

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 32

BROJ 1

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 32,
Br. 1, str. XIV+1-674, Rijeka, 2011.

ZBORNİK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

RECUEIL DES TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RIJEKA

RACCOLTA DI SCRITTI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI RIJEKA

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT IN RIJEKA

Nakladnik/Publisher: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

Glavni urednik/Editor-in-Chief: prof. dr. sc. Nenad Hlača

Uredništvo/Editorial Board: 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, (svi iz Rijeke)

Izvršni urednici/Executive Editors: Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur., 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), mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), Martina Bajčić, prof. (za njemački), dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski)

Korektura/Proofreading: Tanja Kruneš (za hrvatski), mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), Martina Bajčić, prof. (za njemački), dr. sc. Sandra Winkler (za talijanski)

Prijevod/Translations: mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), Martina Bajčić, 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, 51000 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, *Sociological Abstracts*, *Worldwide Political Science Abstracts*, *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, San Diego, California, USA i *CRIM kriminologija in kazensko pravosodje*, Ljubljana, Slovenija..

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

ISSN 1330-349X

ZBORNİK

PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

VOLUMEN 32

BROJ 1

RIJEKA, 2011.

SADRŽAJ

Savjetovanje
„Vlasništvo – obveze – postupak“
(Poreč, 7. i 8. travnja 2011.)

Prilozi za Savjetovanje:*Petar Simonetti,*

Pravo građenja – trajanje i prestanak
 (izvorni znanstveni rad) 1

Edita Čulinović Herc, Tea Hasić,

Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva
 prema noveli Zakona o trgovačkim društvima
 (izvorni znanstveni rad) 31

Romana Matanovac Vučković, Ivana Kunda,

Materijalnopravno i kolizijskopravno uređenje
 intelektualnog vlasništva nastalog u radnom odnosu
 (izvorni znanstveni rad) 75

Marko Šikić, Lana Ofak,

Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost,
 legitimna očekivanja i stečena prava)
 (izvorni znanstveni rad) 127

Emilia Mišćenić,

Povezani ugovori o kreditu
 (izvorni znanstveni rad) 155

Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,

Gradilišna renta
 (prethodno priopćenje) 191

Miroslav Lazić,

Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u
 društvenom vlasništvu u Republici Srbiji
 (pregledni znanstveni rad) 215

Marko Bevanda,

Sigurnost igračaka i građanskopravna odgovornost za neispravne igračke
 (pregledni znanstveni rad) 239

<i>Maja Bukovac Puvača, Nataša Žunić Kovačević,</i>	
Problem temelja odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom njenih tijela (pregledni znanstveni rad)	271
<i>Dionis Jurić,</i>	
Statusno javno privatno partnerstvo (pregledni znanstveni rad)	297
<i>Ana Pošćić,</i>	
Zabranjeni sporazumi u europskom pravu tržišnog natjecanja (pregledni znanstveni rad)	319
<i>Dejan Bodul,</i>	
Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva (pregledni znanstveni rad)	351
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i>	
Spor pune jurisdikcije prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010. (pregledni znanstveni rad)	381
<i>Sandra Laleta, Vanja Smokvina,</i>	
Državne potpore za zapošljavanje u svjetlu Opće uredbe o skupnim izuzećima i iskustava država članica EU (pregledni znanstveni rad)	407
<i>Damir Kontrec,</i>	
Pravni status prometnica i upis u zemljišne knjige (pregledni znanstveni rad)	445
<i>Jozo Čizmić,</i>	
Vještačenje u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine (izvorni rad)	473
<i>Vladimir Boranijašević,</i>	
Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka (izvorni rad)	511
<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i>	
Pravilnik o postupku registracije i sadržaju registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima (stručni rad)	527

Jasna Brežanski,

Raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države
(stručni rad) 547

Inga Vezmar Barlek,

Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi Upravnog suda
Republike Hrvatske
(stručni rad) 569

Tamara Bogdanović,

Zaštita prava vlasništva iz članka 1. protokola 1. Europske konvencije
u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske
(stručni rad) 583

Sanja Marković, Marijana Radin, Sanja Trgovac,

Ustavna zaštita prava vlasništva u svjetlu stavova
Ustavnog suda Republike Hrvatske
(stručni rad) 599

Iva Tuhtan Grgić,

Ograničenja prava vlasništva u postupku komasacije
(stručni rad) 633

Prikazi:

Svjetlana Šokčević,

Uređivanje i nadzor zaštite na radu (Marinko Đ. Učur) 661

Recenzije:

Günter Frankenberg,

Staatstechnik (Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand)
(Davor Rodin) 665

TABLE OF CONTENTS

Conference *“Ownership – Obligations – Procedure”* *(Poreč, April 7 -8, 2011)*

Conference Texts:

Petar Simonetti,

The Right to Build – Its Duration and Cessation 1

Edita Čulinović Herc, Tea Hasić,

Shareholders' Participation in the Work of the Company's
General Meeting According to the Companies Act Amendments 31

Romana Matanovac Vučković, Ivana Kunda,

Substantive Law and Conflict of Laws Regulation of the
intellectual property Created in the Course of Employment 75

Marko Šikić, Lana Ofak,

The New Principles in Administrative Dispute (with a Special Emphasize
on Proportionality, Legitimate Expectations and Acquired Rights) 127

Emilia Miščenić,

Associated Credit Agreements 155

Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,

A Building Site Annuity 191

Miroslav Lazić,

Transformation of Real Property Right in Public Ownership
in the Republic of Serbia 215

Marko Bevanda,

Toy Safety and Civil Law Liability for Defective Toys 239

Maja Bukovac Puvača, Nataša Žunić Kovačević,

On the Issue Concerning the Grounds of State Liability for
a Damage Caused by Illegal and Irregular Work of State Bodies 271

