liber, Zagreb 2000., str. 527.

62 Postoji još cijeli niz definicija menadžera kao npr. *Menadžer (engl. manager) nadzornik pozornice, redatelj, režiser; tehnički upravitelj ili direktor u engleskim tvornicama; poslovođa, priređivač npr. neke sportske utakmice, javne priredbe i sl.*, Anić, Šime, Klaić, Nikola i Domović, Želimir, Rječnik stranih riječi, Tuđice, posuđenice, izrazi, kratice i fraze, Sani-Plus, Zagreb 2002., str. 872.

63 Vidi više o razlikovanju tih izraza u Petak, Zdravko, Dimenzije javnih politika i javno upravljanje, Politička misao, Vol. 45, No. 2., Fakultet političkih znanosti, 2008., str. 9. -26.

64 Pusić, Eugen, Nauka o upravi – uvodna pitanja, uprava u društvu, uprava kao ljudska djelatnost, Knjiga I, IV dopunjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 1973., str. 9.

Kada govorimo o unaprjeđenju nekog dobra u vlasništvu JLS onda se može govoriti o kvalitativnom ili kvantitativnom unaprjeđenju. Tako primjerice kada govorimo o kvalitativnom unaprjeđenju, neka imovina može se oplemeniti na način da joj se podigne vrijednost koja ne mora biti samo financijska nego primjerice može biti uporabna. O kvantitativnom unaprjeđenju govorimo kada se je imovina na bilo koji način uvećala bilo da je povećan broj jedinica imovine ili je povećana njena sveukupna vrijednost.

Briga o zaštiti bi spadala u redovnu djelatnost upravljanja. U tu zaštitu bi osim redovnog održavanja spadala recimo i skrb o osiguranju imovine od nepredviđenih događaja koji mogu nanijeti štetu dobru u vlasništvu JLS.

Kod redovne upotrebe upravljanje usmjereno k tome da se imovina održi u onom stanju koje je nužno za djelovanje JLS ili nekog drugog legitimnog korisnika. Ova upotreba je primarna kod dobara u vlasništvu JLS tako da je ovaj segment upravljanja i jedan od najvažnijih i najuočljivijih.

No pored redovne upotrebe ponekad postoji potreba, koja je čak i poželjna zbog više razloga, da se imovina u vlasništvu JLS gospodarski koristi, odnosno da stvara novu vrijednost (financijsku), koja se onda upotrebljava za zadovoljavanje drugih javnih potreba i interesa.

Bez obzira o kojem segmentu upravljanja je riječ dobrima u vlasništvu JLS treba se upravljati s pažnjom dobrog gospodarstvenika, ali poštujući posebne norme pozitivnih propisa koje uređuju posebnu vrstu upravljanja. Takvi su propisi primjerice:

- Zakon o upravljanju državnom imovinom,⁶⁵
- Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora,⁶⁶
- Zakon o vodama,⁶⁷
- Zakon o šumama,⁶⁸
- Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama⁶⁹ itd.

Cilj upravljanja svim dobrima, pa tako i onim dobrima koji su u vlasništvu JLS treba biti **održivi razvitak**.⁷⁰

65 Zakon o upravljanju državnom imovinom (Narodne novine, br. 145/10. i 70/12).

66 Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora (Narodne novine, br. 125/11).

67 Zakon o vodama (Narodne novine, br. 153/09).

68 Zakon o šumama (Narodne novine, br. 140/05., 82/06., 129/08., 80/10., 124/10., 25/12. i 68/12.).

69 Zakon o pomorskom dobru i morskim lukama (Narodne novine, br. 158/03., 100/04., 141/06. i 38/09.).

70 Odgovor na pitanje što je održivi razvoj najbolje daje definicija iz uvoda Strategije održivog razvitka Republike Hrvatske (Narodne novine, RH br. 30/09.) koja glasi: „*Održivi razvitak je razvitak koji zadovoljava potrebe današnjice, a pritom ne ugrožava potrebe budućih generacija. Održivi razvitak ostvaruje ravnotežu između zahtjeva za unapređivanjem kakvoće života (ekonomska sastavnica), za ostvarivanjem socijalne dobrobiti i mira za sve (socijalna sastavnica) te zahtjeva za očuvanjem sastavnica okoliša kao prirodnog dobra o kojima ovise i sadašnja i buduće generacije. Poštivanje načela demokracije, ravnopravnosti spolova, socijalne pravde i solidarnosti, zakonitosti, poštivanje prava čovjeka te očuvanje prirodnih dobara, kulturne baštine i čovjekova okoliša pridonose očuvanju Zemlje za održavanje*

Održivi razvitak bi bio onaj koji donosi gospodarske dobrobiti današnjoj populaciji pri čemu se izuzetno pazi na ekologiju i zaštitu javnih i inih dobara kako bi oni bili dostupni i u budućnosti budućoj populaciji ljudi.

Upravljanje javnim dobrima i dobrima u vlasništvu JLS jedan je složeni proces u okviru poslova i zadataka javne uprave, radi ima ostvarivanje određenih dobrobiti za cjelokupnu zajednicu, pri čemu se treba u tom upravljanju primjenjivati integralni princip sinergije zahtjeva gospodarstva, zaštite okoliša i javnog interesa, a uz poštivanje načelo održivog razvoja kao svog primarnog cilja.

7. UPRAVLJANJE OD STRANE JLS JAVNIM DOBRIMA U OPĆOJ UPOTREBI

JLS imaju svoju vrlo aktivnu ulogu u upravljanju općim dobrima, ali budući da su to dobra koja nisu u režimu vlasništva ona nisu u fokusu razmatranja teme ovog rada.⁷¹

Za razliku od općih dobara javna dobra su ona koja su u režimu vlasništva i mogu biti u pravnom prometu. Isto tako za razliku od privatnih dobara koja su u vlasništvu fizičkih ili pravnih osoba, javna dobra su u vlasništvu države ili nekog drugog javnopravnog tijela.

Javna dobra u općoj uporabi su dobra u vlasništvu države ili nekog javnopravnog tijela, a koja su namijenjena za uporabu svih ljudi. To su: parkovi, javne ceste, željeznička infrastruktura itd.

Članak 35. stavak 4. ZVDSF-a određuje da: „Svatko ima pravo stvarima u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene za uporabu svih (javna dobra u općoj uporabi) služiti se na način koji je radi ostvarenja te namjene odredilo tijelo ili ustanova kojoj su dane na upravljanje, odnosno tijelo nadležno za određivanje namjene, koje njima neposredno upravlja. Ako nije što posebno propisano zakonom, na javna dobra u općoj uporabi na odgovarajući se način primjenjuju pravila koja vrijede za opća dobra.“

Kao najbolji primjer upravljanja javnim dobrima u općoj uporabi od strane JLS možemo navesti upravljanje nerazvrstanim cestama. Naime javne ceste su sve do 2009. bile u statusu općeg dobra sa svim implikacijama koje taj status sa sobom nosi.⁷² Tek donošenjem novog Zakona o javnim cestama,⁷³ one su dobile status javnog dobra u općoj upotrebi. Trenutno je na snazi Zakon o cestama iz 2011.⁷⁴ koji

života u svojoj raznolikosti. Na taj se način održivi razvitak ostvaruje kroz dinamično gospodarstvo s punom zaposlenošću, ekonomsku, socijalnu i teritorijalnu koheziju, visok stupanj obrazovanosti građana, visok stupanj zaštite zdravlja i očuvanje okoliša.“

71 O upravljanju općim dobrima od strane JLS vidi više, primjerice, Seršić, Vanja, Upravljanje pomorskim dobrom *de lege ferenda*, XXVII savjetovanje Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 19., Organizator, Zagreb, 2012., str. 485.-497.

72 O statusu javnih cesta u povijesti vidi Kale, Boris, Pravni status javne ceste, Pravni fakultet Split i Književni krug, Split, 1988.

73 Zakon o javnim cestama (Narodne novine, br. 135/09).

74 Zakon o cestama (Narodne novine, br. 84/11) – dalje u tekstu ZOC 11.

većim dijelom regulira upravljanje cestama od strane države i JPRS kroz njihove specijalizirane tvrtke Hrvatske autoceste, Hrvatske ceste i Županijske ceste isl.

Kada su u pitanju JLS (općine i gradovi) njima su u vlasništvo dane nerazvrstane ceste. Nerazvrstane ceste⁷⁵ su one koje se koriste za promet vozilima i koje svatko može slobodno koristiti, a tu spadaju: ceste koje su na području gradova s više od 35.000 stanovnika te gradova koji su sjedišta županija bile razvrstane u javne ceste Odlukom o razvrstavanju javnih cesta u državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste,⁷⁶ (koje su to konkretno ceste odlukom određuje nadležni ministar i njihov popis se objavljuje u Narodnim novinama), ceste koje povezuju naselja, ceste koje povezuju područja unutar gradova i naselja, terminali i okretišta vozila javnog prijevoza, pristupne ceste do stambenih, poslovnih, gospodarskih i drugih građevina te druge ceste na području naselja i gradova. ZOC 11 nadalje određuje koji su to sve dijelovi nerazvrstane ceste, a glede pravnog statusa nerazvrstanih cesta određuje da su one „javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalazi.“⁷⁷

Nadalje ZOC 11 određuje:

“Nerazvrstana cesta se ne može otuđiti iz vlasništva jedinice lokalne samouprave niti se na njoj mogu stjecati stvarna prava, osim prava služnosti i prava građenja radi građenja građevina sukladno odluci izvršnog tijela jedinice lokalne samouprave, pod uvjetom da ne ometaju odvijanje prometa i održavanje nerazvrstane ceste.

Dio nerazvrstane ceste namijenjen pješacima (nogostup i slično) može se dati u zakup sukladno posebnim propisima, ako se time ne ometa odvijanje prometa, sigurnost kretanja pješaka i održavanje nerazvrstane ceste.

Nekretnina koja je izvlaštenjem, pravnim poslom ili na drugi način postala vlasništvo jedinice lokalne samouprave, a lokacijskom dozvolom je predviđena za građenje nerazvrstane ceste, ne može se otuđiti.“

Upis nerazvrstanih cesta također spada u posao kojim se trebaju brinuti JLS.⁷⁸ Jedan od važnijih poslova je i eventualno skidanje statusa javnog dobra na nekoj nerazvrstanoj cesti pri čemu se mijenja status ceste iz javnog dobra u općoj upotrebi u status individualnog dobra u vlasništvu JLS.

Nerazvrstanim cestama na svom području upravlja JLS neposredno obično putem svog odjela za komunalne poslove ili posredno putem neke pravne osobe koju je ovlastila za upravljanje, a obično su to javna trgovačka društva u vlasništvu JLS koja su zadužena za bavljenje komunalnom problematikom.⁷⁹ JLS ili to društvo imaju pravo provoditi postupak izvlaštenja radi izgradnje, rekonstrukcije i

75 Čl. 98. ZOC 11.

76 Odluka o razvrstavanju javnih cesta u državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste (Narodne novine RH br. 54/08., 122/08., 13/09., 104/09. i 17/10.).

77 Čl. 101. st. 1. ZOC 11.

78 Vidi više Nakić, Jakob, Puh, Aleksandar, Evidentiranje javnih cesta, Nekretnine, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 49.-113.

79 Čl. 107. st. 2. ZOC 11.

održavanja nerazvrstane ceste, a to izvlaštenje se provodi jer je u interesu Republike Hrvatske.

Upravljanje, građenje i održavanje nerazvrstanih cesta obavlja se na način propisan za obavljanje komunalnih djelatnosti sukladno propisima kojima se uređuje komunalno gospodarstvo, ako Zakonom o cestama nije propisano drukčije. JLS vodi jedinstvenu bazu podataka o nerazvrstanim cestama na svom području, a sadržaj i način vođenja jedinstvene baze podataka o nerazvrstanim cestama propisuje ministar nadležan za promet uz suglasnost ministra nadležnog za poslove komunalnog gospodarstva.

Kada je u pitanju zaštita nerazvrstanih cesta, JLS uređuje vrste, opseg i rokove izvođenja radova redovitog i izvanrednog održavanja nerazvrstanih cesta te kontrolu i nadzor nad izvođenjem tih radova te propisuje prekršajne odredbe. U okviru toga, primjerice, JLS daju dozvolu za izvanredni prijevoz.

Dakle na primjeru upravljanja nerazvrstanim cestama vidi se količina skrbi koju JLS mora posvetiti održavanju, unaprjeđenju, korištenju i zaštiti tog javnog dobra u općoj uporabi. Sav taj angažman mora pratiti i adekvatna financijska podrška koja se planira u proračunu svake JLS, ali dolazi i od sredstava proračuna JPRS i države.

Na sličan način možemo opisati i upravljanje JLS recimo nekim gradskim parkom uz određene specifičnosti i primjenu propisa koji se odnose na tu materiju.⁸⁰

8. UPRAVLJANJE OD STRANE JLS JAVNIM DOBRIMA U JAVNOJ UPOTREBI

Za razliku od javnih dobara u općoj upotrebi javna dobra u javnoj upotrebi nisu dostupna neograničenom broju subjekata na uporabu.

To su dobra koja služe za neposredno izvršavanje dužnosti Republike Hrvatske ili u našem primjeru JLS, koji se očituje u radu njezinih tijela i ustanova. Kada je u pitanju Republika Hrvatska to bi bili na primjer: nekretnine i pokretnine u vlasništvu Republike Hrvatske, kao što su rezidencije, upravne zgrade, vojni objekti, državni zrakoplovi, službeni automobili i sl.

Članak 35. stavak 5. ZVDSP-a određuje da: „*Stvari u vlasništvu Republike Hrvatske koje su namijenjene neposrednom izvršavanju prava i dužnosti Republike Hrvatske, njezinih tijela i ustanova (javna dobra u javnoj uporabi) rabe u skladu s tom namjenom ona tijela i ustanove kojima ih je dalo na upravljanje tijelo nadležno za određivanje namjene, ako ih to tijelo nije zadržalo u svojoj neposrednoj uporabi.*“

Analogno naprijed navedenom u javna dobra u javnoj upotrebi koja su u vlasništvu JLS spadale bi: zgrade u kojima se nalaze poslovni prostori u kojima rade tijela JLS, poslovni prostori koji se ne iznajmljuju na tržištu nego služe za

⁸⁰ O korištenju javnih dobara vidi također Aviani, Damir, Zasebno korištenje opće-uporabljivih dobara u Hrvatskoj: dometi i ograničenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu, god. 46., br. 1., 2009., str. 123.-150.

rad i djelatnost nekih korisnika proračuna JLS (razne udruge, ustanove koje su osnovale JLS, političke stranke isl.), javne površine koje nisu prvenstveno u funkciji ostvarenja prihoda nego služe za upotrebu većeg broja građana (fontane, razni cvjetnjaci, zelene površine i sl.) te pokretne stvari potrebne za rad JLS (službeni automobili isl.)

Za upravljanje ovim dobrima karakteristično je da se o njima treba brinuti na način da trebaju ostvarivati funkciju za koju su namijenjeni (primjerice da poslovni prostor služi za rad tijela lokalne samouprave). Taj period treba biti što duži, a treba težiti tome da bude permanentan, što naravno implicira da se pri tome treba truditi da ih treba održavati u što boljem stanju i da pri tome ta dobra ne moraju primarno služiti za ostvarivanje neke materijalne koristi za JLS. To znači da se ovdje neposredno primjenjuje načelo pažnje dobrog gospodarstvenika koje mora biti osigurač upravljanja u najširem javnom interesu.

Ova dobra u sklopu te brige moraju biti redovno servisirana, moraju se ulagati sredstva u njihovu amortizaciju, te se posebno mora voditi računa o osiguranju od nezgode ili nekog drugog mogućeg nepovoljnog utjecaja na samo dobro.

9. UPRAVLJANJE JLS-A INDIVIDUALNIM DOBRIMA U NJIHOVOM VLASNIŠTVU

Kada se radi o individualnim dobrima u vlasništvu JLS onda su to sva ona dobra koja ne spadaju u javna dobra u općoj upotrebi u vlasništvu JLS i javna dobra u javnoj upotrebi u vlasništvu JLS.

Tu bi spadali: zemljišta u vlasništvu JLS (građevinska ili poljoprivredna), poslovni prostori koji se daju u zakup na tržištu, stanovi koji se iznajmljuju kroz slobodnu najamninu itd. Za razliku od individualnih vlasnika koji se rukovode samo svojim interesom JLS se mora rukovoditi javnim interesom pa ima neka ograničenja propisana u ZVDSP koju drugi titulari prava vlasništva nemaju.

Tako je u ZVDSP, poglavlju koje govori o raspolaganju imovinom u vlasništvu JLS, čl. 391. određeno:

„Nekretninu u vlasništvu jedinica lokalne samouprave i jedinica područne (regionalne) samouprave tijela nadležna za njihovo raspolaganje mogu otuđiti ili njome na drugi način raspolagati samo na osnovi javnog natječaja i uz naknadu utvrđenu po tržišnoj cijeni, ako zakonom nije drukčije određeno.

Odredbe stavka 1. ovoga članka ne odnose se na slučajeve kad pravo vlasništva na nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, stječu Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, te pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno pravne osobe u vlasništvu ili pretežitom vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ako je to u interesu i cilju općega gospodarskog i socijalnog napretka njezinih građana.

Zemljište u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave tijela nadležna za njihovo raspolaganje mogu prodati po utvrđenoj tržišnoj cijeni bez provedbe javnog natječaja:

- osobi kojoj je dio tog zemljišta potreban za formiranje neizgrađene građevne čestice u skladu s lokacijskom dozvolom ili detaljnim planom uređenja, ako taj dio ne prelazi 20% površine planirane građevne čestice i

- osobi koja je na zemljištu u svom vlasništvu, bez građevinske dozvole ili drugog odgovarajućeg akta nadležnog tijela državne uprave, izgradila građevinu u skladu s detaljnim planom uređenja ili lokacijskom dozvolom, a nedostaje joj do 20% površine planirane građevne čestice, pod uvjetom da se obveže da će u roku od jedne godine od dana sklapanja kupoprodajnog ugovora ishoditi građevinsku dozvolu

Tržišna cijena iz stavka 3. ovoga članka je vrijednost izražena u cijeni koja se za određenu nekretninu može postići na tržištu i koja ovisi o odnosu ponude i potražnje u vrijeme njezinog utvrđivanja na području jedinice lokalne samouprave.