Dionis Jurić,

Institutionalised Public Private Partnership 297

<i>Ana Pošćić,</i> Prohibited Agreements in the European Competition Law	319
<i>Dejan Bodul,</i> Personal Bankruptcy: A Global Trend and Croatian Perspective	351
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> The dispute of full jurisdiction according to the 2010 Administrative Dispute Act	381
<i>Sandra Laleta, Vanja Smokvina,</i> State Aid Supporting Employment in the Light of the General Block Exemption Regulation and Related Experiences of the European Union Member States	407
<i>Damir Kontrec,</i> A Legal Status of Traffic Roads and Their Entry in Land Registers	445
<i>Jozo Čizmić,</i> On Expert Witnessing in Civil Procedure Paying a Special Attention to Expert Witnessing in the Field of Medicine	473
<i>Vladimir Boranijašević,</i> Violation of Human Rights and Basic Freedom as a Reason for a Retrial	511
<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i> Ordinance on the Procedure of Registration of and the Content of the Register of Employment Contracts for Seamen and Workers on Maritime Fishing Vessels	527
<i>Jasna Brežanski,</i> Disposal of Agricultural Land Owned by the State	547
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Application of the Principle of Legitimate Expectations in the Practice of the Administrative Court of the Republic of Croatia	569
<i>Tamara Bogdanović,</i> The Protection of the Right of Property Under the Article 1 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Deliberations of the Administrative Court of the Republic of Croatia	583

<i>Sanja Marković, Marijana Radin, Sanja Trgovac,</i> Constitutional protection of the Right of Ownership in the Light of Positions Taken by the Constitutional Court of the Republic of Croatia	599
<i>Iva Tuhtan Grgić,</i> Limitation on Ownership in the Process of Urban Consolidation	633
<i>Surveyes</i>	659
<i>Reviews</i>	663

INHALT

Tagung
„Eigentum – Pflichten – Verfahren“
(Poreč, 7 – 8. April 2011)

Tagungsbeiträge:

Petar Simonetti,

Die Dauer und Beendigung des Baurechtes 1

Edita Čulinović Herc, Tea Hasić,

Teilnahme der Gesellschafter an der Hauptversammlung
nach der Novelle des Handelsgesellschaftengesetzes 31

Romana Matanovac Vučković, Ivana Kunda,

Materiellrechtliche und Kollisionsrechtliche Regelung
des im Arbeitsverhältnis entstandenen geistigen Eigentums 75

Marko Šikić, Lana Ofak,

Neue Prinzipien des Verwaltungsverfahrens im Hinblick
auf das Proportionalitätsprinzip, legitime Erwartungen
und erworbene Rechte 127

Emilia Mišćenić,

Verbundene Kreditverträge 155

Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,

Baustellenrente 191

Miroslav Lazić,

Umwandlung des Eigentumsrechts an Immobilien
im öffentlichen Eigentum in der Republik Serbien 215

Marko Bevanda,

Sicherheit von Spielzeug und zivilrechtliche Haftung für
fehlerhafte Spielzeuge 239

Maja Bukovac Puvača, Nataša Žunić Kovačević,

Die Grundlage der Staatshaftung für rechtswidriges und
unerlaubtes Handeln von Amtsträgern 271

<i>Dionis Jurić,</i> Institutionelle öffentlich-private Partnerschaft	297
<i>Ana Pošćić,</i> Verbotene Vereinbarungen im Europäischen Wettbewerbsrecht	319
<i>Dejan Bodul,</i> Privatinsolvenz: Globale Entwicklungstendenzen und die kroatische Perspektive	351
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Streitigkeiten voller Gerichtsbarkeit nach dem neuen Gesetz über Verwaltungsstreitigkeiten aus dem Jahr 2010	381
<i>Sandra Laleta, Vanja Smokvina,</i> Beschäftigungsbeihilfen im Lichte der Allgemeinen Verordnung über Gruppenfreistellungen und Erfahrungen der EU-Mitgliedstaaten	407
<i>Damir Kontrec,</i> Rechtslage von Straßen und ihre Eintragung ins Grundbuch	445
<i>Jozo Čizmić,</i> Sachverständigung im Zivilprozess und die medizinische Begutachtung	473
<i>Vladimir Boranijašević,</i> Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten als Grund für Wiederaufnahme des Zivilprozesses	511
<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i> Die Dienstvorschrift über das Eintragungsverfahren und Register von Arbeitsverträgen der Seeleute und Arbeiter an Fischerbooten	527
<i>Jasna Brežanski,</i> Verfügung über landwirtschaftliches Grundstück im staatlichen Eigentum	547
<i>Inga Vezmar Barlek,</i> Anwendung des Prinzips der legitimen Erwartungen in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes der Republik Kroatien	569

Tamara Bogdanović,

Schutz des Rechtes auf Eigentum nach Artikel 1. des
Zusatzprotokolls Nr. 1. zur EMRK in der Rechtsprechung
des Verwaltungsgerichtes der Republik Kroatien 583

Sanja Marković, Marijana Radin, Sanja Trgovac,

Verfassungsrechtlicher Schutz des Rechtes auf Eigentum
im Lichte der Stellungnahmen des Verfassungsgerichtes
der Republik Kroatien 599

Iva Tuhtan Grgić,

Einschränkung des Eigentumsrechts im Umlegungsverfahren 633

Besprechungen 659

Rezensionen 663

INDICE

Convegno
“Proprietà – Obbligazioni – Processo”
(Poreč, 7 – 8 aprile 2011)

Contributi per il Convegno:*Petar Simonetti,*

Diritto di costruire quale facoltà del diritto
 di superficie – durata ed estinzione 1

Edita Čulinović Herc, Tea Hasić,

Partecipazione degli azionisti ai lavori dell'assemblea generale
 della società per azioni a seguito della novella della legge
 sulle società commerciali 31

Romana Matanovac Vučković, Ivana Kunda,

La disciplina della proprietà intellettuale nel rapporto di lavoro
 tra regole di diritto sostanziale ed internazionalprivatistico 75

Marko Šikić, Lana Ofak,

I nuovi principi del procedimento amministrativo
 (con particolare attenzione per la proporzionalità,
 la legittima aspettativa ed i diritti acquisiti) 127

Emilia Mišćenić,

Contratti di credito collegati 155

Milovan Jovanović, Ivo Eškinja,

Rendita edilizia 191

Miroslav Lazić,

La conversione del diritto su beni immobili di proprietà collettiva
 nella Repubblica di Serbia 215

Marko Bevanda,

La sicurezza dei giocattoli e responsabilità civile
 da giocattoli non a norma 239

<i>Maja Bukovac Puvača, Nataša Žunić Kovačević,</i> La questione del fondamento della responsabilità dello Stato per i danni conseguenti all'illegale o irregolare operato dei suoi organi	271
<i>Dionis Jurić,</i> Partnership pubblico-privata istituzionale	297
<i>Ana Pošćić,</i> Gli accordi vietati nel diritto europeo della concorrenza	319
<i>Dejan Bodul,</i> Fallimento personale: tendenza globale e prospettiva croata	351
<i>Bosiljka Britvić Vetma,</i> Il processo di giurisdizione piena secondo la nuova legge sui processi amministrativi del 2010	381
<i>Sandra Laleta, Vanja Smokvina,</i> Gli aiuti statali per l'occupazione alla luce del Regolamento generale di esenzione per categoria e delle esperienze degli Stati membri dell'UE	407
<i>Damir Kontrec,</i> Lo stato giuridico delle strade ed iscrizione nei libri fondiari	445
<i>Jozo Čizmić,</i> Delle perizie nel procedimento contenzioso con particolare attenzione per le perizie in campo medico	473
<i>Vladimir Boranijašević,</i> Violazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali quale motivo di rinnovazione del procedimento contenzioso	511
<i>Marinko Đ. Učur, Vanja Smokvina,</i> Regolamento riguardante il procedimento di registrazione ed il contenuto del registro dei contratti di lavoro dei marinai e dei lavoratori sui pescherecci	527
<i>Jasna Brežanski,</i> Impiego del fondo agricolo di proprietà dello Stato	547

Inga Vezmar Barlek,

Applicazione del principio delle legittime aspettative nella
giurisprudenza del Tribunale amministrativo della
Repubblica di Croazia 569

Tamara Bogdanović,

Tutela del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del protocollo 1
della Convenzione europea nella giurisprudenza del tribunale
amministrativo della Repubblica di Croazia 583

Sanja Marković, Marijana Radin, Sanja Trgovac,

La tutela costituzionale del diritto di proprietà alla luce della
posizione della Corte costituzionale della Repubblica di Croazia 599

Iva Tuhtan Grgić,

Le limitazioni al diritto di proprietà nel procedimento
di commassazione urbana 633

Presentazioni 659

Recensioni 663

PRAVO GRAĐENJA – TRAJANJE I PRESTANAK

Dr. sc. Petar Simonetti,
redoviti sveučilišni profesor u mirovini,
Rijeka

UDK: 347.256
349.44
Ur.: 1. prosinca 2010.
Pr.: 2. ožujka 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pravo građenja je istodobno stvarno pravo na nečijem zemljištu i nekretnina u pravnom pogledu, a zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište. Pravo građenja se može otuđiti, naslijediti i opteretiti. Hipoteka na pravu građenja širi se na zgradu od početka izgradnje, na svaki element buduće zgrade od kamena temeljca. Stoga je pravo građenja pogodno za pribavljanje kredita koji se osigurava hipotekom. U slučaju raskida ugovora o kreditu zbog nevraćanja duga, hipotekarni vjerovnik može namiriti svoja potraživanja prodajom hipotekom opterećene nekretnine koja se sastoji od prava građenja i zgrade u izgradnji u koju se utrošio kredit.

Hrvatsko pravo građenja, za razliku od austrijskoga Baurechta nije zakonom vremenski ograničeno, ali se pravnim poslom može ograničiti, rokom ili raskidnim uvjetom. Pored toga, pravo građenja prestaje: propašću (pravnom ili faktičnom) njegova objekta (zemljišta), ovlaštenikovim odreknućem, zaštitom tuđega povjerenja u zemljišne knjige, prestankom korisnika, rasterećenjem i ukinućem. Po zahtjevu vlasnika zemljišta opterećenog pravom građenja to pravo prestaje kad sud donese odluku o ukinuću zbog toga što nositelj prava građenja nije izgradio zgradu u roku od dvadeset godina ili nije obnovio porušenu ili bitno oštećenu zgradu u roku od šest godina. Na temelju propisane isprave o odreknuću pravo građenja, kao i na temelju sudske odluke ili odluke drugoga nadležnoga tijela o ukidanju iz gornjih razloga te odluke suda kojom se utvrđuje da su ispunjene zakonske pretpostavke za prestanak, pravo građenja prestaje brisanjem iz zemljišne knjige. Pravne posljedice prestanka prava građenja su: uspostava pravnog jedinstva zemljišta i zgrade i obveza vlasnika da osobi kojoj je prestalo pravo građenja plati onoliko naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina u prometu vrjednija s tom zgradom nego bez nje. Tuđa prava koja su opterećivala samo pravo građenja u načelu prestaju s prestankom toga prava (kada nema zgrade), ako nije što drugo određeno. Založno pravo, koje je teretilo pravo građenja, nakon prestanka toga prava tereti naknadu koju je vlasnik dužan osobi čije je pravo građenja prestalo. Služnosti, stvarni tereti i založna prava u korist i na teret prava

građenja sa zgradom, ostaju kao služnosti i stvarni tereti u korist, odnosno na teret zemljišta sa zgradom, s dosadašnjim prvenstvenim redom.