Pravni poslovi sklopljeni protivno odredbama ovoga članka ništetni su.“

Zbog važnosti prethodnog članka za imperativnu proceduru upravljanja dobrom u vlasništvu JLS citirali smo ga u cijelosti. Iz citiranog članka razvidno je da se dobrom (nekretninom ali i pokretninom) u vlasništvu JLS može raspolagati samo uz primjenu instituta javnog natječaja i uz procjenu tržišne vrijednosti, odnosno tržišne cijene.

Kada smo naprijed u tekstu govorili o posebnim ograničenjima prava vlasništva spominjali smo i čl. 32. ZVDSP⁸¹ koji spominje dva instituta koje treba

81 Čl. 32. ZVDSP glasi:

„(1) Vlasnik stvari ne smije izvršavati svoje pravo vlasništva preko granica koje su svim vlasnicima takvih stvari postavljene na temelju ovoga ili posebnih zakona radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskoga okoliša i zdravlja ljudi.

(2) Vlasnik neke od stvari koje su na temelju Ustava posebnim zakonom proglašene stvarima od interesa za Republiku, i za koje je propisan poseban način njihove uporabe i iskorištavanja od strane njihovih vlasnika i ovlaštenika drugih prava na njima, dužan je izvršavati svoje pravo vlasništva s time u skladu, ali mu pripada pravo na naknadu za ograničenja kojima je podvrgnut.

(3) Kad je radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskoga okoliša ili zdravlja ljudi određeno da je vlasnik na temelju zakona dužan nešto poduzeti glede vlastite stvari, a njega se na to ne može prisiliti, općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan je ovlašten uspostaviti privremeno upravljanje tom stvarju (sekvestraciju) primjenjujući na odgovarajući način pravila o privremenom skrbništvu nad ostavinom za slučaj da su nasljednici nepoznati ili nepoznatoga boravišta, ako posebni zakon ne određuje što drugo.

(4) U izvršavanju privremenoga upravljanja, općinski načelnik, gradonačelnik, odnosno župan može stvari dati u zakup.

(5) Ugovor o zakupu sklapa se na određeno vrijeme.

(6) U slučaju iz stavka 4. ovoga članka zakupnina se može koristiti samo za održavanje stvari ili za ispunjenje druge obveze zbog koje je uspostavljeno privremeno upravljanje stvarju.

(7) Vlasnik ima pravo na vraćanje posjeda stvari i prije proteka roka iz ugovora, ako u cijelosti isplati uložena sredstva ili ispuni drugu obvezu zbog koje je uspostavljeno privremeno upravljanje stvarju.“

posebno napomenuti u okviru obrađivanja teme ovog rada. Ta dva instituta su sekvestracija i zakup poslovnog prostora.

Sekvestracija je pravni institut koji omogućava čelnicima JLS (županu, gradonačelniku ili načelniku) da uspostavi privremeno upravljanje tuđom stvari pri čemu se primjenjuju pravila o privremenom skrbništvu nad ostavinom, ako su nasljednici nepoznati ili su nepoznatog boravišta, a pod uvjetom kada je to potrebno radi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, spomenika kulture, ljudskog okoliša ili zdravlja ljudi, a vlasnik nije poduzeo radnje koje je bio dužan poduzeti na svojoj stvari i na to ga se ne može prisiliti primjenom nekog drugog zakona. Dakle postoji mogućnost upravljanja imovinom JLS čak i kada ona nije u vlasništvu JLS.

Kada je u pitanju zakup poslovnog prostora u vlasništvu JLS on je uvijek bio podložan obvezi objavljivanja javnog natječaja i poštivanja tržišne cijene koju je morao utvrđivati za to ovlaštenu vještak. Danas je na snazi i Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora.⁸² Ovaj Zakon uređuje zasnivanje i prestanak zakupa poslovnoga prostora te međusobna prava i obveze zakupodavca i zakupnika, kao i kupoprodaju poslovnoga prostora u vlasništvu Republike Hrvatske, županije, Grada Zagreba, grada ili općine sadašnjem zakupniku, odnosno sadašnjem korisniku poslovnog prostora.⁸³ Dakle on se odnosi na subjekte koji su već u nekoj vezi sa prostorom. Ako se radi o praznom poslovnom prostoru u vlasništvu JLS koji se želi iznajmiti ili prodati onda se primjenjuju opći propisi obveznog prava o zakupnim odnosima odnosno ZVDSP-a ako je u pitanju kupoprodaja uz obveznu primjenu već spomenutih pravila o javnom natječaju i tržišnoj cijeni koju je odredio ovlaštenu sudski vještak.

10. INGERENCIJE DRUGIH JAVNOPRAVNIH TIJELA U ODNOSU NA UPRAVLJANJE DOBRIMA U VLASNIŠTVU JLS

Općine i gradovi vlasnici su vrijednih nekretnina kao što su neizgrađeno i izgrađeno građevinsko zemljište s pripadajućim objektima, nekretnine na kojima su stekli pravo vlasništva kao pravni sljednici bivših društveno-političkih organizacija i mjesnih zajednica (stanovi, poslovni prostori), nekretnine dobivene pretvorbom društvenog u pravo vlasništva na temelju posebnih propisa,⁸⁴ zatim imovina dobivena kao ošasna imovina, imovina dobivena na temelju propisa

82 Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora (Narodne novine, br. 125/11.).

83 O zakonu vidi više Terek, Darko, Zakup poslovnog prostora, Računovodstvo i financije, br.3., Hrvatska zajednica računovođa i financijskih djelatnika, 2012., str. 131.-137.

84 Vidi primjerice Račan, Agata, Stjecanje prava vlasništva jedinica lokalne samouprave na nekretninama bivših općina (pretvorba društvenog vlasništva), Upravljanje nekretninama u jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, Novi informator d.o.o., Zagreb, 2004., str. 54.-71., Sarvan, Desa, Pretvorba, raspolaganje i upravljanje nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, Upravljanje nekretninama u jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, Novi informator d.o.o., Zagreb, 2004., str. 71.-119.

o denacionalizaciji i sl. Županije su vlasnici upravnih zgrada u kojima obavljaju javne funkcije, određenih nekretnina u zaštićenom području te iznimno i drugih nekretnina.

Javna dobra koje su u vlasništvu JLS nisu samim time izvan dosega stvarno-pravnog uređenja, zapravo vrijedi upravo suprotno pravilo javna dobra su subjekt stvarnih prava.

U odredbi čl. 391. st. 1. ZVDSP-a (prije njezinih izmjena i dopuna 2000. i 2006. godine), bilo je propisano, očito radi zaštite javnih interesa i pravne sigurnosti, da poglavarstva nekretninu u vlasništvu jedinice lokalne i područne samouprave mogu otuđiti ili njom na drugi način raspolagati samo na temelju javnog natječaja i uz naknadu utvrđenu po tržišnoj cijeni, ako zakonom nije određeno drukčije. Ova odredba odnosi se isključivo na raspolaganje nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne i područne samouprave.

U ovom dijelu dati ćemo samo kratki prikaz ingerencija drugih javnopravnih tijela, a glede imovine JLS. Ove ingerencije uglavnom se odnose na ograničenja prava vlasništva na imovini jedinica lokalne samouprave, ali i na kontrolne funkcije državne uprave i drugih tijela države.

Ponajprije pravo vlasništva ne ovlašćuje svojega nositelja da djeluje suprotno zakonskim ograničenjima.⁸⁵ Tako ograničenja nameću vlasniku dužnost da glede svoje stvari nešto trpi ili propušta,⁸⁶ ili da nešto daje ili čini⁸⁷ što inače ne bi bio dužan činiti.⁸⁸ Zakonska ograničenja vlasništva ne smiju biti suprotna ustavnom jamstvu vlasništva, a niti ustavnom načelu razmjernosti ograničenja.⁸⁹

Kako i raspolaganje imovinom u vlasništvu JLS predstavlja upravljanje imovinom to se u odredbi članka 391. ZVDSP-a može se iznaći prvo "uplitanje" ograničenje vlasništva.

Svi pravni poslovi zaključeni protivno odredbi čl. 391. ZVDSP su ništetni. Dakle, svatko može tražiti utvrđenje ništetnosti takovih akata.⁹⁰

Dakle, jedino ograničenje koje je propisano u ZVDSP je način na koji JLS mogu otuđiti i na drugi način raspolagati svojim nekretninama.

Nadalje, treba imati na umu i posebna zakonska ograničenja⁹¹ vlasništva koja

85 Vidi čl. 30. ZVDSP.

86 Negativna ograničenja.

87 Pozitivna ograničenja.

88 Valja ukazati da ograničenjem nečijeg vlasništva ne nastaje ni za koga nikakvo subjektivno pravo građanskopravne prirode, dakle, ne postoji pravo iz tuđeg ograničenja.

89 Vidi čl. 16. St. 2. Ustava RH. U svakom slučaju zakonska ograničenja vlasništva ne smiju biti u suprotnosti niti jamstvu vlasništva koje daju međunarodni ugovori.

90 Prema odredbi članka 327. Zakona o obveznim odnosima (Narodne novine, br. 35/05., 41/08. i 125/11.)

"Na ništetnost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozivati svaka zainteresirana osoba.

Pravo zahtijevati utvrđenje ništetnosti ima i državni odvjetnik."

91 Valja ukazati da posebna zakonska ograničenja valja razlikovati od ograničenja koja izviru iz posebnih uređenja postavljenih za dobra od interesa za Republiku Hrvatsku (vidi čl. 52. Ustava RH). Naime, odredbom čl. 50. St. 2. Ustava RH za ograničenja prava vlasništva nije predviđeno (propisano) pravo na naknadu ali je predviđa (propisuje) za ona ograničenja koja

mogu biti negativna ili pozitivna ograničenja,^{92 93} ali i vanjska i unutarnja.⁹⁴

Naredni primjer “uplitanja” drugih tijela može biti onaj kada nadležno tijelo, određene nekretnine u vlasništvu JLS, svojim aktom proglasi zaštićenom cjelinom (primjerice nacionalnim parkom, parkom prirode i sl.).⁹⁵

Tako su postavljena znatna ograničenja pravnog prometa nekretninama koje su unutar zaštićenih cjelina.⁹⁶

izviru iz posebnih uređenja postavljenih za dobra od interesa za Republiku Hrvatsku (vidi čl. 52. st. 2. Ustava RH).

- 92 Vidi čl. 50. st. 2. Ustava RH. Primjer negativnog ograničenja je ono iz Zakona o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (Narodne novine, br. 66/99., 151/03., 157/03., 100/04., 87/09., 88/10., 61/11., 25/12. i 136/12) kada je vlasnik kulturnog dobra ograničen u svojoj slobodi pravnog raspolaganja pravom prvokupa (vidi čl. 36. do 40.). Primjer pozitivnog ograničenja je primjerice ono iz Zakona o obrani (Narodne novine, br. 33/02., 58/02., 100/04., 76/07. i 153/09.) koji u članku 83. st. 1. i 2. propisuje:

“U ratnom stanju i stanju neposredne ugroženosti građani i pravne osobe imaju materijalnu obvezu.

Na pismeni zahtjev tijela nadležnog za upravne poslove obrane, građani i pravne osobe u okolnostima iz stavka 1. ovoga članka obvezni su Oružanim snagama, tijelima državne vlasti i pravnim osobama posebno važnima za obranu Republike Hrvatske ustupiti objekte, vozila, strojeve i druga sredstva, opremu i stoku koji su na popisu materijalnih sredstava za potrebe obrane.”

- 93 Vidi i Tuhtan Grgić, Iva, Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32., br. 1., 2011., str. 633.-657.

- 94 *„Postupno pobjeđuje spoznaja da je suvremena urbanizacija u dubokom sukobu s »neograničenim« pravom vlasništva na zemljištu. Ovaj se sukob rješava oduzimanjem ili ograničenjem prava vlasništva u javnom interesu; izvlaštenjem ili djelomičnim izvlaštenjem kao i uspostavljanje posebnih pravnih režima na dobrima od javnog interesa: na poljoprivrednom zemljištu, šumama i šumskom zemljištu, nekretninama od osobitog kulturnog, povijesnog, gospodarskog i ekološkog značenja radi njihove adekvatne upotrebe (iskorištavanja) i zaštite. Komasacijom sitnih katastarskih čestica građevinskog zemljišta radi oblikovanja urbanističkih cjelina i odgovarajućih građevinskih čestica (vanjska ograničenja) nužna je posljedica oblikovanja urbanog prostora. U suvremenom svijetu, uporabu i korištenje građevinskog zemljišta posebno u gradovima, ograničavaju i usmjeravaju prostorni planovi u javnom interesu (unutrašnja ograničenja).“* Simonetti, Petar, Širenje prostornih granica prava, članak u posjedu autora, objavljen kao rad: Oblici vlasništva, pretvorba društvenog vlasništva, jamstvo i zaštita privatnog vlasništva u ustavnom poretku Republike Hrvatske, na XXIV susretu Kopaoničke škole prirodnog prava, Kopaonik 2011.

- 95 Vidi više primjerice u Sarvan, Desa, Zaštićena područja i kulturna dobra – dobra od interesa za Republiku Hrvatsku“, *Nekretnine*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 223.-281. ili Sarvan, Desa, Vode, vodno dobro i zaštićena područja, *Nekretnine*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 143.-177.

- 96 Odredba čl. 112. Zakona o zaštiti prirode (Narodne novine, br. 70/05., 139/08. i 57/11.) određuje:

“Vlasnik nekretnine unutar nacionalnog parka, parka prirode, strogo ili posebnog rezervata koji namjerava tu nekretninu prodati, dužan ju je najprije ponuditi na prodaju Republici Hrvatskoj, zatim županiji ili Gradu Zagrebu, te potom gradu ili općini na čijem se području nekretnina nalazi, a vlasnik nekretnine u ostalim zaštićenim područjima, koji namjerava tu nekretninu prodati, dužan ju je najprije ponuditi županiji ili Gradu Zagrebu, a zatim Republici Hrvatskoj, te potom gradu ili općini na čijem se području nekretnina nalazi.”

Ukazujemo i na to da su još teža ograničenja prometa bila propisana bivšim Zakonom o zaštiti prirode (Narodne novine, br. 162/03).

Ukazujemo i na odredbe Zakona o otocima kojima je izričito određeno da “*nije dopušteno otuđenje nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske, županije, grada i općina koje se odnose na male, povremeno nastanjene i nenastanjene otočiće, uključivo i nekretnine u najam...*”^{97 98}

Zakon o cestama⁹⁹ konačno je JLS-ima priznao da su nerazvrstane ceste javno dobro u vlasništvu JLS. No, članak 101. stavak 2. propisuje:

“Nerazvrstana cesta se ne može otuđiti iz vlasništva jedinice lokalne samouprave niti se na njoj mogu stjecati stvarna prava, osim prava služnosti i prava građenja radi građenja građevina sukladno odluci izvršnog tijela jedinice lokalne samouprave, pod uvjetom da ne ometaju odvijanje prometa i održavanje nerazvrstane ceste.”

Dakle, propisana je neotuđivost i samo ograničen broj stjecanja stvarnih prava.

Sve do sada su pobrojana ograničenja propisana zakonom. Međutim, vlasništvo se može ograničiti i djelovanjem tuđih prava, nedobrovoljnim opterećenjem tuđim pravom (primjerice zakonsko založno pravo), pravnim poslom. Međutim analiza tih oblika ograničenja nadilazilo bi okvire ovoga rada.

Osim nabrojanoga tu bi spadao cijeli niz kontrola koje vrše određena državna tijela od kojih spominjemo samo neke: kontrola zakonitosti objavljenih akata JLS od strane tijela državne uprave, redovna godišnja kontrola državne revizije, kontrola u okviru rada nadležnih državnih odvjetništava itd.¹⁰⁰

97 Vidi čl. 35. d. st. 1. i 2. Zakona o otocima (Narodne novine, br. 34/99., 32/01. i 33/06).

98 Vidi više u Frković, Snježana, *Promet nekretnina na otocima*, Nekretnine u pravnom prometu, VII savjetovanje, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., str. 71-103.

99 Zakon o cestama (Narodne novine, br. 84/11.).

100 Kako je to izgledalo u prošlosti vidi primjerice u Popović, Slavoljub, *Upravno pravo – opšti deo*, Savremena administracija, Beograd, 1978., str. 581.-585.

11. ZAKLJUČAK

Nažalost i danas mnoge JLS ne znaju što je to njihova imovina i još si postavljaju pitanje koliko uopće imovine imaju, koliko vrijedi ta imovina i koliki su prihodi i rashodi te imovine. Također još uvijek postoje dvojbe oko toga je li određena imovina vlasništvo JLS ili države.^{101 102}

Nedvojbeno je da su nekretnine u vlasništvu JLS u veliki potencijal lokalnoga gospodarskoga razvitka, a unaprjeđenje upravljanja tom imovinom za sobom povlači zasigurno brojne koristi za građane. Jedan od mogućih načina za ostvarenje neophodnih poboljšanja upravo je primjena modela logističke podrške upravljanju nekretninama u vlasništvu JLS. To znači da bi temelj upravljanja dobrima u vlasništvu JLS trebala biti cjelovita i točna evidencija o dobrima u vlasništvu

101 Tako je dana 06. ožujka 2012. godine Udruga gradova Republike Hrvatske održala sastanak s ministrom pravosuđa na kome su otvorene neke teme vezane za imovinu JLS i predloženi mogući pravci rješavanja uočenih problema.

“Danas je održan sastanak s ministrom pravosuđa Orsatom Miljenićem na kojem se razgovaralo o problematici imovinsko-pravnih odnosa koji se odnose na nekretnine (zemljišta, stanove i poslovne prostore) u vlasništvu gradova, odnosno problematici imovine čiji je pravni status sporan ili upitan.

Sastanku s ministrom nazočili su predsjednik Udruge gradova mr. sc. Vojko Obersnel, potpredsjednik mr. sc. Davor Žmegač i suradnici. Predstavnici Udruge gradova upoznali su ministra pravosuđa s tijekom i dosadašnjim aktivnostima koje je Udruga poduzimala u kontekstu imovinsko-pravnih pitanja posebno u odnosu na davanje vjerodostojnog tumačenja odredbe članka 77. Zakona o naknadi za imovinu oduzetu u vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.

Ministar pravosuđa pozdravio je otvaranje dijaloga između Udruge i tijela središnje vlasti, u prvom redu resorno nadležnih ministarstava te je predstavio napore koje on osobno i Ministarstvo u cjelini čine kako bi se rješavanje imovinskih i s njima povezanih postupaka ubrzalo. Situaciju koja se odnosi na imovinu gradova dodatno čini složenijom i to što je za primjenu pa tako i za konkretne izmjene i dopune Zakona o šumama i Zakona o poljoprivrednom zemljištu nadležno Ministarstvo poljoprivrede dok je za pitanja koja se odnose na prostorno-plansku dokumentaciju propisana nadležnost Ministarstva graditeljstva i prostornog uređenja.

Također, u vezi s imovinom postoji u velikom dijelu i nadležnost Ministarstva pravosuđa, državnih odvjetništava, Agencije za upravljanje državnom imovinom te saborskih odbora. Ministar je predložio i najavio maksimalan angažman oko koordinacije svih navedenih dionika te inzistiranje na ubrzanju rješavanja konkretnih slučajeva i predmeta.

Usuglašeno je da Udruga gradova izradi i dostavi nadležnim ministrima nacрте prijedloga zakona kojime će inicirati izmjene Zakona o naknadi, Zakona o šumama, Zakona o poljoprivrednom zemljištu te Zakona o upravljanju državnom imovinom. Usuglašeno je također i da je komunikaciju potrebno nastaviti i ubuduće kako bi se problemi gradova koje tijela državne vlasti ponekad i ne percipiraju, predstavili potanko i s konkretnim prijedlozima za njihovo rješavanje.” Vidi više na <http://udruga-gradova.hr/Default.aspx?art=281&sec=18>.

102 Vrlo zanimljiv materijal pod nazivom Preporuka jedinicama lokalne samouprave u Istarskoj županiji o postupanju u postupcima vezanim za utvrđivanje prava vlasništva nakon ukidanja društvenog vlasništva i potpora u zaštiti njihova prava sačinila je Stručna služba skupštine Istarske županije vidi na www.istra-istria.hr/fileadmin/...2009/.../39-08.pdf

JLS¹⁰³ i postojanje programa upravljanja i raspolaganja tim dobrima.¹⁰⁴ U tom programu trebalo bi navesti: popis imovine, podatke o dosadašnjem raspolaganju, predvidjeti buduće raspolaganje (najam i zakup), plan kupovine novih dobara, plan radnji neophodnih za optimalno raspolaganje i upravljanje dobrima, plan financijskih sredstava neophodnih za realizaciju plana upravljanja itd.¹⁰⁵ Kada je riječ o evidenciji dobara, onda treba naglasiti da je to „rak rana“ cijele Hrvatske jer vrlo mali broj JLS pa čak ni sama država, nemaju točne i potpune podatke o tomu što imaju u svome vlasništvu. Osim vlasništva nužno je imati i druge podatke o stanju u prostoru koje ga oplemenjuju, a kroz to stvaraju pozitivno gospodarsko, investicijsko i dr. okruženje, koje je zasigurno prioritetni javni interes društva, jer govori o stupnju njegovog razvoja.¹⁰⁶ Do ovih podataka može se doći pomnim planiranjem¹⁰⁷ i upotrebom modernih alata¹⁰⁸ i tehnologija.¹⁰⁹ Primjena svih spomenutih metoda može pomoći u donošenju optimalnih odluka glede upravljanja dobrima u vlasništvu JLS. Ove odluke moraju imati za cilj zadovoljavanje raznih interesa društva, a svakako i poštivati uzuse i pravila koja vrijede u gospodarstvu, pogotovo onom dobrostojećem, a sve u svjetlu skorašnjeg ulaska Hrvatske u EU.¹¹⁰

Kada već spominjemo gospodarstvo nužno je spomenuti jednu novu disciplinu u pravu koja se postupno razvija u novu granu prava, a to je ekonomska analiza prava i zauzima sve veći značaj u svijetu. Središnje mjesto ove nove discipline zauzima efikasnost u smislu učinkovitost kao osnovnog pravila za svaku društvenu

103 Kako to napraviti vidi primjerice u Metodologija popisa i upisa imovine jedinica lokalne samouprave popis i upis imovine u 30 koraka, MSP konsalting, Beograd, 2012.

104 Vidi primjerice Strateški plan upravljanja imovinom Grada Karlovca, Karlovac, ožujak 2007.

105 Podrobnije o tome vidi Sarvan, Desa, Pretvorba, raspolaganje i upravljanje nekretninama u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, Upravljanje nekretninama u jedinicama lokalne i područne (regionalne) samouprave, Novi informator d.o.o., Zagreb, 2004., str. 112.-116.

106 Vidi primjerice Vašiček, Davor, Drezgić, Saša, Informacijski sustav i lokalni ekonomski razvoj – projekt EFRISTAT, Zbornik radova sa Konferencije gradova i općina o učinkovitom upravljanju lokalnim ekonomskim razvojem, Zagreb, 2012. ili Vašiček, Davor, Drezgić, Saša, Povoljno poslovno okruženje – pretpostavka investicijskoj privlačnosti i ekonomskom razvoju lokalnog i javnog sektora, Zbornik radova s Konferencije gradova i općina o učinkovitom upravljanju lokalnim ekonomskim razvojem, Zagreb, 2012.

107 Medved, Damir, Učinkovito planiranje infrastrukture., Zbornik radova sa Konferencije gradova i općina o učinkovitom upravljanju lokalnim ekonomskim razvojem, Zagreb, 2012.

108 Erceg, Mario, Kolarek, Mladen, Baza podataka EFRISTAT i pripadajući aplikativni softver, Zbornik radova sa Konferencije gradova i općina o učinkovitom upravljanju lokalnim ekonomskim razvojem, Zagreb, 2012.

109 Primjena GIS (Geographic Information Systems) sustava.

110 O tome što čeka javnu upravu u EU vidi primjerice Koprić, Ivan, Europeizacija javne uprave u Hrvatskoj, TIM4PIN magazin, specijalizirani časopis centra za razvoj javnog i neprofitnog sektora, Centar za razvoj javnog i neprofitnog sektora, Zagreb, 2012., str. 96.-101. Također vidi i Bogdanović, Tamara, Zaštita prava vlasništva iz članka 1. Protokola 1. Europske konvencije u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32., br. 1., Rijeka, 2011., str. 583.-598.

aktivnost, pa onda svakako i za upravljanje dobrima u vlasništvu JLS.¹¹¹ U budućnosti će se vjerojatno ekonomska analiza prava primjenjivati upravo kod donošenja odluka o načinu upotrebe i upravljanja nekim dobrom,¹¹² uz poštivanje nekih aksioma koji se nezaobilazno moraju ugraditi u te procese (zaštita prirode, održivi razvoj, očuvanje i unaprjeđenje nekog dobra itd.), prateći pri tome nekoliko parametara: potreban utrošak vremena, utrošak potrebnog rada i materijalnih sredstava i očekivani rezultat.¹¹³

Zbog relativne inertnosti hrvatskih JLS u upravljanju nepokretnom imovinom, obveza je svakog pojedinca kao građanina Hrvatske očekivati i tražiti od lokalnih vlasti i središnje države da budu bolji gospodari, jer je osnovna svrha nepokretne imovine u njihovome vlasništvu kreiranje koristi za građane u obliku javnoga dobra,¹¹⁴ odnosno zadovoljavanje javnog interesa cjelokupnog društva.¹¹⁵

111 „Efikasnost u smislu ekonomičnosti središnji je pojam ekonomske analize prava. Načelo ekonomičnosti jedno je od osnovnih pravila za svaku društvenu aktivnost. Ono traži da se sa što manje utroška vremena, društveno korisnog rada i materijalnih sredstava postigne što povoljnije rezultate. Intuitivno je jasno da poredak koji nema potrebnu mjeru efikasnosti ne vrijedi puno.“, Kregar, Josip i Šimonović, Ivan „Teorijski temelji ekonomske analize prava“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol.46., br.6., Zagreb, 1996., str.576.

112 O nekim trendovima upravljanja u Europi vidi npr. Williamson, Arthur „Novi modeli upravljanja u Irskoj: Europska unija i uključenost neprofitnog sektora i sektora zajednice u multidimenzionalnom razvoju partnerstva u 90-im godinama 20. stoljeća“, Revija za socijalnu politiku, sv. 8., br. 2., 2000. na <http://www.rsp.hr/ojs2/index.php/rsp/article/view/218/222> ili Adam, Frane, Kristan, Primož i Tomšić, Matevž „Između neoliberalizma i neokorporativizma: Estonija i Slovenija u komparativnoj perspektivi“ Revija za socijalnu politiku, god.15., br.2., Zagreb, 2008., str. 135.-150., a vidi i Vedriš, Mladen „Konkurentnost Hrvatske ekonomije i pravni sustav“, Tribina Pravnog fakulteta u Zagrebu i Klub pravnika grada Zagreba, bilten br. 35., Zagreb, 28.06.2005.

113 „Ekonomska analiza prava odnosi se na primjenjivanje ekonomskih metoda na pravne probleme i institucije. Polazište je središnje pitanje ekonomske znanosti koje glasi; kako se može od ograničenih resursa određenog društva ostvariti najveće moguće zadovoljenje društvenih potreba i očekivanja. Ako se taj cilj ostvari bez gubitka resursa u primjeni takvo gospodarstvo se smatra efikasnim. Temeljni problem normativne ekonomije je predlaganje propisa i institucija koje vode prema efikasnoj upotrebi resursa. Ekonomska analiza prava je primjena mjerila i koncepta efikasnosti na propise, pravna pravila. Pretpostavka je da i pravna znanost i judikatura moraju ocjenjivati pravna pravila i propise uporabom kriterija o tome da li oni potiču ili sprječavaju efikasnu uporabu resursa.“, Mlikotin Tomić, Deša i Šega, Ana „Ekonomska analiza prava: razvoj i aktualnosti“, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, god. 4., Zagreb, 2006., str. 366.

114 „Bonum publicum – Javno dobro. Opća dobrobit.“, Doroghy, Zvonimir „Blago latinskog jezika“, Sveučilišna naklada Liber, Zagreb, 1986., str. 56.

115 „Upravljanje imovinom jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave predstavlja multidisciplinarni posao za koji se sve više ukazuje potreba izmjene pristupa od dosadašnjeg (izdavanje rješenja, ugovora i uplatnica), u buduću menadžment nekretnina koji puno kompleksnije sagledava ovu problematiku i traži alternativne izvore prihoda, vodeći računa o trenutnim ali i dugoročnim potrebama jedinice samouprave za imovinom u funkciji razvoja gospodarstva i zadovoljavanja potreba građana.“ Ignjatović, Rade „Upravljanje imovinom jedinica lokalne samouprave“, na <http://www.edapedia.net/Uploads/Edapedia/LABUSOFT.pdf>

Summary

MANAGEMENT OF PROPERTY OWNED BY THE LOCAL AUTHORITIES

This paper provides an overview of the various types of assets in terms of civil and administrative law, especially from the aspect of ownership. It deals with the management of property owned by cities and municipalities and analyzes the responsibilities of local authorities in regard to courses of action aimed at the effective management of these goods. In addition to an analysis of positive law, it examines with a critical eye the current practice of managing resources owned by cities and municipalities. Furthermore, it offers a management perspective of these goods in future, while highlighting the need for the application of new fields and methods, such as the implementation of the economic analysis of law; the introduction of precise and methodical, systematic records; efficient evaluation of assets and systematic management planning for a diversified portfolio of assets to achieve optimum economic benefit and satisfy social and cultural needs of all citizens, both today and in the future.

Key words: ownership, property, local authorities, management, public.

Zusammenfassung

VERWALTUNG DER IM EIGENTUM VON EINHEITEN DER LOKALEN SELBSVERWALTUNG STEHENDEN GÜTER

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die verschiedenen Arten von Vermögenswerten in Bezug auf Zivil- und Verwaltungsrecht, insbesondere unter dem Eigentumsaspekt. Diese Arbeit befasst sich mit der Verwaltung der im Eigentum von Städten und Gemeinden stehenden Güter und analysiert die Zuständigkeiten von Einheiten der lokalen Selbstverwaltung in Bezug auf die nach effektiver Verwaltung dieser Güter gerichteten Tätigkeiten. Neben der Analyse des positiven Rechtes werden auch einige kritische Anmerkungen zur bisherigen Praxis der Verwaltung von im Eigentum von Städten und Gemeinden stehenden Gütern. Abschließend werden Perspektiven von Verwaltung dieser Güter in der Zukunft geboten, wobei man auf den Bedarf an der Anwendung neuer Disziplinen und Methoden wie die Umsetzung der ökonomischen Rechtsanalyse, die Einführung von präziser und methodisch systematischer Evidenzierung, effiziente Bewertung der Vermögenswerte und systematische Planung von Verwaltung der verschiedenen Vermögensportfolios mit dem Ziel des optimalen wirtschaftlichen Nutzen und

Erfüllung sozialer und kultureller Bedürfnisse aller Bürger, sowohl heute als auch in der Zukunft, hinweist.

Schlüsselwörter: *Eigentum, Gut, Einheiten der lokale Selbstverwaltung, Verwaltung, öffentlich.*

Riassunto

GESTIONE DEI BENI DI PROPRIETA' DELL'AMMINISTRAZIONE LOCALE

Il presente contributo fornisce una panoramica dei vari tipi di beni sotto il profilo gius-civilistico, gius-amministrativo e del diritto di proprietà. Nell'articolo si esamina la gestione dei beni di proprietà della città e dei comuni e si analizzano i poteri in capo ai governi locali quanto alle linee di azione finalizzate ad un'efficace gestione di tali beni. Oltre all'analisi della legislazione positiva, si offrono alcune osservazioni critiche sull'attuale prassi di gestione dei beni di proprietà delle città e dei comuni. Alla fine vengono offerti spunti di riflessione circa le prospettive di gestione di tali beni in un futuro in cui vi sarà la necessità di applicare nuove discipline e metodi. Ad esempio, ci si riferisce: all'attuazione dell'analisi economica del diritto; all'introduzione di registrazioni che siano precise e sistematiche nel metodo; ad una efficace valutazione del valore dei beni; ad una sistematica pianificazione della gestione di un portafoglio diversificato di patrimonio al fine di ottenere il massimo vantaggio economico e di soddisfare le esigenze sociali e culturali di tutti i cittadini, sia oggi che in futuro.

Parole chiave: *proprietà, beni, governo locale, gestione, pubblico.*

OVLASTI ŽALBENOG SUDA U UPRAVNOM SPORU

Mr. sc. Inga Vezmar Barlek
Sutkinja Viskog upravnog suda Republike Hrvatske

UDK:
Ur.: 10. prosinca 2012.
Pr.: 15. veljače 2013.
Stručni rad

Sažetak

U radu se analiziraju ovlasti Visokog upravnog suda Republike Hrvatske kao žalbenog suda kada odlučuje o žalbama protiv presuda, odnosno rješenja prvostupanjnskih upravnih sudova. Iznosi se tijek žalbenog postupka od ispitivanja podobnosti žalbe za meritorno odlučivanje do donošenja meritorne odluke o žalbi te se ukazuje na uočene probleme u sudskoj praksi u primjeni ovog dijela odredbi novog ZUS-a, kao i na dvojbe na koje sudska praksa još nije dala odgovore.

Ključne riječi: *žalba, dopuštenost žalbe, osnovanost žalbe, odbijanje žalbe, poništavanje prvostupanjnske odluke, odgoda izvršenja prvostupanjnske odluke.*

1. UVOD

Nakon opsežne reforme upravnog spora, od 1. siječnja 2012. Upravni sud Republike Hrvatske nastavio je s radom kao Visoki upravni sud Republike Hrvatske.¹ Njegova nadležnost propisana je člankom 23a Zakona o sudovima i člankom 12. stavkom 3. Zakona o upravnim sporovima, tako da Visoki upravni sud odlučuje: 1. o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja upravnih sudova protiv kojih je dopuštena žalba, 2. o zakonitosti općih akata, 3. o sukobu nadležnosti između upravnih sudova, 4. u drugim zakonom propisanim slučajevima.² Od posebnih zakona koji uređuju nadležnost Visokog upravnog suda, do pisanja ovog rada donesen je samo jedan i to Zakon o elektroničkim komunikacijama koji propisuje nadležnost Visokog upravnog suda protiv odluka i drugih upravnih akata Hrvatske agencije za poštu i telekomunikacije.³

-
- 1 Članak 9. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima, Narodne novine broj 130/11. Dalje: Visoki upravni sud.
- 2 Zakon o sudovima, Narodne novine broj 150/05., 16/07., 113/08., 153/09., 116/10., 27/11. i 130/11. Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine broj 20/10. Dalje: ZUS.
- 3 Članak 18. stavak 2. Zakona o elektroničkim komunikacijama, Narodne novine broj 73/08. i 90/11.

Dakle, Visoki upravni sud nadležan je odlučivati kao prvostupanjski sud - u slučajevima određenim posebnim zakonom te kao drugostupanjski sud kada odlučuje o žalbama protiv odluka upravnih sudova. Mogućnost podnošenja redovnog pravnog lijeka protiv odluka prvostupanjskih sudova propisana je ZUS-om i ujedno su određeni uvjeti pod kojima se žalba može podnijeti protiv presuda, odnosno rješenja upravnih sudova.