Ključne riječi: *pravo građenja, superficijarno pravo, vlasništvo, hipoteka.*

UVOD

Pravo građenja, kao i druga srodna prava, uključujući i superficijarno pravo, pravno odvajaju zgradu od zemljišta, ali za razliku od superficijarnog prava, koje je samo ograničeno stvarno pravo na tuđem zemljištu, pravo građenja se može osnovati i na vlastitom zemljištu, i što je još važnije, ono se istodobno po zakonu smatra nekretninom, a zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište. Prema tome, poništavanjem atrakcijske pravne snage prava vlasništva na zemljištu, pravo građenja ne ukida načelo pravnog jedinstva nekretnine. Pravo građenja i zgrada, naime, čine nerazlučivo pravno jedinstvo nekretnine, čvršće nego što je pravno jedinstvo zemljišta i zgrade, jer dok se zgrada pravno odvaja od zemljišta pravom građenja, nema pravne osnove, ni prava koje bi moglo pravno razdvojiti pravo građenja i zgradu. Pravo građenja je istovremeno pravno neodvojivo od zemljišta. Onaj tko po bilo kojoj pravnoj osnovi stekne pravo vlasništva na zemljište opterećeno pravom građenja, stekao ga je s tim opterećenjem, ako zakonom nije drukčije određeno.

Na drugom mjestu izložene su pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja¹ te osnivanje i stjecanje prava građenja². Ovdje se, uz opći pregled prava građenja, posebno obrađuje njegovo trajanje i prestanak, odnosno: pravne pretpostavke i pravne posljedice prestanka prava građenja.

Obrada ove teme motivirana je relativno skromnom primjenom ustanove prava građenja u Republici Hrvatskoj, uglavnom zbog nepoznavanja pravnih pretpostavki trajanja i pravnih posljedica prestanka prava građenja, i za vlasnika opterećenog zemljišta i nositelja prava građenja i za ovlaštenike prava koja opterećuju pravo građenja prije i nakon izgradnje zgrade. Banke, naime, nerijetko uskraćuju davanje kredita koji bi bio osiguran hipotekom na pravu građenja, neopravdano strahujući da takvo osiguranje novčanih potraživanja nije pouzdano ili u najmanju ruku neučinkovito.

U ovom radu uspoređuju se ustanove nasljednog prava građenja (Errbaurecht) u Njemačkoj i prava građenja u Austriji (Baurecht) s kojima se podudara hrvatska ustanova prava građenja. U Njemačkoj se širi primjena ove pravne ustanove nakon Drugog svjetskog rata³ unatoč preprjeka zbog konzervativne svijesti o prednosti

1 Simonetti, P., Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 19., br. 2. (1998.).

2 Simonetti, P., Osnivanje prava građenja, *ZPFR*, v. 20., br. 2. (1999.).

3 Oefele/Winkler, *Handbuch des Ebbraubrechts*, G.H. Beck, München, 1995., 1. Kapitel, III Praktische Bedeutung, gdje se navode brojčani i podaci u postocima bavarskog i hessenskog ministarstva pravde koji se oslanjaju na zemljišnu knjigu nasljednog prava građenja (službena istraživanja).

prava vlasništva ispred nasljednog prava građenja.⁴ Postoji još jedan razlog koji je osobit i za Hrvatsku: građevinski poduzetnici preferiraju kupovinu skupe građevinske čestice, umjesto stjecanja prava građenja jer računaju da je bolje platiti višu cijenu za zemljište i time pribaviti naslov za prisvajanje gradske rente nego plaćati periodičnu naknadu za zemljište koja raste usporedo s porastom cijene zemljišta.

Hrvatsko pravo građenja, jednako kao i njemačko nasljedno pravo građenja i austrijsko pravo građenja, osniva se, po pravilu, na temelju pravnog posla, rjeđe na temelju sudske odluke u postupku diobe ili u ostavinskom postupku. Moguće ga je osnovati nagodbom u postupku izvlaštenja ili urbane komasacije, iako ova mogućnost nije izričito propisana zakonom jer takva nagodba ne bi bila protivna javnom poretku (Ustavu, prisilnim propisima i moralu)⁵. Sklapanjem pravnog posla, kao i pravomoćnom sudskom odlukom o osnivanju prava građenja konstituiraju se prava i obveze između strana obveznopravnog odnosa. Pravo građenja, stječe se tek dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, na temelju pravnog posla ili sudske odluke (čl. 288. i 289. ZV)⁶. Ovaj upis ima, dakle, konstitutivan učinak jer do upisa postoje prava i obveze iz obveznopravnog odnosa, a od upisa prava i obveze iz stvarnopravnog odnosa. Upis u zemljišnu knjigu djeluje od trenutka podnošenja zahtjeva zemljišnoknjižnom sudu. Na zemljištu koje nije upisano u zemljišne knjige pravo građenja osniva se polaganjem u sudu ovjerovljene isprave kojom vlasnik nekretnine dopušta uknjižbu (čl. 288. upućuje na čl. 263. st. 3. ZV).⁷

Razlika između njemačkog prava na jednoj strani te austrijskog i hrvatskog prava na drugoj, je u tome što po njemačkom pravu nasljedno pravo građenja kao i pravo vlasništva stječe samim upisom u zemljišnu knjigu nezavisno od pravnog posla ili sudske odluke (princip apstraktne tradicije), a po austrijskom i hrvatskom pravu, pravo građenja stječe se upisom u zemljišnu knjigu na temelju valjanog pravnog posla, odnosno sudske odluke (princip kauzalne tradicije)⁸. Isto vrijedi i za preinaku sadržaja prava građenja. Dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu istovremeno se upisuje pravo građenja kao stvarno pravo koje opterećuje nečije zemljište, a kao samostalna nekretnina, u pravnom smislu, u posebnu zemljišnu knjigu nasljednog prava građenja (Njemačka), odnosno u novoosnovani zemljišnoknjižni uložak (Austrija i Hrvatska). Kao što se pravo građenja stječe i njegov sadržaj preinačuje dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, na temelju pravnog posla, ono se i prenosi upisom u zemljišne knjige, a prestaje brisanjem iz zemljišne knjige na temelju zakonom propisane isprave i sudske odluke o utvrđenju da je nastupila pravna pretpostavka njegovog prestanka.