U nastavku rada obrađuju se ovlasti koje Visoki upravni sud ima kada odlučuje kao drugostupanjski, odnosno žalbeni sud, pri čemu se rad u dijelu oslanja na teoriju građanskog procesnog prava imajući na umu specifičnosti upravnog spora u odnosu na parnični postupak. Iako u ZUS-u više nema opće norme o odgovarajućoj primjeni Zakona o parničnom postupku⁴ u pitanjima koja nisu regulirana ZUS-om, već se samo primjenjuju njegove pojedine odredbe kada je to ZUS-om izričito propisano;⁵ analizirajući ovlasti žalbenog suda učinilo se korisnim upotrijebiti poneka razmatranja o žalbenom parničnom postupku.

Obnašajući funkciju žalbenog suda Visoki upravni sud donosi odluke procesne i meritorne naravi. Kada odlučuje o žalbi protiv rješenja, dakle odluci koja ima postupovni značaj, odlučuje rješenjem. Kada odlučuje o žalbi protiv presude, dakle o meritornoj odluci, tada odlučuje presudom. Žalbeni sud prije svega ocjenjuje je li žalba podobna za meritorno odlučivanje i tek ako je podobna za meritorno odlučivanje, pristupa odlučivanju o njezinoj osnovanosti.⁶

2. ŽALBA PROTIV PRESUDE

2.1. Ispitivanje podobnosti žalbe

Prije donošenja meritorne odluke o žalbi Visoki upravni sud mora ispitati je li žalba podobna za meritorno odlučivanje, odnosno jesu li ispunjene procesne pretpostavke za ispitivanje njezine meritorne osnovanosti. U tu svrhu žalbeni sud mora ispitati je li žalba pravodobno podnesena, je li ju podnijela ovlaštena osoba te je li uredna. Ove procesne pretpostavke treba ispitati već prvostupanjski upravni sud i ako nisu ispunjene, prvostupanjski sud će odbaciti žalbu. Međutim, ako je prvostupanjski sud to propustio učiniti, žalbu će zbog nedostatka neke od navedenih pretpostavki odbaciti Visoki upravni sud. Slijedi kako u postupku odlučivanja o procesnim pretpostavkama za podobnost meritornog odlučivanja o žalbi, sudjeluju dva suda: prvostupanjski kojemu se žalba podnosi (*judex a quo*) i drugostupanjski koji je nadležan meritorno odlučivati o pravnom lijeku (*judex a quem*).⁷

4 Zakon o parničnom postupku, Narodne novine broj 53/91., 91/92., 112/99., 88/01., 117/03., 88/05., 84/08., 96/08., 123/08., 57/11. i 148/11. – pročišćeni tekst. Dalje: ZPP.

5 Članak 33. stavak 5. ZUS-a: izvođenje dokaza. Članak 34. stavak 3. ZUS-a: pribavljanje dokaza. Članak 54. stavak 2. ZUS-a: održavanje reda na raspravi.

6 Vidi i teoriju građanskog procesnog prava u: Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 708.

7 Članak 71. i članak 72. stavak 1. ZUS-a. Triva, S., Dika, M. Građansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 663.

2.1.1. Pravodobnost žalbe

Da bi žalba bila podobna za meritorno odlučivanje, ona prije svega mora biti pravodobna, odnosno podnesena u roku od 15 dana od dostave presude. Moglo bi se zaključiti da taj rok vrijedi i za sve podneske kojima se žalba proširuje i dopunjuje.⁸ U dugogodišnjoj sudskoj praksi Upravnog suda Republike Hrvatske zauzeto je stajalište kako sud podneske kojima se nadopunjava tužba, uzima u razmatranje samo ako su podneseni u roku za tužbu.

2.1.2. Procesna legitimacija za podnošenje žalbe

Da bi žalba bila podobna za meritorno odlučivanje mora ju podnijeti ovlaštena osoba. S obzirom na to da je propisano kako žalbu mogu podnijeti stranke⁹ dalo bi se zaključiti kako druge osobe nisu ovlaštene na podnošenje žalbe u upravnom sporu.

U svezi s legitimacijom za podnošenje žalbe može se postaviti pitanje treba li stranka koja podnosi žalbu imati i pravni interes na podnošenje žalbe, o čemu ZUS nema posebnih odredbi. Tako se nameće pitanje je li stranka koja je u cijelosti uspjela u sporu, legitimirana podnijeti žalbu osporavajući razloge presude ili takva stranka nema pravni interes za osporavanje presude, jer više ne može očekivati nikakvu pravnu korist? Dok, međutim, stranka koja se odrekla prava na žalbu ne može biti legitimirana podnijeti žalbu, jer se tog prava odrekla, a odricanje od žalbe, kao i povlačenje žalbe, su neopozive procesne radnje.¹⁰

2.1.3. Urednost žalbe

U odnosu na kvalitetu urednosti žalbe ZUS posebno ne definira taj pojam, međutim, propisuje sadržaj žalbe.¹¹ Normu o obveznom sadržaju žalbe ne bi trebalo tumačiti pretjerano restriktivno pa zaključiti da nedostatak bilo kojeg od elemenata znači da je žalba neuredna. Takvo bi tumačenje, naime dovelo do ograničavanja stranci prava na žalbu, posebice imajući na umu kako u upravnom sporu nije obvezno da stranku zastupa profesionalnog opunomoćenika, odvjetnika.

Prema tomu kvalitetu urednosti žalbe trebalo bi svesti na ispitivanje samo nužnih elemenata koji omogućuju postupanje po žalbi, čemu ide u prilog i odredba ZUS-a prema kojoj će prvostupanjski sud pozvati žalitelja da otkloni nedostatke neuredne žalbe.¹²

8 Članak 70. stavak 1. ZUS-a. O nepravodobnim podnescima kojima se žalba proširuje vidjeti u: Triva, S., Dika, M. Građansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 665. do 666.

9 Članak 66. stavak 1. ZUS-a.

10 Tako i Đerđa, D., Šikić, M.. Komentar Zakona o upravnim sporovima, Novi informator, Zagreb, 2012., str. 282. Članak 68. stavak 3. ZUS-a.

11 Članak 69. ZUS-a. Sadržaj žalbe. (1) *Žalba treba sadržavati: 1. oznaku presude protiv koje se podnosi, 2. opseg osporavane presude, 3. razloge zbog kojih se žalba podnosi, 4. ostale podatke propisane člankom 49. stavkom 2. ovoga Zakona.* (2) *Razlozi zbog kojih se žalba podnosi moraju biti detaljno obrazloženi.* (3) *U žalbi se ne mogu iznositi nove činjenice.*

12 Članak 71. stavak 2. ZUS-a.

Ostali elementi koje žalba mora sadržavati čine njezin poželjni sadržaj te je svakako u prilog žalitelju da ih navede, međutim zbog takvog propusta ne bi trebalo odbaciti žalbu.

2.1.4. Dopusštenost žalbe (tzv. „filtar za žalbu“)

Uz ispitivanje procesnih pretpostavki koje se odnose na pravodobnost, procesnu legitimaciju i urednost žalbe, Visoki upravni sud ocijeniti će je li žalba dopuštena. ZUS posebno ne definira pojam dopuštenosti žalbe, međutim taj termin ne koristi za žalbu koja je nepravodobna, odnosno podnesena od neovlaštene osobe ili neuredna. Radi se dakle o zasebnoj kvaliteti koju žalba mora ispunjavati da bi bila podobna za meritorno odlučivanje.

Iz teksta ZUS-a zaključuje se kako pojam dopuštenosti sadržajno uključuje postojanje osnove za podnošenje žalbe: ispitivanje postoji li neki od propisanih žalbenih razloga i je li podnesena protiv prvostupanjske reformacijske presude, odnosno protiv prvostupanjskog rješenja protiv kojeg je dopuštena.¹³

Naime, uvjeti pod kojima ZUS dopušta mogućnost podnošenja žalbe protiv presude riješeni su bitno drugačije od ostalih pozitivnih procesnih propisa.¹⁴ ZUS-om je uveden, tzv. „filtar za žalbu“ koji sprječava dopuštenost žalbe protiv svake prvostupanjske presude.¹⁵ Tako se u obrazloženju Konačnog prijedloga ZUS-a navodi ... „*Visoki upravni sud u žalbenom će postupku nadzirati zakonitost prvostupanjske presude samo kad je (prvostupanjski) sud presudom sam riješio upravnu stvar, a žalitelj tvrdi da je u prvostupanjskom postupku došlo do bitne povrede sudskog postupka ili da je pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, kao i zbog pogrešne primjene materijalnog prava. Ovdje je mogućnost ulaganja žalbe uvedena samo kad je upravni sud presudom odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke*“...¹⁶

Iz daljnjeg obrazloženja Konačnog prijedloga ZUS-a slijedi kako je „filtar za žalbu“ uveden prvenstveno radi ekonomičnosti postupka. Analiza opravdanosti ovakvog zakonskog okvira prelazi predmet i opseg ovog rada, no valja napomenuti kako se zbog ograničavanja prava na žalbu protiv prvostupanjske presude nailazi na razmišljanja o ustavnosti, tzv. „filtra za žalbu“.¹⁷

S aspekta pozitivnih normi zaključuje se kako je žalba dopuštena samo protiv prvostupanjske presude kojom je upravni sud odlučio o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke, odnosno samostalna žalba protiv prvostupanjskog rješenja kada

13 Članak 72. stavak 2. ZUS-a. Tako i Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, op. cit., str. 283.

14 Članak 348. stavak 1. i članak 353. ZPP-a. Članak 463. stavak 1. i članak 467. Zakona o kaznenom postupku, Narodne novine broj 152/08., 76/09., 80/11. i 121/11. – pročišćeni tekst. Dalje: ZKP. Članak 105. Zakona o općem upravnom postupku, Narodne novine broj 47/09. Dalje: ZUP.

15 Članak 66. stavak 2. ZUS-a.

16 Obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS-a sa 16. sjednice Hrvatskog sabora. Mrežna stranica <http://www.sabor.hr>.

17 Vidi Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, op. cit.. Uvodni članak prof. dr. sc. Dragana Medvedovića i komentar uz članak 66. ZUS-a.

je to ZUS-om propisano;¹⁸ uz postojanje nekog od žalbenih razloga: bitne povrede pravila sudskog postupka, pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ili pogrešne primjene materijalnog prava. Dakle, žalbom se mogu napadati sve aktivnosti koje je poduzimao prvostupanjski sud.¹⁹ S obzirom na to da upravnom sporu prethodi odgovarajući upravni postupak, valja imati na umu kako kao žalbeni razlog mogu poslužiti samo naprijed navedene povrede, ako ih je počinilo upravno tijelo, ali ne i povrede počinjene tijekom upravnog postupka.²⁰ Ako je takve povrede počinilo tijekom upravnog postupka javnopravno tijelo tada ih treba sanirati prvostupanjski upravni sud. U žalbi protiv presude toga suda nezadovoljna stranka može osporavati samo aktivnosti prvostupanjskog suda.

Odluka o dopuštenosti žalbe u isključivoj je nadležnosti Visokog upravnog suda, što znači da prvostupanjski upravni sudovi, premda sudjeluju u odlučivanju o podobnosti žalbe za odlučivanje, istovremeno nisu ovlašteni ocijeniti i je li žalba dopuštena. O dopuštenosti žalbe ne donosi se posebna odluka, nego Visoki upravni sud ako nađe da je žalba dopuštena, dostavlja žalbu svim strankama u sporu na odgovor, nakon čega pristupa razmatranju osnovanosti žalbe.²¹ Stoga će se odluka o dopuštenosti žalbe sadržajno činiti dio meritorne odluke o osnovanosti žalbe, pri čemu dopuštenost nije nužno posebno obrazlagati, iako se to ovisno o specifičnostima pojedinog slučaja može učiniti.

Žalba koja je podobna za meritorno odlučivanje je dvostran pravni lijek, jer se dostavlja suprotnoj strani koja u roku od osam dana ima mogućnost odgovoriti na žalbu. Taj je rok dilatornog značaja i jamči suprotnim strankama da se sa žalbom neće postupati dok taj rok ne protekne. U praksi Visokog upravnog suda odredba o dostavljanju žalbe na odgovor protumačena je na način da se na odgovor dostavlja samo žalba koja je podobna za meritorno raspravljanje.²² Pri takvom tumačenju odredbi ZUS-a Visoki upravni sud vodio se načelom učinkovitosti postupka,²³ nalazeći kako ne bi bilo ekonomično dostavljati na odgovor žalbu koju će ionako odbaciti.

2.2. Ispitivanje osnovanosti žalbe

2.2.1. Objekt osporavanja

Osporavanu presudu Visoki upravni sud ispituje samo u dijelu u kojem je osporavana žalbom, što znači kako dio presude protiv kojeg žalba nije podnesena postaje pravomoćan.²⁴

18 Članak 67. stavak 1. ZUS-a.

19 Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 674.

20 Članak 66. stavak 1., 3., 4. i 5. ZUS-a.

21 Članak 72. stavak 3. ZUS-a.

22 Triva, S., Dika, M. Građansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 662. i 702. I u teoriji građanskog parničnog procesnog prava navodi se kako je na odgovor potrebno dostaviti podobnu žalbu.

23 Članak 8. ZUS-a.

24 Članak 73. stavak 1. i članak 63. ZUS-a. Tako i Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 705.

2.2.2. Granice i razlozi osporavanja

Presuda se ispituje u granicama razloga navedenih u žalbi. Ovo je nešto drugačija regulacija u odnosu na ispitivanje osnovanosti tužbenog zahtjeva u prvostupanjskom upravnom sporu, jer prvostupanjski sud nije vezan razlozima tužbe.²⁵

Međutim na razloge ništavosti pojedinačne odluke i ništetnosti upravnog ugovora u oba stupnja upravnog spora nadležni sud pazi po službenoj dužnosti, jer se radi o teškim oblicima nezakonitosti, zbog čega je takve akte potrebno ukloniti iz pravnog prometa u svako doba i neovisno o zahtjevu stranke, iako tek u povodu inicijative stranke – podnošenja tužbe, odnosno žalbe.²⁶ S obzirom na to, u odnosu na razloge osporavanja presude primjećuje se prevaga oficijoznih elemenata nad dispozitivnim, pri čemu primarno dispozitivno ovlaštenje stranke koja inicira upravni spor, odnosno žalbeni postupak ostaje netaknuto. Drugostupanjski sud, naime ni u kojem slučaju nema ovlaštenje po službenoj dužnosti inicirati žalbeni postupak, kao što ni prvostupanjski sud ni u kojem slučaju nema ovlaštenje inicirati upravni spor.²⁷

Navođenje žalbenih razloga čini ZUS-om propisani sadržaj žalbe, a znači određeno ukazivanje na konkretne povrede i propuste koje je počinio prvostupanjski sud.²⁸ Uz to, i neovisno o razlozima koje žalitelj navodi, žalbu bi trebalo dopustiti i u slučaju postojanja nekog od naprijed navedenih razloga na koje drugostupanjski sud pazi po službenoj dužnosti pod pretpostavkom da se radi o prvostupanjskoj reformacijskoj presudi, jer uvjeti za podobnost žalbe za meritorno odlučivanje moraju biti skupno ispunjeni.²⁹

ZUS dakle u odnosu na žalbene razloge daje mogućnost i obvezu drugostupanjskom sudu da po službenoj dužnosti reagira na određene nezakonitosti (ništavost pojedinačne odluke, odnosno ništetnost upravnog ugovora) koje se protežu još iz upravnog postupka, a što je propustio uvidjeti prvostupanjski sud. No propisuje mogućnost ispitivanja prvostupanjske presude samo u osporavanom dijelu, što znači da u preostalom dijelu ta presuda postaje pravomoćna. Ovo bi dalje značilo kako u slučaju da žalbeni sud utvrdi postojanje razloga na koje pazi po službenoj dužnosti u dijelu presude koji žalbom nije osporavan, ne bi imao ovlašti zadirati u dio presude koji je postao pravomoćan.

25 Članak 73. stavak 1. i članak 31. stavak 1. ZUS-a.

26 Članak 31. stavak 2. i članak 73. stavak 1. ZUS-a.

27 O odnosu dispozitivnih ovlaštenja stranka i načela oficijoznosti vidjeti u Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, op. cit., str. 704. do 705.

28 Članak 69. stavak 1. točka 3. ZUS-a. Tako i Triva, S., Dika, M. *Građansko parnično procesno pravo*. *Op. cit.* Str. 674.

29 Drugačija razmišljanja o skupnosti uvjeta za dopuštenost žalbe vidjeti u Medvedović, D. *Novi sustav upravnog sudovanja*, u: Đerđa, D., Šikić, M. *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, op. cit., str. 62. do 63. Stajalište sudske prakse je da uvjeti za podnošenje žalbe moraju biti skupno ispunjeni: žalba je dopuštena samo protiv reformacijske presude uz postojanje nekog od žalbenih razloga. Vidjeti za primjer rješenje Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: Usž-116/2012 od 27. rujna 2012.

2.2.3. Žalbeni prijedlog

Žalbeni sud primarno odlučuje o osnovanosti pravnog lijeka, međutim kroz to i o meritumu spora. Odlučuje dakle o onome o čemu je prvostupanjski sud već odlučivao (ili o dijelu toga), odnosno o tužbenom zahtjevu.

Pored toga žalba može sadržavati i procesnopravni zahtjev – prijedlog žalitelja da na određeni način ispita prvostupanjsku odluku i stavi ju izvan snage. Taj procesnopravni zahtjev nije propisan kao obvezni sadržaj žalbe niti veže žalbeni sud, jer su njegova ovlaštenja za stavljanje izvan snage nezakonite odluke propisana kogentnim pravilima. Stoga i u odnosu na odluke koje žalbeni sud može donijeti valja uočiti prevagu oficijoznih elemenata nad dispozitivnim.³⁰

2.3. Odbijanje žalbe

Slučajevi u kojima će Visoki upravni sud odbiti žalbu kao neosnovanu su: ako utvrdi da ne postoje razlozi zbog kojih se presuda pobija ili oni postoje, ali ne utječu na donošenje drukčije odluke; a pri tomu u oba slučaja nije našao postojanje razloga na koje pazi po službenoj dužnosti: ništavost pojedinačne odluke, odnosno ništetnost upravnog ugovora.³¹

Prvi slučaj odbijanja žalbe je normativno relativno jasan (iako se u praksi uvijek može očekivati pojavljivanje dvojbenih slučajeva), jer podrazumijeva situaciju istinske neosnovanosti žalbe s obzirom na nepostojanje žalbenih razloga.