4 Igenstau/Hustedt, *Commentar zun Erbbaurecht*, 8. Auflage, Werner Verlag, 2001., XXIII., II. Die bedeutung Erbbaurecht

5 Članak 2. Zakona o obveznim odnosima, NN 35/05 i 41/08: «Sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu Republike Hrvatske, prisilnim propisima i moralu društva».

6 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09.

7 Šire o osnivanju prava građenja, Simonetti, P., *Osnivanje prava građenja*, op. cit., ZPFR, vol. 20., br. 2., str. 553.-593.

8 Šire o tome: Simonetti, P., *Osnivanje prava građenja...*, str.553.- 594.

U austrijskom i njemačkom pravu se osobito ističe prednost hipotekarnoga zalaganja prava građenja, odnosno nasljednoga prava građenja, radi osiguranja kredita za stambenu i drugu izgradnju. Zato se u ovom radu stavljaju u fokus trajanje, pravne pretpostavke i pravni učinci prestanka prava građenja, osobito s obzirom na hipotekarno pravo koje ga opterećuje.

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

Ustanove prava građenja, superficijarnog prava i srodnih prava oblikovane su tijekom 20. stoljeća u gotovo svim suvremenim europskim pravima⁹. Budući da se hrvatska ustanova prava građenja ugleda na austrijsko pravo građenja (*Baurecht*)¹⁰ i da je analogna ustanova još potpunije uređena u pravnom izvoru njemačkoga nasljednoga prava građenja (*Erbbaurecht*),¹¹ ove dvije pravne ustanove se izlažu pod zajedničkim nazivom *pravo građenja s mjestimičnim osvrtima na ustanovu talijanskoga superficijarnog prava (diritto di superficie)*¹². Austrijski Zakon o pravu građenja od 26.4.1912. vrijedio je u bivšim austrijskim krunovinama Istri i Dalmaciji do 1.7.1929. do kada se primjenjivao talijanski Građanski zakonik na onom području koje je bilo priključeno Kraljevini Italiji (1920. i 1924),¹³ ali se na

-
- 9 Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007)*, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 16.-24.
- 10 Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBl 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).
- 11 Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBl 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 iz njemačkog Građanskog zakonika (§§ 1012 – 1017 BGB koji je stupio na snagu 1. siječnja 1900.).
- 12 Art. 952-956 Codice civile od 20. 3. 1942. Stari Codice civile iz 1865. nije uređivao ustanovu superficijarnog prava, ali je dopuštao pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla (čl. 448). Tako i francuski Code civil iz 1804. (čl. 553.) koji se protezao i na ilirske pokrajine (1806.-1815.), Čulinović, F., *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja, Školska knjiga, Zagreb, 1961.*, str. 209.
- 13 O prelaznju suvereniteta na Kraljevinu Italiju na ovo područje i o primjeni dotadašnjih zakona vidjeti Rapalski ugovor od 12. studenog 1920., odnosno za Rijeku, Rimski ugovor od 27. siječnja 1924., a o rješavanju pravnih pitanja koja su time nastala - Nettunske konvencije od 20. srpnja 1925. (Objavljeno u publikaciji *Zakoni, ugovori i konvencije s Kraljevinom Italijom*, Knj. 1. i Zakon o Nettunskim konvencijama, Zbirka zakona, Sv. 105., Geca Kon, Beograd, 1929.). Na tom području primjena talijanskog Građanskog zakonika započela je 1. srpnja 1929.; vidi: R. Lenac, *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 od 1918. do 1945.*, Vjesnik državnog arhiva u Rijeci, sv. 2., Rijeka, 1954. Ovo područje pripojeno je Jugoslaviji po Ugovoru o miru s Italijom 15. rujna 1947., izuzev područja Slobodnog teritorija Trsta – zona B (sjeverno od rijeke Mirne u Istri). 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

preostalom području (područje Apelacionog suda u Splitu) i dalje primjenjivao austrijski Zakon o pravu građenja sve do 6.4.1941.¹⁴ Po jugoslavenskom i hrvatskom pravu od 1. srpnja 1954. do 1. siječnja 1997. bilo je moguće pravno razdvojiti zgradu od zemljišta u privatnom vlasništvu na temelju pravnog posla.¹⁵

Različite 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 i srodna prava u državama s privatnopravnim uređenjem i b) sada već povijesno pravo korištenja građevinskog zemljišta u socijalističkom (državnom) vlasništvu u bivšim socijalističkim državama.¹⁶ U tu skupinu spada i pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu u FNRJ/SFRJ koje je iscrpno obrađeno u drugim radovima.¹⁷

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).¹⁸

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 (čl. 3. st. 2 i 35. st. 4. i 8. ZV) ako za javno dobro u općoj uporabi nije što drugo zakonom propisano

pripojeno teritoriju Federativne Narodne Republike Jugoslavije po Ugovoru o miru s Italijom, Sl. list FNRJ 80/47.). Na području zone B STT (bujština), talijanski Građanski zakonik se primjenjivao do Londonskog memoranduma o suglasnosti od 5. listopada 1954. (vidi: Ustavni zakon o važenju Ustava, zakona i drugih propisa na teritoriju na koji je Međunarodnim sporazumom proširena civilna uprava Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Sl. list FNRJ 45/54 od 27. listopada 1954.). Talijanski Građanski zakonik iz 1865. nije poznao 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.).