Drugi slučaj međutim, obuhvaća situaciju u kojoj postoji neki od žalbenih razloga, međutim radi se o razlogu koji po ocjeni drugostupanjskog suda ne utječe na zakonitost presude. Ovakvo zakonsko rješenje zapravo slijedi ovlasti prvostupanjskog suda koji će odbiti tužbeni zahtjev i ako utvrdi da je u upravnom postupku bilo nedostataka, ali oni nisu utjecali na rješavanje predmeta postupka.³²

To je u svakom slučaju norma koja doprinosi bržem rješavanju spora, jer Visoki upravni sud neće poništavati prvostupanjsku presudu zbog svake nezakonitosti, unatoč postojanju žalbenog razloga. Međutim, postoje mišljenja kako se uz ranije spomenuti „filter za žalbu“ ovime pretjerano ograničava pravo na žalbu, a takvo se rješenje također ne nalazi u postupovnim zakonima: ZPP-u i ZKP-u.³³ Međutim, slično rješenje predviđeno je ZUP-om kod ovlasti drugostupanjskog tijela da odbije žalbu izjavljenu protiv prvostupanjskog rješenja.³⁴

30 O žalbenom prijedlogu vidjeti u Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, op. cit., str. 707.

31 Članak 74. stavak 1. i članak 73. stavak 1. ZUS-a.

32 Članak 57. stavak 2. ZUS-a.

33 Đerđa, D., Šikić, M., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, op. cit., str. 285.

34 Članak 116. točka 2. i 3. ZUP-a. *Drugostupanjsko tijelo odbiti će žalbu ako utvrdi: da je u prvostupanjskom postupku bilo nedostataka, ali da su oni takvi da nisu mogli utjecati na rješenje stvari; da je prvostupanjsko rješenje na zakonu osnovano, ali zbog drugih razloga, a ne zbog onih koji su u rješenju navedeni.*

2.4. Poništavanje prvostupanjske presude

U slučaju osnovanosti žalbe Visoki upravni sud mora poništiti prvostupanjsku presudu, sam otkloniti nedostatke postupka i presudom riješiti stvar.³⁵ Valja uočiti da ZUS koristi termin *ponišćavanja* nezakonite presude, što podrazumijeva djelovanje *ex tunc*, odnosno valjanost takve prvostupanjske presude negira se od početka (*ab initio*).³⁶

Dakle u slučaju osnovanosti žalbe, ali ako nađe neki nedostatak na koji pazi po službenoj dužnosti (ništavost pojedinačne odluke ili ništetnost upravnog ugovora³⁷), žalbeni sud u upravnom sporu bez izuzetka mora donijeti reformacijsku presudu,³⁸ odnosno stavljajući izvan snage presudu prvostupanjskog upravnog suda, Visoki upravni sud nikada nema kasatorne ovlasti.

Kasatorne ovlasti znače da je žalbeni sud ovlašten samo staviti izvan snage pobijanu prvostupanjsku presudu, ali ne može meritorno odlučivati o osnovanosti tužbenog zahtjeva drukčije od prvostupanjskog suda, iako odbijanjem pravnog lijeka bitno odlučuje o meritumu. S druge strane reformacijske ovlasti drugostupanjskom sudu daju mogućnost (a u upravnom sporu i obvezu!) da preinači prvostupanjsku odluku, odnosno zamijeni ju svojom. Donošenje reformacijske presude složena je aktivnost te u sebi sadrži i kasatorno ovlaštenje. Drugostupanjski sud donosi dvije odluke: jednom poništava pobijanu presudu, a drugom tu presudu nadomješta svojom - novom meritornom presudom žalbenog suda.³⁹

U obrazloženju Konačnog prijedloga ZUS-a (vezano i uz ovlasti prvostupanjskih upravnih sudova) navodi se ...*“Donošenjem reformacijskih umjesto isključivo kasatornih odluka snažno se afirmiraju načela učinkovitosti i donošenja odluka u razumnom roku - to se može smatrati najznačajnijom novinom u što bržem ostvarivanju prava stranaka u upravnom sporu”*... Slijedi kako je ovo zakonsko rješenje posljedica težnje k efikasnosti upravnog spora kako bi se skratilo vrijeme trajanja postupka.⁴⁰

I ovo zakonsko rješenje specifično je za upravni spor i različito od ostalih pozitivnih procesnih zakona. Primjerice žalbeni sud i u parničnom i u kaznenom postupku ima ovlasti u zakonom propisanim slučajevima ukinuti prvostupanjsku presudu i predmet vratiti na ponovno suđenje.⁴¹ U novom ZUP-u nalaze odredbe slične ZUS-u, jer se sada i u upravnom postupku drugostupanjskom tijelu prije svega nameće obveza da ako su u povodu žalbe ispunjeni uvjeti za poništavanje prvostupanjskog rješenja, samo riješi stvar ne vraćajući predmet na ponovni

35 Članak 74. stavak 2. ZUS-a.

36 Perić, B., *Struktura prava*, Informator, Zagreb, 1994., str. 118.

37 Članak 73. stavak 1. ZUS-a.

38 *Reforma (lat. reformare): preoblikovanje, promjena, preustrojstvo, preinačenje, preinaka, preuđšavanje, preuredba, poboljšanje, popravak, preobrazba, preobražaj*. Klaić, B., *Rječnik stranih riječi*, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1983.

39 Triva, S., Dika, M., *Gradansko parnično procesno pravo*, op. cit., str. 671.

40 *Obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS-a* sa 16. sjednice Hrvatskog sabora.

41 Članak 369. i 370. ZPP-a. Članak 480. stavak 1. ZKP-a.

postupak prvostupanjskom tijelu, međutim dopušteni su i neki izuzeci od tog pravila.⁴²

Nedvojbeno je da propisivanje obveznog donošenja reformacijske presude žalbenog suda pridonosi učinkovitosti i ubrzanju postupka, no može se (za sada bez odgovarajuće sudske prakse) postaviti pitanje je li ipak trebalo predvidjeti poneku iznimnu mogućnost odstupanja od tog pravila, odnosno je li naš pravni sustav koji se u domeni upravnog sudovanja temeljio pretežno na kasatornim odlukama, spreman za tako veliki, potpuni i nagli zaokret. U vrijeme pisanja ovog rada još nije bilo sudske prakse vezane uz izvršenje reformacijskih presuda (pa i prvostupanjskih),⁴³ a tek će to pokazati stvarne posljedice novog propisa. S druge strane, propisivanje makar i jednog izuzetka od obveze donošenja reformacijske presude nosi opasnost da izuzetak postane pravilo, čime se ne bi postigao cilj zakonodavca.

Nadalje ovakva regulacija može se pokazati nedostatnom ako prvostupanjski sud sam odluči o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u sporu u kojem to nije ovlašten, jer se radi o rješavanju upravne stvari diskrecijskom ocjenom javnopravnog tijela. Žalbeni sud morao bi takvu presudu ocijeniti nezakonitom, jer se radi o povredi pravila upravnog spora.⁴⁴ S obzirom na to da se radi o diskrecijskoj ocjeni ne bi smio zadirati u ovlasti javnopravnog tijela i suditi u sporu pune jurisdikcije. Međutim, druge mogućnosti nema.

Osim toga, može se problematizirati hoće li obveza donošenja reformacijske presude ponekad nužno značiti i zahvaćanje u neosporavane dijelove prvostupanjske presude, a to bi bilo suprotno ovlaštenju suda da presudu ispituje samo u osporavanom dijelu i protivno načelu pravomoćnosti.

Slijedi kako se u slučaju osnovanosti žalbe drugostupanjski upravni spor mora provesti kao spor pune jurisdikcije, dakle Visoki upravni sud mora presudom riješiti stvar, zapravo tužbeni zahtjev. Ovo znači da primjerice ako je prvostupanjski sud pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje, drugostupanjski sud mora sam utvrditi pravno odlučne činjenice. No sprječava li ga u tomu odredba ZUS-a koja ne omogućuje *beneficium novorum*, jer je propisano kako se u žalbi ne mogu iznositi nove činjenice, dakle činjenični supstrat ograničen je na prvostupanjski upravni spor?⁴⁵ I o ovom pitanju bit će zanimljivo vidjeti sudsku praksu, a za sada bi trebalo

42 Članak 117. stavak 2. ZUP-a. Vidi Đerđa, D., *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 260. do 273.

43 *Pravomoćna presuda suda obvezna je za stranke u upravnom sporu i njihove pravne slijednike*. Članak 10. stavak 1. ZUS-a.

44 Članak 58. stavak 1. ZUS-a. *Ako sud utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev, poništiti pobijanu odluku i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni*. Članak 4. stavak 2. ZUS-a. *Upravni spor ne može se voditi o pravilnosti pojedinačne odluke donesene primjenom slobodne ocjene javnopravnog tijela, ali se može voditi o zakonitosti takve odluke, granicama ovlasti i svrsi radi koje je ovlast dana*. Članak 5. stavak 2. ZUP-a. *U upravnim stvarima u kojima je javnopravno tijelo zakonom ovlašteno rješavati po slobodnoj ocjeni, odluka mora biti donesena u granicama dane ovlasti i sukladno svrsi radi koje je ovlast dana*.

45 Članak 69. stavak 3. ZUS-a.

naglasiti kako se iznošenje novog odnosi samo na materijalnopravne novote, ali u pravilu ne i na procesnopravno relevantne novote.⁴⁶

ZUS ne sadrži odredbe o zabrani reformacije *in peius*, što se kao posebno zanimljivo pitanje otvara zbog obveze žalbenog suda da donese reformacijsku presudu. Reformacijska presuda koju je donio sud drugog stupnja (a druge mogućnosti u slučaju osnovanosti žalbe nema) mogla bi značiti i presuđenje na štetu žalitelja. Je li to suprotno načelu dispozicije (jer podnošenje pravnog lijeka i određivanje opsega osporavanja presude je dispozitivno pravo stranke) i načelu *ne bis in idem* (budući da neosporavani dio presude postaje pravomoćan, a žalbeni sud u upravnom sporu ispituje presudu samo u osporavanom dijelu i u granicama žalbenih razloga).⁴⁷ Osim toga, u drugostupanjskom upravnom postupku, uz propisane iznimke, vrijedi načelo zabrane reformacije *in peius*.⁴⁸ S druge strane ne smije se zaboraviti da upravno pravo spada u grupu javnog prava⁴⁹ te da je procesnopravni zahtjev u upravnom sporu usmjeren na ocjenu zakonitosti odluka javnopravnih tijela. Navedeno zahtijeva i da presuda suda o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke kojom se zamjenjuje odluka javnopravnog tijela bude prije svega zakonita, dakle da se, neovisno o traženjima i prijedlozima stranaka, ne prizna nešto drugo ili više od onog što stranci pripada na temelju zakona (odnosno jednako tako odredi obveza). U svakom slučaju ako žalbeni sud utvrdi postojanje razloga ne koje pazi po službenoj dužnosti (ništavost pojedinačne odluke odnosno ništetnost upravnog ugovora) bio bi ovlašten reformirati prvostupanjsku presudu na štetu žalitelja.

Posebno važan dio odluke žalbenog suda ima obrazloženje, u kojem je potrebno ocijeniti žalbene navode koji su od odlučnog značenja za odluku te navesti razloge koje je sud uzeo u obzir pri donošenju odluke. Svakako bi trebalo navesti i razloge koje je sud uzeo po službenoj dužnosti.⁵⁰ Obrazloženje obuhvaća cjelokupni relevantni postupovni i materijalnopravni supstrat, jer obrazloženje presude postaje izvor prava i ne djeluje samo prema strankama u sporu, već i *pro futuro*.⁵¹

U odredbama ZUS-a o presudi i prvostupanjskog i drugostupanjskog suda, zakonodavac je propustio normirati mogućnost donošenja dopunske presude, što se u praksi može pokazati značajnim nedostatkom, pa će se do eventualne novele ZUS-a ova praznina u praksi na neki način trebati popuniti.

U sporu pune jurisdikcije Visoki upravni sud ovlašten je održati i raspravu, ali to nije obavezan. Odluka o tomu prepuštena je sudu.⁵²

46 Triva, S., Dika, M., op. cit., str. 675.

47 O zabrani tzv. reformacije *in peius* vidjeti u Triva, S., Dika, M. Građansko parnično procesno pravo. *Op. cit.* Str. 712. do 713.

48 Članak 118. ZUP-a. Đerđa, D., Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj, op. cit., str. 265.

49 O odnosu javnog i privatnog prava vidjeti u Perić, B., Država i pravni sustav, Informator, Zagreb, 1994., str. 168. do 170.

50 Članak 75. stavak 2. ZUS-a. Triva, S., Dika, M., Građansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 713.

51 Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, op. cit., str. 287.

52 Članak 73. stavak 2. ZUS-a.

2.5. *Odgoda izvršenja prvostupanjske presude*

Pravilo je da žalba u upravnom sporu nema suspenzivni učinak, međutim Visoki upravni sud na prijedlog žalitelja može odgoditi izvršenje pobijane presude.⁵³ Dakle, hoće li Sud uspostaviti suspenzivni učinak žalbe ovisno je prije svega o dispoziciji žalitelja, jer ako on to ne traži, Sud nije ovlašten odgoditi izvršenje presude.

ZUS međutim ne propisuje uvjete pod kojima će se odgoditi izvršenje presude, kao što je primjerice propisao kod odgovnog učinka tužbe.⁵⁴ Nedostatak kriterija za uspostavljanje suspenzivnog učinka žalbe sigurno će dovesti do poteškoća u primjeni ove odredbe te se može postaviti pitanje je li ipak trebalo propisati barem neke uvjete pod kojima bi se dopustila odgoda izvršenja. U obrazloženju Konačnog prijedloga ZUS-a obrazlaže se kako će Sud odgoditi izvršenje presude ako to smatra primjerenim, U komentaru ZUS-a navodi se kako bi trebalo uzeti u obzir težinu štetnih posljedica koje bi izvršenje sudske presude moglo imati za stranke.⁵⁵

O odgodi izvršenja prvostupanjske presude, Visoki upravni sud odlučuje rješenjem, jer se radi o postupovnom pitanju.⁵⁶

3. ŽALBA PROTIV RJEŠENJA

3.1. *Ispitivanje podobnosti žalbe*

3.1.1. *Dopuštenost žalbe (samostalne i nesamostalne žalbe)*

ZUS razlikuje dvije vrste žalbi protiv rješenja: one koje se mogu podnijeti samostalno i o kojima se vodi posebni žalbeni postupak te žalbe koje su po svojoj prirodi nesamostalan (vezan) pravni lijek, odnosno kojima se zakonitost rješenja pobija žalbom protiv odluke kojom se konačno odlučuje u upravnom sporu. Takve su žalbe *u biti napad na razloge odluke protiv koje je dopušten samostalni pravni lijek ako se odluka zasniva na prethodno donesenoj odluci protiv koje samostalni pravni lijek nije bio dopušten.*⁵⁷

Samostalna žalba protiv rješenja prvostupanjskih upravnih sudova dopuštena je samo, ako je to izričito propisano ZUS-om, dok protiv rješenja Visokog upravnog

53 Članak 66. stavak 6. ZUS-a.

54 Članak 26. stavak 2. ZUS-a. *Sud može odlučiti da tužba ima odgovni učinak ako bi se izvršenjem pojedinačne odluke ili upravnog ugovora tužitelju nanijela šteta koja bi se teško mogla popraviti, ako zakonom nije propisano da žalba ne odgađa izvršenje pojedinačne odluke, a odgoda nije protivna javnom interesu.*

55 Obrazloženje Konačnog prijedloga ZUS-a sa 16. sjednice Hrvatskog sabora. Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, op. cit., str. 276.

56 Članak 65. stavak 1. ZUS-a.

57 Triva, S., Dika, M., Gradansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 662. i 715.

suda žalba nikad nije dopuštena.⁵⁸ Ovakva regulacija doprinosi ubrzanju vođenja upravnog spora. No može se postaviti pitanje je li zbog težnje za učinkovitošću, u određenim slučajevima koji se dalje obrazlažu, neopravdano propušteno propisati pravo žalbe na neka sudska rješenja kojima se dovršava spor.

Mogućnost podnošenja žalbe protiv rješenja predviđena je, primjerice, u slučaju odbacivanja neuredne tužbe, prekida ili obustave upravnog spora, kao i protiv rješenja o privremenoj mjeri i ispravku presude.⁵⁹

Međutim, izostala je mogućnost podnošenja žalbe protiv rješenja kojim se tužba odbacuje iz razloga što nisu ispunjene pretpostavke za vođenje upravnog spora.⁶⁰ Takvo zakonsko određenje pokazuje se neopravdanim⁶¹ te se može postaviti pitanje dosljednosti ZUS-a, jer je istovremeno dopuštena žalba protiv rješenja o odbacivanju neuredne tužbe i rješenja o obustavi spora kojima se dovršava upravni spor, a ta posljedica nastupa i ako sud odbaci tužbu, jer je ocijenio da nisu ispunjene pretpostavke za vođenje spora. U praksi je osim toga jednostavnije procijeniti je li tužba uredna, nego ispitati, primjerice, postoji li pravni interes tužitelja, odnosno je li sudska zaštita osigurana izvan upravnog spora. U tim će slučajevima sud uz utvrđenje kako tužitelj nema pravnog interesa ili je sudska zaštita osigurana izvan upravnog spora, ocijeniti da ne postoje pretpostavke za vođenje spora. I u slučaju ocjene da je tužba neuredna kao i postojanja neke od zapreka za vođenje upravnog spora, tužba se odbacuje, ali je različito riješeno pitanje dopustivosti žalbe.

Sva rješenja protiv kojih nije dopuštena samostalna žalba, a koja se odnose na upravljanje sporom i donose tijekom upravnog spora, nezadovoljna stranka će imati mogućnost osporavati nesamostalnim (vezanim) pravnim lijekom, odnosno u žalbi protiv odluke kojom se konačno odlučuje u upravnom sporu.

Međutim, rješenje kojim se tužba odbacuje jer ne postoje pretpostavke za vođenje spora, ne može se osporavati ni u kojem slučaju. Samostalna žalba protiv tog rješenja nije dopuštena, a do nesamostalne ne može ni doći, budući da je upravo to rješenje kojim se dovršava upravni spor. Na neopravdanost izostanka prava na žalbu u ovom slučaju prije svega ukazuju posljedice tog sudskog rješenja, koje su značajne jer se tužitelju uskraćuje sudska zaštita pred upravnim sudom. Pri tomu treba imati na umu da se tužba u upravnom sporu podnosi u roku od 30 dana od dostave pojedinačne odluke, što znači da u slučaju odbacivanja tužbe odluka

58 Članak 67. stavak 1. ZUS-a.

59 Članak 29., 45., 46., 47. i 64. ZUS-a.

60 Članak 30. ZUS-a. *Sud će rješenjem odbaciti tužbu, jer ne postoje pretpostavke za vođenje spora, ako utvrdi: 1. da je tužba podnesena nepravodobno ili prijevremeno, 2. da se pojedinačnom odlukom, postupanjem ili upravnim ugovorom ne dira u pravo ili pravni interes tužitelja, 3. da protiv pojedinačne odluke, postupanja ili upravnog ugovora nije iskorišten redovit pravni lijek, 4. da je sudska zaštita osigurana izvan upravnog spora, 5. da već postoji pravomoćna odluka donesena u upravnom sporu u istoj stvari, 6. da je tužba podnesena protiv postupovne odluke, osim ako zakonom nije drukčije propisano.*

61 Tako i Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, op. cit., str. 187.

javnopravnog tijela postaje pravomoćna,⁶² a posljedice eventualno pogrešnog odbacivanja tužbe se više neće moći ispraviti, odnosno možda će se moći ispraviti podnošenjem nekog izvanrednog pravnog lijeka protiv pravomoćne odluke javnopravnog tijela u upravnom postupku, ako će takav lijek biti dopušten imajući na umu restriktivnost razloga i rokova za dopustivost izvanrednog pravnog lijeka.

3.1.2. Pravodobnost, procesna legitimacija, urednost

Na podnošenje i druga pitanja odlučivanja o žalbi protiv rješenja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o podnošenju i odlučivanju o žalbi protiv presude.⁶³ Dakle, žalbeni sud će odbaciti nepravodobnu žalbu, žalbu koju je podnijela neovlaštena osoba, neurednu kao i nedopuštenu žalbu. Pri tome samo ako je žalba dopuštena, ona ima kvalitetu dvostranog pravnog lijeka, jer će se dostaviti svim strankama u sporu na očitovanje. U svim drugim slučajevima ona je jednostran pravni lijek.

U slučaju osporavanja zakonitosti nekog rješenja žalbom protiv presude, dopuštenost žalbe protiv rješenja kao nesamostalnog pravnog lijeka u upravnom sporu, ovisi o dopuštenosti žalbe protiv presude, odnosno takav nesamostalan pravni lijek bit će dopušten samo ako je prvostupanjska presuda reformacijske naravi.⁶⁴ Ako to nije, znači da žalba protiv presude nije dopuštena, što znači da drugostupanjski sud neće moći ispitati ni zakonitost rješenja koje se osporava takvom žalbom, a koje nije dopušteno pobijati samostalnom žalbom. Jedno od rješenja protiv kojeg samostalna žalba nije dopuštena i koje bi se, dakle, moglo pobijati samo žalbom protiv presude, rješenje je o troškovima spora.⁶⁵

3.2. Ispitivanje osnovanosti žalbe

Odluku o dopuštenosti žalbe žalbeni sud će manifestirati konkludentno, prelazeći na ispitivanje njezine osnovanosti, odnosno zakonitosti osporavanog rješenja, u okviru opsega osporavanja i žalbenih razloga.

3.3. Odbijanje žalbe

Imajući na umu da se kod odlučivanja o osnovanosti žalbe na odgovarajući način primjenjuju odredbe ZUS-a o odlučivanju o žalbi protiv presude, zaključuje se da će žalbeni sud odbiti žalbu protiv rješenja ako je neosnovana (ne postoje razlozi osporavanja), ali ako oni postoje, ali ne dovode do drugačije odluke.⁶⁶

62 Članak 24. ZUS-a. Članak 13. ZUP-a: *Načelo zaštite stečenih prava stranaka. Odluka javnopravnog tijela protiv koje se ne može izjaviti žalba niti pokrenuti upravni spor (pravomoćna odluka), a kojom je stranka stekla određeno pravo odnosno kojom su stranci određene neke obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom.*

63 Članak 67. stavak 3. ZUS-a.

64 Tako i Đerđa, D., Šikić, M., Komentar Zakona o upravnim sporovima, op. cit., str. 277.

65 Članak 79. ZUS-a.

66 Članak 67. stavak 3. u svezi s člankom 74. stavak 1. ZUS-a.

3.4. Poništavanje prvostupanjskog rješenja

Propisujući ovlasti žalbenog suda kod odlučivanja o žalbi protiv rješenja, ZUS je propisao da će Visoki upravni sud poništiti nezakonito rješenje, a kao što je ranije navedeno na odlučivanje o žalbi protiv rješenja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o odlučivanju o žalbi protiv presude.⁶⁷

U sudskoj praksi se tako prije svega postavilo pitanje odlučuje li se o žalbi protiv rješenja presudom ili rješenjem. Visoki upravni sud protumačio je da se odlučuje rješenjem, jer se radi o postupovnim pitanjima, a o njima se odlučuje rješenjem.⁶⁸

Nadalje se postavilo pitanje koje ovlasti ima drugostupanjski sud kada odlučuje o žalbi protiv rješenja. Kao što je već navedeno, ZUS propisuje da će Visoki upravni sud poništiti nezakonito rješenje, a u svezi s odlučivanjem o žalbi protiv rješenja na odgovarajući se način primjenjuju odredbe o odlučivanju žalbi protiv presude. Stoga bi se dalo zaključiti kako u slučaju osnovanosti žalbe protiv rješenja žalbeni sud ima reformacijske ovlasti. Međutim u praksi se postavilo pitanje, ima li i kasatorne ovlasti. Visoki upravni sud je dio odredbe koji propisuje primjenu odredbi o odlučivanju žalbi protiv presude *na odgovarajući način* protumačio tako da su tom sudu dodijeljene i kasatorne ovlasti.⁶⁹

Argumentacija za ovakav stav nalazi se u činjenici što bi suprotno tumačenje u određenim situacijama dovelo do poremećaja nadležnosti i preuzimanja uloge prvostupanjskog suda od strane drugostupanjskog suda u predmetima u kojima posebnim zakonom nije propisana nadležnost Visokog upravnog suda kao prvostupanjskog suda. Primjerice, ako bi Visoki upravni sud kao žalbeni sud našao osnovanu žalbu protiv prvostupanjskog rješenja, kojim se tužba odbacuje kao neuredna i ocijenio tužbu urednom, u slučaju postojanja samo reformacijskih ovlasti trebao bi se staviti u ulogu prvostupanjskog suda i provesti prvostupanjski upravni spor te donijeti prvostupanjsku presudu. Ovo bi stranci uskratilo daljnju mogućnost podnošenja žalbe protiv prvostupanjske presude, jer u strukturi upravnog sudovanja ne postoji viši sud koji bi bio ovlašten odlučivati o redovnom pravnom lijeku protiv presude Visokog upravnog suda.

S tim u svezi treba podsjetiti kako postoje područja u kojima Visoki upravni sud sudi u prvom i jedinom stupnju (ranije spomenuti Zakon o elektroničkim komunikacijama). Međutim tu se radi o izričitoj zakonskoj odredbi kojom je tako nadležnost propisana.

67 Članak 67. stavak 3. ZUS-a.

68 Članak 65. stavak 1. ZUS-a. Vidjeti za primjer rješenje Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj USŽ-129/2012 od 27. rujna 2012.

69 Vidjeti za primjer rješenje Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj USŽ-147/2012 od 13. rujna 2012.

3.5. Odgoda izvršenja prvostupanjskog rješenja

Samostalna žalba protiv prvostupanjskog rješenja nije suspenzivan pravni lijek, dakle ne odgađa izvršenje prvostupanjskog rješenja niti ZUS daje mogućnost žalbenom sudu da uspostavi odgovni učinak.⁷⁰

4. ZAKLJUČAK

Razmatrajući pravila žalbenog postupka u upravnom sporu uvijek se prije svega nameće pitanje opravdanosti restriktivnog, tzv. „filtra za žalbu“, što međutim nije bio predmet ovog rada, ali se analizirajući ovlasti žalbenog suda u upravnom sporu mora poći od te odredbe od koje ovisi dopuštenost žalbe, a samim time i tijekom žalbenog postupka. Za ocjenu dopuštenosti žalbe osobito je važna praksa žalbenog suda, odnosno tumačenje što znači da je sud prvog stupnja *sam odlučio* o pravu, obvezi ili pravnom interesu (je li to samo presuda kojom se priznaje određeno pravo, odnosno nameće obveza; je li to u određenim slučajevima i presuda kojom se samo poništavaju rješenja donesena u upravnom postupku po službenoj dužnosti te je li to i presuda kojom prvostupanjski sud odbija tužbeni zahtjev, ali u potpunosti mijenja razloge osporavane pojedinačne odluke).

U slučaju osnovanosti žalbe protiv presude ostaje otvorenim pitanje je li žalbenom sudu barem izuzetno trebalo ostaviti i kasatorne ovlasti. S obzirom na to da se ZUS u dijelu procesnih normi oslanja na pravila parničnog postupka, možda bi u eventualnoj noveli ZUS-a valjalo razmisliti kako prema teoriji parničnog procesnog prava radi otklanjanja postupovnih povreda drugostupanjski sudovi imaju u pravilu samo kasatorna ovlaštenja, u odnosu na pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kasatorna i reformacijska ovlaštenja, a u odnosu na pogrešnu primjenu materijalnog prava samo reformacijska ovlaštenja.⁷¹

Naravno uvijek treba imati na umu posebnost upravnog sudovanja, kojemu prethode dva stupnja upravnog postupka te već i tužba u upravnom sporu ima značenje svojevrsnog pravnog lijeka kojim se traži otklanjanje nedostataka prethodno provedenog upravnog postupka. Iz tog zbog toga je opravdan argument zakonodavca kojim se isključivo reformacijska ovlaštenja žalbenog suda opravdavaju razlozima ekonomičnosti postupka (ukupnosti postupka: upravnog i upravnog spora), međutim možda bi pokoji izuzetak ipak opravdao pravilo.

Poteškoće pri donošenju drugostupanjske reformacijske presude vjerojatno će činiti i zabrana korištenja instituta *beneficium novorum*, ali i za sada otvoreno pitanje postoji li u povodu žalbe u upravnom sporu zabrana reformacije *in peius*.

U potpunosti je izostala regulacija uvjeta pod kojima će žalbeni sud odgoditi izvršenje presude te je, čini se, neopravdano izostala mogućnost pobijanja prvostupanjskog rješenja kojim se tužba odbacuje zbog toga što ne postoje

70 Članak 67. stavak 2. ZUS-a.

71 Triva, S., Dika, M., Gradansko parnično procesno pravo, op. cit., str. 671.

pretpostavke za vođenje upravnog spora, budući da se radi o rješenju kojim se dovršava upravni spor. Isto tako nije dopuštena samostalna žalba ni protiv rješenja o troškovima spora, što znači da će se takvo rješenje moći pobijati samo protiv odluke kojom se upravni spor konačno dovršava – ako je ta žalba dopuštena.

Na dio ovih pitanja odgovorit će buduća praksa Visokog upravnog suda, a o dijelu bi trebalo razmisliti pri eventualnoj izmjeni ZUS-a ili bi upravo zbog njih i trebalo pristupiti izmjeni.

Summary

THE POWERS OF COURT OF APPEAL IN ADMINISTRATIVE DISPUTE

This paper analyzes the powers of the High Administrative Court of the Republic of Croatia as an appellate court when deciding on appeals against judgments, i.e. decisions of the first-instance administrative courts, in light of the comprehensive reform of the administrative dispute as of 1 January 2012. The steps of the appeal procedure from examining the grounds of the appeal to be decided on the basis of established facts to adjudication based on the established facts are presented in detail. Furthermore, focus is placed on certain problems identified in case law when applying provisions of the new Administrative Dispute Act, as well as doubts for which settled case law offers no answers. Finally, observations on normative regulations of this part of the administrative dispute are put forward, while providing for possible directions of future legal changes.

Key words: *appeal, admissibility of appeal, grounds of appeal, dismissal of appeal, annulment of first-instance decision, suspension of the first-instance decision.*

Zusammenfassung

BEFUGNISSE DES BERUFUNGSGERICHTES IM VERWALTUNGSSTREIT

In der Arbeit werden die Befugnisse des Hohen Verwaltungsgerichtes der Republik Kroatien als Berufungsgerichtes beim Entscheiden über Berufungen gegen Urteile beziehungsweise gegen Beschlüsse erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte analysiert. Es wird der Verlauf des Berufungsverfahrens ab der Prüfung der Eignung von Berufung zur meritorischen Entscheidung bis zum Treffen der meritorischen Entscheidung über die Berufung dargestellt und es wird auf die in der Rechtsprechung wahrgenommenen Probleme bei der Anwendung dieses Teils der Bestimmungen des neuen Gesetzes über den Verwaltungsstreit als auch auf die Zweifel, welche die Rechtsprechung noch nicht beantwortet hat, hingewiesen.

Schlüsselwörter: *Berufung, Berufungszulässigkeit, Berufungsbegründung, Berufungsablehnung, Nichtigkeitserklärung der erstinstanzlichen Entscheidung, Verschiebung des Vollzugs der erstinstanzlichen Entscheidung.*

Riassunto

**POTERI DELLA CORTE D'APPELLO NEL CONTENZIOSO
AMMINISTRATIVO**

Nel contributo si analizzano i poteri dell'Alta Corte amministrativa della Repubblica di Croazia, quale Corte d'Appello, quando è chiamata a pronunciarsi riguardo alle sentenze impugnate, ovvero riguardo ai provvedimenti di primo grado dei Tribunali amministrativi. Si espone l'iter del procedimento d'appello dalla valutazione dell'opportunità del ricorso ai fini della pronuncia meritoria fino all'emanazione della decisione. Si segnalano altresì le questioni emerse nella prassi giurisprudenziale con riferimento all'applicazione delle disposizioni della nuova legge sui contenziosi amministrativi (ZUS), come anche le questioni aperte cui la giurisprudenza non ha ancora dato delle risposte.

Parole chiave: ricorso, ammissibilità del ricorso, fondamento del ricorso, rigetto del ricorso, annullamento della decisione di primo grado, sospensione dell'esecuzione della decisione di primo grado.

AKTUALNA VPRAŠANJA PRI STATUSNIH PREOBLIKOVANJIH V REPUBLIKI SLOVENIJI (IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE 2009/109/EC)

Dr. sc. Saša Prelič, izvanredni profesor
Mag. Jerneja Prostor, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru
Slovenija

UDK: 347.725::061.1EU
347.725(497.4)
Ur.: 14. veljače 2013.
Pr.: 12. ožujka 2013.
Prikaz

AKTUALNA PITANJA STATUSNIH PROMJENA TRGOVAČKIH DRUŠTAVA U REPUBLICI SLOVENIJI (IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE 2009/109/EC)

Sažetak

U radu se daje prikaz izmjena i dopuna odredbi Zakona o trgovačkim društvima u Republici Sloveniji iz 2012. godine, koje se odnose na statusne promjene trgovačkih društava, a nastale su implementacijom Direktive 2009/109/EC. Direktiva predviđa pojednostavljenje postupaka pripajanja, spajanja i podjela trgovačkih društava: a) pojednostavljenim informacijskih zahtjevima za obavještanje dioničara prije skupštine koja odlučuje o pripajanju, spajanju ili podjeli, posebno u slučajevima tzv. grupnih pripajanja, spajanja i podjela; b) sprječavanjem dupliciranja izrade posebnih izvješća, ako su takva izvješća sastavljena prema drugim odredbama, c) liberalizacijom korištenja interneta i drugih sredstava elektroničke komunikacije. Poseban se osvrt daje na postupke pripajanja i spajanja društava kapitala u slovenskom pravu.

Ključne riječi: pripajanje, spajanje, Direktiva 2009/109/EZ.

1. UVOD

Področje statusnih preoblikovanj predstavljajo posebna pravila za podjetniška prestrukturiranja. Vanj spadajo posebna pravila za združitve (tako nacionalne, kot tudi mednarodne), delitve, prenos premoženja in spremembo pravnoorganizacijske oblike. Te vrste statusnih preoblikovanj ureja tudi ZGD-1 (VI. del: statusno preoblikovanje družb, člani 579-673.a).

Skupna značilnost pravil za statusna preoblikovanja je, da temeljijo na posebnih pravnih principih, zaradi katerih deležnike udeleženih družb – predvsem upnike in manjšinske imetnike deležev – izpostavljajo nekaterim specifičnim tveganjem, ki jih z uporabo instrumentarija splošnega prava gospodarskih družb ni mogoče celovito nevtralizirati.¹ Zato predmet normativnega urejanja na področju statusnih preoblikovanj ni le oblikovanje tehničnih pravil za skrajšanje in poenostavitev podjetniških prestrukturiranj, temveč tudi oblikovanje pravnega okvirja za zaščito položaja tistih deležnikov udeleženih družb, katerih pravni položaj bi v teh postopkih lahko bil prizadet. Ta pravila naj bi zagotovila nespremenljivost (neposlabšanje) pravnega položaja upnikov in manjšinskih imetnikov deležev.

Zaradi svojega gospodarskega pomena so nekatere vrste statusnih preoblikovanj podrobneje urejene tudi z mednarodnimi dokumenti. Normativno se posega na področje tako imenovanih materialnih statusnih preoblikovanj, to je na področje združevanja družb in njihovih delitev. Minimalne standarde zaščite interesa upnikov in manjšinskih imetnikov deležev pri tako imenovanih nacionalnih združitvah, določa 3. direktiva,² pri delitvah pa 6. direktiva.³ Področje čezmejnega združevanja je normativno urejeno posebej, z direktivo o čezmejnih združitvah.⁴ Vse naštetе direktive so v ZGD-1 doslej že ustrezno implementirane.