- 14 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 izdati 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 Pravilnik za vođenje zemljišnih knjiga od 17. siječnja 1931.).
- 15 Vidi čl. 6. st. 1. Zakona o prometu zemljišta i zgrada, Sl. list FNRJ br. 26/54...; NN br. 52/73 koji je prestao važiti 1. siječnja 1997. (čl. 394. st. 1. al. 3. i čl. 396. ZV). Šire o tome, Simonetti, Petar, *Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja*, u: *Rasprave iz stvarnog prava*, izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001., str. 239. – 252.; isti članak objavljen je prije toga u Zborniku Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 20., br. 1. (1999.).
- 16 Šire o pravima korištenja na građevinskom zemljištu u socijalističkom vlasništvu, Simonetti, P., *Pravo građenja*, NIO “Službeni list SR BiH” i NIO Sl. list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986., str. 97-108.
- 17 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.; Knj. prva.
- 18 Zakon o vlasništvu i drugim 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. 35. st. 4. ZV). Na tim dobrima se pod određenim uvjetima može osnovati koncesijsko pravo koje odvaja zemljište i zgradu ili drugu građevinu dok koncesija traje (čl. 3. st. 4. i 9. st. 4 ZV).¹⁹ 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, bitno je da je zemljište u «nečijem vlasništvu». Zakon propisuje: «Vlasnik zemljišta može biti nositelj prava građenja na svome zemljištu» (čl. 284. st. 2. ZV).

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 pa i u korist vlasnika zemljišta, ali i tada se konstituiraju posve samostalne nekretnine koje se kao takve i upisuju u novoosnovani zemljišnoknjižni uložak jer je pravo građenja «u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom» (čl. 280. st. 2. ZV). Držimo da se pravo građenja može osnovati i ispod površine zemljišta koje je po svojoj namjeni javno dobro u općoj uporabi ako se time ne ugrožava namjena toga zemljišta određena odgovarajućim prostornim planom.

Temeljno ovlaštenje prava građenja nije pravo graditi na tuđem zemljištu, 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 i izgradnjom zgrade (vršenjem prava građenja) na neizgrađenom zemljištu, 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 (pravo građenja na vlastitom zemljištu čl. 290. st. 2. ZV). U svakom slučaju nositelj prava građenja ima pravo nakon rušenja zgrade ponovo izgraditi zgradu na pravu građenja ako nije što drugo određeno pravnim poslom, odnosno odlukom suda (u ostavinskom postupku i u postupku razvrgnuća suvlasničke zajednice) ili drugog nadležnog tijela (npr. u postupku urbane komasacije, izvlaštenja uz suglasnost dotadašnjeg vlasnika zemljišta i korisnika izvlaštenja, odnosno komasacije i sl.) o osnivanju prava građenja.²⁰

Pravo izgraditi zgradu je esencijalno ovlaštenje prava građenja samo ako je osnovano na neizgrađenom građevinskom zemljištu, jer se ono u tom slučaju osniva 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 podsustav i broj stvarnih prava (*numerus clausus*) u hrvatskom pravnom sustavu, pa bi imalo obveznopravni karakter, jer su stvarna prava kreacija zakonodavca, a ne slobodne dispozicije osoba u pravnom odnosu kao u obveznom pravu (u granicama slobode ugovaranja).

19 Gavella, u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Narodne Novine, Zagreb, 2007. sv.1., str. 136.-142.; Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945-2007)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 499.-500.

20 Simonetti, P., *Osnivanje prava građenja*, ZPFR, vol. 20, br. 2 (1999.), str. 572.-574.

Ovlaštenje ponovnoga građenja, nakon rušenja postojeće zgrade, je dispozitivno pravo jer je moguće osnovati pravo građenja na izgrađenoj građevinskoj čestici odvajanjem postojeće zgrade od zemljišta i bez toga ovlaštenja to jest bez prava ponovnog građenja. U tom slučaju pravo građenja prestaje kada se sruši zgrada (ispunjenjem raskidnog uvjeta, čl. 292. st. 1. ZV). 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 dok pravo građenja traje. Kako je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom, zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je toga prava kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3. ZV). Prema tomu nekretnina, u pravnom pogledu je i samo pravo građenja, kao umjetno zemljište, isto kao i pravo građenja sa zgradom izgrađenom na zemljištu opterećenim pravom građenja ili postojećom zgradom koja je osnivanjem prava građenja naknadno pravno odvojena od zemljišta. Pravo građenja, stoga, ima dvostruku pravnu prirodu. Ono je istovremeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina (u pravnom pogledu) sa zgradom ili bez zgrade u vlasništvu nositelja prava građenja. I samo pravo građenja kao samostalna nekretnina (u pravnom pogledu) je objekt prava vlasništva. Zato se ovo pravo osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu: kao ograničeno stvarno pravo u C listu zemljišnoknjižnog uložka u kome je upisano opterećeno zemljište i kao samostalna nekretnina u novoosnovanom zemljišnoknjižnom ulošku koji je povezan sa zk uloškom u kome je upisano opterećeno zemljište (čl. 288. ZV; čl. 34. ZZK).²¹ Kao samostalna nekretnina pravo građenja je objekt prava vlasništva i prije izgradnje zgrade i nakon izgradnje zgrade, jer zajedno sa zgradom čini neraskidivu nekretninu. Nositelj prava građenja je bez iznimke vlasnik zgrade dok ona postoji.

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 jest što pravo građenja preuzima ulogu zemljišta (prava vlasništva na zemljište) kao "pravno zemljište", kako kažu njemački pravници, 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 superficijarnom pravnom sustavu zgrada bez zemljišta je predmet superficijarnog vlasništva (*la proprietà superficaria*, art. 952-955. CC-a).²² Zgrada je nekretnina koja je pravno odvojena

21 Zakon o zemljišnim knjigama, NN 91/96, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 39/09.

22 Talijanski Codice civile iz 1942. Stavljajući težište na superficijarno vlasništvo u nekim vrlo poznatim talijanskim standardnim udžbenicima građanskog prava, ustanova superficijarnog prava se 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.; Trabucchi, A., *Instituzioni 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.;

od zemljišta superficijarnim pravom. Ona nije pripadnost toga prava već posve pravno autonomna nekretnina na površini ili ispod površine zemljišta (objekt prava vlasništva superficijara, la *proprietà superficaria*). Superficijarno pravo poništavajući atrakcijsku snagu prava vlasništva zemljišta, dakle, ne preuzima njegovu ulogu, poput njemačkoga, austrijskoga i hrvatskoga prava građenja.²³ To znači da superficijarno pravo derogira pravilo *superficies solo cedit*, dok ga pravo građenja afirmira tako što sâmo preuzima ulogu zemljišta. Zgrada je njegova pripadnost kao da je ono zemljište i to bez iznimke jer se zgrada ni po kojoj pravnoj osnovi ili pravu ne može odvojiti od prava građenja dok ono postoji – traje.

2. TRAJANJE PRAVA GRAĐENJA

O trajanju prava građenja postoje različita rješenja u kompariranim pravnim sustavima. Tako je austrijski Zakon o pravu građenja (1912.) propisao da se to pravo ne može osnovati na vrijeme dulje od osamdeset godina, jer bi time navodno oživjela feudalna ustanova podijeljenog vlasništva, ali ni na vrijeme kraće od trideset godina, da se ne bi bitno ugrozili interesi nositelja prava građenja (§. 3. st. 1.).²⁴ Novelom od 25. travnja 1990. godine austrijskoga Zakona o pravu građenja određena je, međutim, donja granica od deset godina, a gornja od sto godina (BGBl 258.). Unutar tih granica osnivač i nositelj prava građenja mogu ugovorom (rokom) ograničiti trajanje prava građenja.

Po austrijskom i njemačkom pravu, pravo građenja se ne može ograničiti raskidnim uvjetom²⁵ jer bi to slabilo izvjesnost njegova trajanja koja je nužna u pravnom prometu radi pravne sigurnosti osobito u slučaju hipotekarnoga zalaganja. Hrvatsko pravo građenja dopušta mogućnost osnivanja prava građenja na određeno vrijeme i pod raskidnim uvjetom (čl. 292. st. 1. ZV). Mogućnost ograničenja trajanja

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 je obradio superficijarno vlasništvo prema starom talijanskom Građanskom zakoniku (La *proprietà superficaria*, CEDAM, Padova, 1936.), a u drugoj - superficijarno pravo prema sadašnjem Građanskom zakoniku (La *superficie*, *Unione tipografica*, ed. Udinese, Torino, 1958.); zatim: Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, 1947., Pugliese, G., *Della superficie*, op. cit. i Zaccagnini, M., *L'enfiteusi - La superficie - Gli oneri reali - Usi civici*, Piacenza, 1970. 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 napose Barca, A. - Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004.

23 Vidi: austrijski Zakon o pravu građenja propisuje da se na osnovi prava građenja ima pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine tuđeg zemljišta (§ 1. st. 1.). Isto, propisuje i njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja (§ 1. st. 1.), hrvatski ZV (čl. 280. st. 1.), kao i talijanski Građanski zakonik (čl. 952.).

24 Mayr, R., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Reichenburg, 1923., str. 526; Ehrenzweig, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1923., str. 410.

25 § 4. st. 1. austrijskog Zakona i § 11. st. 1. njemačke Uredbe.

prava građenja raskidnim uvjetom će se u praksi vjerojatno restriktivno primjenjivati da se ne bi oslabila izvjesnost njegova trajanja, tj. pravna sigurnost.

Njemačko pravo do 1950. godine nije poznavalo zakonska ograničenja trajanja nasljednog prava građenja. Njegovo trajanje u svakom konkretnom slučaju bilo je prepušteno slobodnoj pogodbi sudionika pravnog posla o osnivanju ili preinaci prava građenja. Zahvaljujući sve većoj potražnji neizgrađenih građevinskih čestica, a manjoj ponudi zbog ograničenih površina neizgrađenih građevinskih zemljišta namijenjenih i uređenih za izgradnju zgrada, u praksi se vrijeme trajanja nasljednog prava građenja stalno skraćivalo ugovorima o njegovom osnivanju. Reagirajući na tu pojavu, a radi zaštite nositelja prava građenja, koji po pravilu ima slabiji položaj od vlasnika zemljišta, posebni Zakon o stanovima (1950.) propisuje da se nasljedno pravo građenja radi izgradnje stanova ne može osnovati na vrijeme kraće od devedeset i devet godina, a u iznimnim slučajevima se tolerira donja granica od sedamdeset i pet godina. Ova ograničenja, propisana posebnim zakonom, po prirodi stvari nemaju opći karakter. To znači da se za druge zgrade pravo građenja može vremenski ograničiti samo pravnim poslom, upisom u zemljišnu knjigu. Nema nikakvih vremenskih ograničenja glede osnivanja prava građenja radi izgradnje sakralnih objekata, muzeja, spomenika kulture i sl., koji su po pravilu "vječni".²⁶

Nasljedno pravo građenja, koje se u njemačkoj praksi najčešće zasniva na određeno vrijeme,²⁷ može se produljiti pod pretpostavkama koje određuje pravni posao o njegovu osnivanju. To se ponajprije postiže u slučaju prestanka toga, pravom obnavljanja nasljednog prava građenja kao i pravom nazadkupnje. Pravo obnavljanja i pravo nazadkupnje iz ugovora o osnivanju ili preinaci prava građenja kao obvezna prava, konstituiraju se kao stvarna prava upisom u zemljišnu knjigu²⁸.