V evropskem prostoru se ugotavlja, da so posamezni zaščitni mehanizmi, določeni v navedenih direktivah, postali preobsežni. Zato je bila leta 2009 sprejeta direktiva 2009/109/ES,⁵ katere namen je določiti še nekatere dodatne poenostavitve pri združitvah in delitvah ter s tem zmanjšati administrativne ovire za kapitalne družbe, ki so udeležene v teh postopkih.

Poenostavitve po tej direktivi gredo zlasti v smeri:

– poenostavljanja informacijskih zahtev glede obveščanja imetnikov deležev v času priprave skupščine, torej pred odločanjem o združitvi oziroma delitvi, še posebej pa v primerih tako imenovanih koncernskih združitvah (pa tudi koncernskih delitev);

– opredeljevanja nepotrebniosti podvajanja izdelave posameznih poročil, če so taka poročila izdelana po drugih predpisih;

1 Podrobneje Prelič: *Materialno statusno preoblikovanje – zaščita interesov upnikov in imetnikov deležev kapitalnih družb pred tveganji združevanja in delitev*; GV Založba, Ljubljana [2005].

2 *Directive 78/855/EEC, concerning mergers of public limited liability companies*; 3. direktiva EU o združitvi delniških družb, z dne 9. oktobra 1978.

3 *Directive 82/891/EEC, concerning the division of public limited liability companies*; 6. direktiva EU o delitvi delniških družb, z dne 17. decembra 1982.

4 *Directive 2005/56/EC on cross-border mergers of limited liability companies*; direktiva 2005/56/ES o čezmejnih združitvah kapitalnih družb, z dne 26. oktobra 2005; Podrobneje Prostor: *Čezmejne združitve kapitalnih družb v Evropski uniji*; PiD 1/2007, strani 87-105.

5 *Directive 2009/109/EC, amending Council Directives 77/91/EEC, 78/855/EEC and 82/891/EEC, and Directive 2005/56/EC as regards reporting and documentation requirements in the case of mergers and divisions*; direktiva 2009/109/ES o spremembi direktiv Sveta 77/91/EEG, 78/855/EEG in 82/891/EEG ter Direktive 2005/56/ES glede zahtev za poročanje in dokumentiranje v primeru združitve in delitev, z dne 16. septembra 2009.

– liberalizacije pogojev uporabe interneta in drugih pripomočkov za elektronsko sporočanje.

Države članice so morale določbe direktive implementirati do 30. junija 2011. V slovensko pravo je bila ta direktiva pretočena z novelo ZGD-1F⁶, ki je bila sprejeta 19. aprila preteklo leto. Novela ne prinaša konceptualnih sprememb v ureditvi združitve delniških družb, enako pa velja še za druge gospodarske družbe. Nedvomno pa prinaša pomembne spremembe nekaterih institutov in izvedbenih vprašanj, zlasti v smislu nadaljnega poenostavljanja procedure. Te bodo gotovo pomembne za poslovno prakso.

2. NOVELA ZGD-1F (2012)

2.1. Spremembe pravne ureditve združitve delniških družb

Poglavitne novosti novele ZGD-1F se nanašajo na:

- poročilo posloводства o pripojitvi (582. člen ZGD-1),
- pripravo in izvedbo skupščine, ki naj bi odločala o pripojitvi (586. člen ZGD-1) ter v tej zvezi na spremembe uresničevanja pravice imetnikov deležev do obveščenosti, ter
- poenostavljeno pripojitev (599. člen ZGD-1).

Novelirane določbe glede pripojitev delniških družb se smiselno uporabljajo tudi za spojitve teh družb (prvi stavek prvega odstavka 616. člena ZGD-1). Pri spojitvah – kot obliki združitve z ustanovitvijo nove družbe, pri katerih se smiselno uporabljajo določbe ZGD-1 o ustanovitvi nove družbe – delniških družb uvaja novela še dodatno spremembo. Ta se nanaša na revizije, ki se morajo opraviti ob spojitvi – ustanovitvi nove družbe.

2.1.1. Poročilo posloводства o pripojitvi

Pri pripojitvah (kot obliki združitve s prevzemom) delniških družb ima – kot centralni element vnaprejšnjega varovanja interes delničarjev – osrednji pomen poročilo posloводства o pripojitvi (582. člen ZGD-1).⁷ Namenjeno je pravočasni (vnaprejšnji) seznanitvi delničarjev z vsemi modalitetami, ki so pomembne za odločitev (glasovanje) o soglasju za pripojitev in zlasti z okoliščinami, ki so pomembne za presojo njihovega premoženjskega položaja po pripojitvi.⁸ Zato ZGD-1 tudi podrobno določa vsebino poročila.

6 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o gospodarskih družbah (ZGD1-F); Uradni list RS, št. 32/12.

7 Smiselno enako pa velja tudi pri delitvi, glede poročila posloводства o delitvi (626. člen ZGD-1). Zato veljajo navedbe, ki se nanašajo na poročilo posloводства o pripojitvi (združitvi), *mutatis mutandi* tudi za delitve.

8 Plavšak, v: Kocbek [red.]: *Veliki komentar Zakona o gospodarskih družbah*; GV Založba, Ljubljana [2007], III. knjiga, stran 461.

Novela pa ZGD-1F v tej zvezi določa dodatno obveznost posloводства. Posloводство posamezne družbe, ki je udeležena pri pripojitvi, mora obvestiti skupščino družbe in posloводства drugih družb, udeleženih pri pripojitvi, o vseh pomembnih spremembah premoženja družbe, ki so nastale v obdobju od sklenitve pogodbe o pripojitvi do zasedanja skupščine, ki odloča o soglasju o pripojitvi (novi šesti odstavek 582. člena ZGD-1). Hkrati zakon določa tudi dolžnosti posloводства drugih družb, udeleženih pri pripojitvi. O teh spremembah premoženja morajo namreč obvestiti skupščine svojih družb; te informacije so namreč pomembne za presojo primernosti menjalnega razmerja, ki se določa na dan obračuna pripojitve. Delničarji, ki bodo odločali o soglasju k pripojitvi, potrebujejo informacije o morebitnih spremembah, ki bi lahko bile morebiti celo tudi takšne, da soglasja za združitev – s tem pa tudi združitve kot take – ne bi bilo mogoče izglasovati.

Posloводство družbe, ki odloča o soglasju za pripojitev, mora pravočasno obvestiti posloводства drugih družb, ta pa morajo o spremembah obvestiti še skupščine (teh družb). Obvestilo bi moralo biti posredovano *»na tak način, da lahko ta pravočasno obvestijo svoje skupščine«*. V primeru, da so skupščine drugih družb že izglasovale sklep o soglasju za združitev, je treba sklepati, da bi po prejemu obvestila o bistveni spremembi premoženja druge udeležene družbe, o soglasju znova odločati. Lahko tudi potrdijo že sprejeti sklep o soglasju za združitev, ki bi bil sicer lahko morebiti tudi izpodbojen. Le delno je bilo to vprašanje do sedaj urejeno v petem odstavku 586. člena ZGD-1.

2.1.2. Poenostavitve procedure priprave in izvedbe skupščine delniške družbe, ki naj bi odločala o soglasju za združitev (pripojitev ali spojitev)

ZGD-1 normira različne obveznosti posloводства in določa številne formalnosti v proceduri sklicevanja in izvedbe skupščine, ki naj bi odločala o soglasju za združitev. Te so namenjene tako imenovanemu vnaprejšnjemu varovanju interesa imetnikov deležev, ki jim zagotavlja pravočasne informacije o načrtovani združitvi (586. člen ZGD-1).

Novela ZGD-1F v skladu z direktivo uzakonja številne poenostavitve in možnost uporabe informacijske tehnologije, s katero se lahko nadomesti fizično sporočanje oziroma izročanje pisnih listin. Te zmanjšujejo stroške postopka.

Osnovni normativni pristop tudi poslej je, da je treba delničarjem zagotoviti ustrezne informacije o vseh pravnih aktih in listinah o pripojitvi. Dopustno pa je, da se delničarjem pregled listin – alternativno – omogoči tudi z uporabo spletnih strani družbe. Pogoj je, da so listine vsaj mesec dni pred zasedanjem skupščine (vse do njenega zaključka), brezplačno dostopne na spletni strani družbe (novi tretji odstavek 586. člena ZGD-1). Z naslovom spletne strani družbe je treba delničarje seznaniti z obvestilom o predložitvi pravnih aktov in listin registrskemu sodišču.

Novela poenostavlja obveznost družbe, da vsakemu delničarju na njegovo zahtevo, najpozneje naslednji delovni dan, brezplačno posreduje prepis listinske dokumentacije o pripojitvi (četrti odstavek 586. člena ZGD-1). Nadomešča jo alternativna možnost brezplačnega prenosa in natisa s spletne strani družbe, s

soglasjem delničarjev pa se lahko kopije listin posredujejo tudi po elektronski pošti (peti odstavek 5. člena novele ZGD-1F, ki dopolnjuje določbo dosedanjega četrtega odstavka 586. člena ZGD-1). Če informacijska tehnologija odpove (novi sedmi odstavek 586. člena ZGD-1) je treba omogočiti pregled listin na sedežu družbe ali pa na zahtevo delničarju brezplačno izročiti prepis teh listin. To se nanaša na čas oviranega dostopa do listin na spletni strani družbe oziroma na čas, ko listin ni mogoče brezplačno prenesti in natisniti.

Družba mora nadalje objaviti in omogočiti pregled letnih poročil vseh družb, ki so udeležene pri pripojitvi, za zadnja tri poslovna leta (druga točka drugega odstavka 586. člena ZGD-1). Določena pa je poenostavitev obveznosti izdelave in predložitve vmesne bilance stanja teh družb. Po četrti točki drugega odstavka 586. člena ZGD-1 je treba izdelati in omogočiti pregled ter izročiti delničarjem tudi vmesne bilance stanja vseh tistih družb, ki so udeležene pri združitvi, če se zadnje letno poročilo teh družb nanaša na poslovno leto, ki se je končalo več kot šest mesecev pred sklenitvijo pogodbe o združitvi ali sestavitvi njenega predloga. Te vmesne bilance morajo biti sestavljene po stanju na dan zaključka zadnjega trimesečja pred sklenitvijo pogodbe o združitvi ali sestavitvi predloga take pogodbe.

Direktiva pa omogoča, da vmesne bilance ni več potrebno sestaviti, če:

- je družba po objavi zadnjega letnega poročila objavila polletno poročilo v skladu z ZTFI, in je bil delničarjem pregled tega polletnega poročila omogočen v skladu z zahtevami zakona;
- se lahko vsi delničarji vsake družbe, ki je udeležena pri združitvi, temu odpovejo na ta način, da podajo izjavo o soglasju v obliki notarskega zapisa.

2.1.3. Poenostavljena pripojitev (združitev)

Pravna teorija razlikuje koncentracijske in koncernske združitve.⁹ Za slednje je značilno, da ni v ospredju zaščita interesa družbenikov (še zlasti v primeru 100-odstotne kapitalske povezanosti), temveč varovanje interesa upnikov in s tem povezanih posebnosti pri možnostih povečanja osnovnega kapitala in izdajanja novih delnic.

Med koncernskimi združitvami razlikujemo:

- pripojitev družbe hčere k družbi materi (tako imenovani *up-stream-merger*),
- pripojitev sestrskih družb (tako imenovani *side-stream-merger*),
- pripojitev družbe matere k družbi hčeri (tako imenovani *down-stream-merger*).¹⁰

9 Podrobneje o razmejitvi Prelič: *Materialno statusno preoblikovanje – zaščita interesov upnikov in imetnikov deležev kapitalskih družb pred tveganji združevanja in delitev*; GV Založba, Ljubljana [2005], strani 65-68.

10 Podrobneje o razmejitvi Prelič: *Materialno statusno preoblikovanje – zaščita interesov upnikov in imetnikov deležev kapitalskih družb pred tveganji združevanja in delitev*; GV Založba, Ljubljana [2005], strani 65-68.

Primerljive učinke imajo tudi nekatere oblike delitev s prevzemom (na primer razdelitev družbe hčere s prenosom njenega premoženja na sestrskeske družbe, razdelitev družbe hčere s prenosom premoženja na družbo mater, in podobno). Ker pa je pri koncernskih združitvah že podana nekakšna enovitost premoženjskih mas, so upravičene tudi nekatere poenostavitve, ki olajšujejo posameznih zakonskih formalnosti (na primer glede zahteve za soglasje skupščine, glede revizij ali pa na primer formalnosti pri določanju menjalnih razmerij). Ker pri koncernskih združitvah ni zunanjih manjšinskih delničarjev (oziroma je njihovo število omejeno), ni potrebe po njihovem posebnem varovanju. Na podlagi direktive pa novela ZGD-1F uzakonja še nadaljnje poenostavitve, zlasti za primer tako imenovane poenostavljene pripojitve, katere posebnosti ZGD-1 že ureja v 599. členu.

Z normativnega vidika je treba razlikovati naslednje tri položaje:

- pripojitev družbe, ki je v 90-odstotni »lasti« prevzemne družbe,
- pripojitev 100-odstotne družbe hčere k družbi materi,
- uporaba poenostavitve na podlagi soglasja vseh delničarjev vsake družbe.

V prvem primeru ni potrebno soglasje skupščine prevzemne družbe (družbe matere, prva točka prvega odstavka 599. člena ZGD-1): o soglasju k pogodbi o pripojitvi odloča torej le skupščina prevzete družbe hčere. V tej zvezi lahko torej ob 100-odstotni kapitalski udeležbi na skupščini družbe hčere odloča kot edini delničar direktor prevzemne družbe matere, kot njen korporacijski zastopnik. Vsebinsko gledano: o tej pripojitvi odločata le oba direktorja, torej zastopnika matere in hčere. Ne glede na to pa je soglasje skupščine družbe matere – kot prevzemne družbe – potrebno:

- če to zahteva samo poslovodstvo te družbe ali
- če takšno odločanje zahteva kvalificirana manjšina delničarjev prevzemne družbe.

Poleg te dopustne izjeme glede soglasja skupščine prevzemne družbe ob pripojitvi družbe hčere vsaj v 90-odstotnem »lastništvu«, pa je takšna poenostavitev dopustna tudi tedaj, če sicer med družbama ni takšne kapitalске udeležbe, je pa menjalno razmerje takšno, da mora prevzemna družba zagotoviti delničarjem prevzete družbe delnice le v višini do 10. odstotkov svojega osnovnega kapitala. Pri tem se upošteva razmerje v povečanem osnovnem kapitalu po pripojitvi (druga točka prvega odstavka 599. člena ZGD-1).

Novela v zvezi s takšnim (prvim) primerom poenostavljene pripojitve (po prvem odstavku 599. člena ZGD-1) ni uzakonila sprememb. Novosti se nanašajo na drugi primer poenostavljene pripojitve, ko gre za pripojitev družbe hčere, ki je v 100-odstotni »lasti« družbe matere, k tej družbi. Jasno je, da je v slednjem primeru dopustna že prva poenostavitev, ki velja za družbe v 90-odstotni lasti (nepotrebnost soglasja skupščine družbe matere). Dodatno pa zakon v teh primerih poenostavljene pripojitve določa še druge poenostavitve. Doselej je bilo določeno (četrti odstavek 599. člena ZGD-1), da pri tovrstni pripojitvi in pod pogojem, da je pri pripojitvi udeležena edino ta družba hčera (kot prevzeta družba), ni treba upoštevati določb:

- 3. in 4. točke drugega odstavka 581. člena ZGD-1, ki se nanašata na navedbo menjalnega razmerja in denarnega doplačila v pogodbi o pripojitvi,
- 1. in 2. alineje 2. točke drugega odstavka 582. člena, ki se nanašata na navedbo menjalnega razmerja in denarnega doplačila v poročilu posloводства o pripojitvi, in
- 583. člena ZGD-1, ki določa obvezno revizijo pripojitve.

Poenostavitev obveznosti navedbe menjalnega razmerja in denarnih doplačil v pogodbi o pripojitvi oziroma poročilu posloводства o pripojitvi je pri pripojitvah 100-odstotne družbe hčere *up-stream* povsem razumljiva, ker prevzemna družba mati ne bo izdajala novih delnic. Prav tako ni treba upoštevati določbe 583. člena ZGD-1, ki določa revizijo pripojitve. Pri pripojitvi 100-odstotne družbe hčere k družbi materi pripojitveni revizor, ki naj bi pregledal pogodbo o združitvi in izdelal revizijsko poročilo, ni potreben; to pa zato, ker pogodba o pripojitvi menjalnega razmerja (oziroma denarnih doplačil), sploh ne vsebuje.

Novela ZGD-1F je poenostavitve še poglobila. Dodatno pri tovrstni pripojitvi družbe hčere k družbi materi v pogodbi o pripojitvi ni treba upoštevati določb 3. do 6. točke drugega odstavka 581. člena ZGD-1, ki se nanašata na postopke v zvezi s prenosom delnic. Ker se pri takšni pripojitvi nove delnice družbe matere ne smejo izdati, je jasno, da v pogodbi o pripojitvi ni treba opisovati postopkov prenosa delnic prevzemne družbe in plačilom denarnega doplačila. Tudi ni treba razčlenjevati, zakaj prevzemna družba v skladu s 589. členom ZGD-1 ne bo zagotavljala delnic, kot je bilo to določeno doslej. Ker se delnice ne izdajo, se v pogodbi o pripojitvi tudi ne določa dan, od katerega dalje so delnice prevzemne družbe, ki jih bo ta zagotovila zaradi pripojitve, udeležene pri dobičku prevzemne družbe in vse podrobnosti v zvezi z uveljavitvijo te pravice (6. točka drugega odstavka 581. člena ZGD-1). V bistvu gre le za nomotehnično doslednejšo ureditev poenostavitve, ki se nanašajo na pogodbeno določila v zvezi z menjalnim razmerjem in denarnimi odplačili. Vse to je nepotrebno zaradi narave te pripojitve.

Najpomembnejša vsebinska sprememba pa se nanaša na uporabo 582. člena ZGD-1 (poročilo posloводства o pripojitvi). Po novelirani ureditvi obveznost izdelave poročila posloводства o pripojitvi zakonsko sploh ni več določena. Poročila posloводства o pripojitvi torej sploh več ni treba izdelati. Novela ZGD-1F ne prinaša nobenih sprememb glede revizije pripojitve, ki seveda tudi po novem v teh primerih poenostavljene pripojitve sploh ni potrebna.

Pri poenostavljenih pripojitvah, pri katerih se 100-odstotna družba hči pripaja k družbi materi torej ni treba izdelati nobenega poročila posloводства o pripojitvi, prav tako ni potrebna revizija pripojitve in izdelava revizijskih poročil, v pogodbi o pripojitvi pa ni treba določati menjalnega razmerja in opredeljevati institutov, ki se pojmovno vežejo nanj. Tudi ni obvezna skupščina prevzemne družbe, torej skupščina družbe matere.

Poenostavitve pa veljajo za skupščino družbe hčere. Po novi določbi petega odstavka 599. člena ZGD-1 pri takšni pripojitvi ni potrebno tudi ne soglasje skupščine prevzete družbe o pripojitvi (družbe hčere), če so vsaj mesec dni pred vložitvijo predloga vpisa pripojitve pri registrskem organu, ki ga vložijo posloводство,

izpolnjene zakonske zahteve o informiranju delničarjev po 586. členu ZGD-1. Konkretno morajo biti izpolnjeni pogoji iz prvega odstavka 586. člena ZGD-1 ter pogoji 1.– 4. ter 7. točke drugega odstavka 586. člena ZGD-1.

Vsi ti pogoji se nanašajo na pripravo in izvedbo skupščine. Poslovodstvo vsake družbe, ki je udeležena pri pripojitvi, mora vsaj mesec dni pred zasedanjem skupščine registrskemu organu predložiti pogodbo o pripojitvi, obvestilo o predložitvi pogodbe pa je treba objaviti. Ker v tem primeru ni zasedanja skupščine, mora biti pogoj predložitve pogodbe registrskemu organu izpolnjen mesec dni pred vložitvijo predloga za vpis same pripojitve. Delničarjem pa mora biti dana na razpolago predpisana dokumentacija.¹¹

Zakon določa še, da se za to družbo ne uporablja določba 584. člena tega zakona v delu, ki se nanaša na škodo, ki jo pripojitev povzroči delničarjem prevzete družbe. 584. člen ZGD-1 namreč ureja specifične vidike odškodninske odgovornosti organov vodenja ali nadzora prevzete družbe. Člani organov vodenja ali nadzora prevzete družbe so namreč solidarno odgovorni za škodo, ki jo pripojitev povzroči prevzeti družbi, njenim delničarjem in upnikom prevzete družbe. Novelirana ureditev poudarja, da ta določba ne velja v primeru poenostavljene pripojitve družbe hčere, a le v delu, ki se nanaša na škodo, ki jo pripojitev povzroči delničarjem prevzete družbe: delničar prevzete družbe je prevzemna družba sama. V ostalem odškodninska odgovornost po 594. členu ZGD-1 ostaja, kar je relevantno za upnike prevzete družbe.¹²

2.1.4. Poenostavitve pri spojitvi

Pri spojitvi ZGD-1 napotuje na smiselno uporabo določb o pripojitvi, pri čemer novoustanovljena družba velja za prevzemno družbo (prvi odstavek 616. člena ZGD-1). Nova družba je univerzalni pravni naslednik obeh (oziroma vseh) spojenih družb, pri njenem konstituiranju pa veljajo določbe o ustanovitvi delniške družbe. Za ustanovitev (nove) delniške družbe veljajo različne formalnosti, ki vključujejo

11 Torej pogodba o pripojitvi, letna poročila obeh družb za zadnja tri leta, morebitno zaključno poročilo prevzete družbe hčere, če dan obračuna združitve ni enak bilančnemu presečnemu dnevu njenega zadnjega letnega poročila, morebitno vmesno bilanco ob siceršnjih zakonskih pogojih, če družba ni izdelala polletne bilance ter poročilo nadzornih svetov.

Pripojitev 100-odstotne družbe hčere k družbi materi je torej dodatno precej poenostavljen. Potrebna je zgolj pogodba o pripojitvi z minimalnimi zahtevami glede vsebine, ki jo skleneta direktorja (poslovodstvi) družbe matere in hčere. Ni potrebno nobeno posebno poročilo poslovodstev, prav tako ni potreben revizijski pregled in vrednotenje delnic pri določanju menjalnega razmerja ter izdajanje novih delnic. V tem postopku ne odloča nobena skupščina, niti prevzemne niti prevzete družbe, razen če to zahtevajo kvalificirani manjšinski delničarji prevzemne družbe (za to družbo). Mesec dni pred priglasitvijo vpisa pripojitve je treba na sodišču predložiti pogodbo o pripojitvi, delničarjem pa zagotoviti informacijske pravice glede temeljnih dokumentov oziroma listin pripojitve, to je pogodbe in bilanc oziroma letnih poročil.

12 Podrobneje Prelič: *Odškodninska odgovornost organov vodenja kapitalске družbe kot instrument za individualno varovanje interesa upnikov pri materialnih statusnih preoblikovanjih*; Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru [2005], letnik. 1, strani 121-148.

tudi ustanovitveno revizijo. Po splošnih pravilih je ta v določenih primerih obvezna (drugi odstavek 194. člena ZGD-1); obvezna je tudi, kadar je družba ustanovljena s stvarnimi vložki. Spojitev po vsebini predstavlja ustanovitev s stvarnim vložkom, ki ga predstavljajo prenesene pravice, obveznosti in pravna razmerja (premoženje) prevzetih družb.

Novelirana ureditev določa, da lahko revizijski pregled opravi tudi spojitveni revizor. Medtem ko pri ustanovitvi družbe ustanovitvenega revizorja imenuje sodišče (tretji odstavek 194. člena ZGD-1), novelirana ureditev omogoča, da lahko to revizijo »stvarnih vložkov« pri spojitvi opravi tudi spojitveni revizor, ki ga sicer za posamezno družbo, ki je udeležena pri spojitvi, imenuje sodišče na predlog nadzornega sveta te družbe oziroma posloводства, če družba nadzornega sveta nima. S soglasjema pa lahko revizijo opravi isti spojitveni revizor. Po novelirani ureditvi bo takšen spojitveni revizor poleg revizije spojitve (združitvene pogodbe) izdelal tudi revizijo stvarnih vložkov, s čemer odpade potreba po podvajanju več različnih revizorjev.

S tem je spojitev tudi v tem delu popolnoma usklajena s pripojitvijo, kjer se postavlja vprašanje revizije pri povečanju osnovnega kapitala. Povečanje osnovnega kapitala za izvedbo pripojitve mora namreč tudi pregledati eden ali več revizorjev, pri čemer se smiselno uporabljajo določbe 194. do 197. člena ZGD-1. Zakon pa v tej zvezi izrecno določa, da lahko takšno revizijo opravi tudi pripojitveni revizor. Tako sta v tem delu spojitev in pripojitev sedaj tudi neposredno usklajeni.

2.2. Združitev družb z omejeno odgovornostjo

Vse temeljne pravne značilnosti so (in morajo biti) izpolnjene tudi pri združitvah, pri katerih so udeležene družbe z omejeno odgovornostjo. Prvi odstavek 618. člena ZGD-1 pedagoško poudarja, da so družbe z omejeno odgovornostjo lahko udeležene pri združitvi kapitalskih družb. Za take združitve se poleg posebnih določb 3. oddelka drugega poglavja VI. dela ZGD-1 smiselno uporabljajo tudi določbe ZGD-1 o združitvi delniških družb (drugi odstavek 618. člena ZGD-1). Smiselna uporaba implicira uporabo vseh temeljnih institutov združevanja kot vrste statusnih preoblikovanj. Tudi pri združitvah z udeležbo družb z omejeno odgovornostjo je torej združitev dopustno izvesti kot pripojitev ali kot spojitev (drugi odstavek 618. člena v zvezi s prvim odstavkom 580. člena ZGD-1). Družba z omejeno odgovornostjo se torej lahko pripoji k drugi družbi, se z drugo družbo spoji ali pa se k njej kot prevzeti družbi pripoji druga družba.

Vendar pa je zaradi specifične pravne zasnove te pravnoorganizacijske oblike kapitalske družbe, ki temelji na izhodišču, da imetniki deležev uresničujejo upravljalvske pravice iz poslovnih deležev, tudi raven njihove zaščite pred tveganji združevanja, drugačna, kot v delniškem pravu. To se kaže tudi v drugačni koncepciji pravice do informiranosti o združitvi, ki ima za posledico tudi drugačne zahteve ob pripravi in izvedbi skupščine družbenikov, ki naj bi odločala o soglasju za združitev.

Medtem ko splošna pravila (586. člen ZGD-1) terjajo, da se – z namenom vnaprejšnjega informiranja delničarjev o posledicah združitve – pogodba o

združitvi določen čas pred sprejemanjem odločitve o združitvi na skupščini predloži registrskemu sodišču, ter da se imetnikom deležev na zakonsko določen način zagotovijo informacijski viri, ki so pomembni za odločanje o združitvi, je ureditev v primeru združevanja družb z omejeno odgovornostjo prilagojena okoliščini, da so imetniki poslovnih deležev – drugače, kot na primer delničarji – bolj vpeti v dnevno odločanje o zadevah družbe oziroma njeno poslovanje. Zato so pravila o vnaprejšnjem informiranju nekoliko ohlapnejša. Po določbi prvega odstavka 619. člena ZGD-1 se namreč določbe 586. člena ZGD-1 o:

- obveznosti predložitve pogodbe o združitvi registrskemu sodišču in o obveznosti objave predložitve v Uradnem listu (prvi odstavek 586. člena ZGD-1);
- obveznosti izročitve prepisa dokumentacije imetnikom deležev (četrti odstavek 586. člena ZGD-1) in
- obveznosti predložitve dokumentacije na zasedanju skupščine (šesti odstavek 586. člena ZGD-1) za družbo v pravnoorganizacijski obliki družbe z omejeno odgovornostjo ne uporabljajo.

Namesto tega je treba imetnikom poslovnih deležev vsaj 14. dni pred dnevom zasedanja skupščine, ki bo odločala o soglasju za združitev, skupaj z vabilom na skupščino poslati dokumentacijo, našteto v drugem odstavku 586. člena ZGD-1 (drugi odstavek 619. člena ZGD-1). Poslovodje družbe z omejeno odgovornostjo tretji odstavek 619. člena ZGD-1 dodatno zavezuje, da na zahtevo posameznega imetnika deležev temu ustno pojasni tudi zadeve o drugih družbah, ki so udeležene pri združitvi. Relevantni so predvsem podatki o premoženjsko-kapitalskem stanju v drugih družbah, saj so pomembni za presojo primernosti menjalnega razmerja. Zato se v tem delu za družbe z omejeno odgovornostjo določbe 586. člena ZGD-1, ki določajo proceduro priprave in izvedbe skupščine, kot so spremenjene z novelo ZGD-1F, ne uporabljajo. V tem smislu so določbe 8. in 9. člena novele ZGD-1F zgolj redakcijske, saj zgolj usklajujejo napotila v določbah 619. in 621. člena ZGD-1.

V ostalem pa je siceršnji režim predhodnega varovanja interesa imetnikov poslovnih deležev zaradi napotila na pravila o združevanju delniških družb enak, kot je priznan delničarjem.

Načeloma je torej pred odločanjem o združitvi treba pripraviti poročilo poslovodstva o pripojitvi (drugi odstavek 618. člena v zvezi s 582. členom ZGD-1) ter opraviti pregled združitve po nadzornem svetu, če ga družba ima (drugi odstavek 618. člena v zvezi s 584. členom ZGD-1). Za družbe, organizirane v pravnoorganizacijski obliki družb z omejeno odgovornostjo, so v tej zvezi predpisane še dodatne. Družbeniki družbe z omejeno odgovornostjo se smejo – enako kot delničarji – odreči izdelavi poročila poslovodje o združitvi (prvi odstavek 621. člena v zvezi s petim odstavkom 599. člena ZGD-1), smejo pa se odreči tudi pregledu združitve s strani nadzornega sveta (prvi odstavek 621. člena v zvezi s petim odstavkom 599. člena ZGD-1), kar delničarjem ni dovoljeno. Naravi razmerij v družbi z omejeno odgovornostjo je prilagojen institut revizije združitve, ki se opravi le, če to predlaga kateri(koli) od družbenikov družbe (drugi odstavek 621. člena ZGD-1). Pri združitvi delniških družb je revizijo treba vedno opraviti, razen, če vsi delničarji soglašajo, da se ne opravi (peti odstavek 599. člena ZGD-1).

Nadaljnja posebnost se nanaša na predložitev pogodbe o združitvi sodnemu registru oziroma objavo obvestila o predložitvi v Uradnem listu. Medtem ko so pri združevanju delniških družb delničarji upravičeni odreči se predložitvi in objavi (peti odstavek 599. člena ZGD-1), ki sta sicer obvezni, predložitev in objava pri družbi z omejeno odgovornostjo sploh ne prideta v poštev (prvi odstavek 619. člena ZGD-1). Namesto tega jim je dokumentacijo, ki je relevantna za odločanje o združitvi, pošlje (drugi odstavek 619. člena ZGD-1).

Zaradi smiselne uporabe (drugi odstavek 618. člena ZGD-1) pravil o združitvi delniških družb, zajame napotilo tudi določbe noveliranega 582. člena ZGD-1. Zato tudi pri združitvi družb z omejeno odgovornostjo velja novo pravilo, da mora poslovodstvo posamezne družbe, ki je udeležena pri pripojitvi, obvestiti svojo skupščino in poslovodstva drugih družb, udeleženih pri združitvi, o vseh pomembnih spremembah premoženja družbe, ki so nastale v obdobju od sklenitve pogodbe o združitvi do zasedanja skupščine, ki odloča o soglasju za združitev (novi šesti odstavek 582. člena v zvezi z drugim odstavkom 618. člena ZGD-1). To velja tudi, če se pogodba sklepa kasneje, po zasedanju skupščine. Tedaj velja ta obveznost za tiste spremembe v premoženju družbe, ki so nastale v obdobju od sestave predloga pogodbe do zasedanja skupščine. Hkrati zakon v tej zvezi določa tudi dolžnosti poslovodstev drugih družb, udeleženih pri pripojitvi, da morajo o teh spremembah premoženja obvestiti skupščine svojih družb. Informacije o spremembah v premoženju družbe so seveda bistvene glede na menjalno razmerje.

Summary

CURRENT ISSUES OF COMPANY REORGANIZATIONS IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA

The present paper deals with the amendments to the Slovenian Companies Act especially in regard to company reorganizations by the implementation of Directive 2009/109/EC in 2012. This Directive envisaged simplification of merger and division procedures of companies by: a) simplifying information requirements for notification to shareholders prior to an assembly which decides on the merger or division, especially in cases of the so-called group mergers and divisions; b) identifying unnecessary duplication of producing specific reports, if such reports are prepared under other provisions and c) liberalization of the conditions of Internet use and other devices for electronic communication. In addition, the authors deal with the procedures of merger by acquisition and merger by formation of a new company in Slovenian law.

Key words: *merger by acquisitions, merger by formation of a new company, Directive 2009/109/EC.*

Zusammenfassung

AKTUELLE FRAGEN DER STATUSÄNDERUNGEN VON HANDELSGESELLSCHAFTEN IN DER REPUBLIK SLOWENIEN

In der Arbeit wird die Übersicht von Änderungen und Ergänzungen der Bestimmungen des Handelsgesellschaftsgesetzes in der Republik Slowenien aus dem Jahr 2012 gegeben, welche sich auf Statusänderungen von Handelsgesellschaften beziehen und welche durch Implementierung der Richtlinie 2009/109/EG entstanden sind. Die Richtlinie sieht Vereinfachung der Verfahren hinsichtlich der Übernahme, Verschmelzung und Spaltung von Handelsgesellschaften vor, und zwar: a) durch vereinfachte Informationserfordernisse hinsichtlich der Informierung von Aktionären vor der Versammlung, welche über die Übernahme, Verschmelzung und Spaltung entscheidet, insbesondere in Fällen von sog. Konzernübernahme, -verschmelzung und -spaltung; b) durch Verhinderung zweifacher Ausfertigung von besonderen Berichten, falls solche Berichte gemäß anderer Bestimmungen schon erstellt worden sind, c) durch Liberalisierung von Internetnutzung und anderen Mitteln der elektronischen Kommunikation. Es werden auch Verfahren der Übernahme und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften im slowenischen Recht betrachtet.

***Schlüsselwörter:** Übernahme, Verschmelzung, Richtlinie 2009/109/EG.*

Riassunto

QUESTIONI ATTUALI SUL RIASSETTO DELLE SOCIETÀ COMMERCIALI NELLA REPUBBLICA DI SLOVENIA

Nel contributo s'illustrano le modifiche e le integrazioni subite dalle disposizioni della legge slovena sulle società commerciali nel 2012, che si riferiscono al riassetto delle società commerciali. Tali modifiche conseguono all'attuazione della Direttiva 2009/109/CE. La Direttiva prevede la semplificazione del procedimento di annessione, di fusione o di scissione delle società commerciali: a) mediante semplificate richieste di informazioni ai fini delle comunicazioni agli azionisti prima dell'assemblea che decide circa l'annessione, la fusione o la scissione; in particolare quando si tratta delle c.d. annessioni, fusioni o scissioni di gruppo; b) prevenzione della doppia redazione di relazioni speciali, qualora tali relazioni sono redatte in base ad altre norme; c) liberalizzazione dell'utilizzo di internet e di altri mezzi di comunicazione elettronica. Particolare attenzione viene dedicata all'annessione e la fusione delle società di capitali nel diritto sloveno.

***Parole chiave:** annessione, fusione, Direttiva 2009/109/CE.*