Talijansko pravo ne poznaje zakonska ograničenja trajanja superficijarnog prava. Tamo je prepušteno volji sudionika pravnog odnosa da pravnim poslom odrede vrijeme trajanja superficijarnog prava (art. 953. CC-a)²⁹. Isto vrijedi i za superficijarno razdvajanje postojeće zgrade i zemljišta.³⁰

Hrvatsko pravo, također, ne propisuje ni donju ni gornju vremensku granicu prava građenja, već se njegovo trajanje može ograničiti istekom roka ili ispunjenjem raskidnog uvjeta (čl. 293. ZV) koji je određen suglasnom voljom vlasnika opterećenog zemljišta i nositelja prava građenja. Prema tome, po hrvatskom pravu, pravo građenja može se vremenski ograničiti samo pravnim poslom (rokom ili uvjetom), ali ovo ograničenje proizvodi pravne učinke prema trećima samo ako je upisano u zemljišne knjige, jer tada rok ili uvjet postaje integralni dio prava građenja. Dok ugovor djeluje samo između ugovaratelja (*inter partes contrahentes*) i njihovih

26 Ring, J., *Erbbaurecht*, u: Standinger, *Kommentar zum BGB*, III Band, II Auflage, 1956., str. 886.

27 Najčešće se ograničava konstitutivnim aktom na 66, 70, 99 godina, Baur/Stürner, *op. cit.*, str. 338-339.

28 § 2. točka 4. Uredbe o nasljednom pravu građenja.

29 Barca, A., Marvasi, C., *op. cit.*, str. 203-205.

30 Salis, L., *La superficie* pp.117; Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale* 7^a ediz., vol. II. pp. 45.

sveopćih (univerzalnih) pravnih sljednika, stvarna prava djeluju prema svima (*erga omnes*).

3. PRESTANAK PRAVA GRAĐENJA

3.1. Općenito

Pravo građenja, u pravilu, prestaje s protekom vremena za koje je bilo ustanovljeno. Zajedno s pravom građenja njegov nositelj gubi i pravo vlasništva na zgradu, koja postaje sastavnim dijelom zemljišta. Uslijed prestanka prava građenja, u načelu prestaju i stvarna prava trećih osoba koja su teretila pravo građenja. Zbog pravne sigurnosti trajanje, odnosno vremensko ograničenje prava građenja najčešće se veže uz kalendarsko vrijeme ili za raskidni uvjet određen pravnim aktom na temelju kojeg se osniva ili preinačuje. Vremensko ograničenje rokom ili raskidnim uvjetom ima stvarnopravne učinke samo ako je upisano u zemljišne knjige, jer tek u trenutku upisa u zemljišne knjige postaje sastavni dio prava građenja.

Po njemačkom, austrijskom i hrvatskom pravu, pravo građenja ne prestaje ni onda kad se sruši zgrada.³¹ Za to se rješenje navode dva razloga. Pored pravne sigurnosti, koja se uvijek nalazi u prvom planu, postoji još jedan pravno-dogmatski razlog: zgrada “važi” (smatra se) kao bitan sastavni dio prava građenja, odnosno njegov vanjski priraštaj, a od propasti priraštaja ne može ovisiti opstanak glavne stvari - prava građenja. Ovaj drugi razlog nije pravno relevantan ako je egzistencija prava građenja vezana uz ispunjenje raskidnog uvjeta – rušenje zgrade kada zakon dopušta prestanak prava građenja ispunjenjem raskidnog uvjeta kao u hrvatskom pravu (čl. 292. st. 1. ZV).

Njemačko nasljedno pravo građenja ostaje i kad se zemljište prisilno proda na javnoj dražbi, čak i ako se ono nije uzelo u obzir prilikom određivanja visine najniže ponude za otkup zemljišta (§ 25. Uredbe). Prisilna prodaja ni u čemu ne vrijeđa niti ograničava ovlaštenja nositelja prava građenja jer se pravo građenja uvijek nalazi na prvom rang-mjestu.

Pravo građenja ima uvijek prvo rang-mjesto među stvarnim pravima koje opterećuju isto zemljište i po hrvatskom pravu. Ovo proizlazi iz prirode prava građenja koje je istovremeno samostalna nekretnina u pravnom pogledu, a zgrada i njegova pripadnost kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 2. i 3. ZV).

Kako je naprijed navedeno, prema njemačkom i austrijskom pravu, trajanje prava građenja, u načelu, se ne može vezati uz nastupanje buduće neizvjesne okolnosti, pa ni uz život (smrt – izvjesno je da će nastupiti, ali nije izvjesno kada) ovlaštenika, jer bi se time preobrazilo u osobno pravo. Njegovo bitno svojstvo jest otuđivost i nasljedivost. Osobno pravo građenja ne bi bilo prikladno ni za

31 Ovo izričito propisuje: § 13. njemačke Uredbe, ali nesumnjivo proizlazi iz austrijske, pa i hrvatske ustanove prava građenja, a koje taj razlog prestanka ne poznaju.

opterećivanje hipotekom, zemljišnim i rentnim dugom.³² (Moguća odstupanja u hrvatskom pravu u 3.2.6.).

Osim isteka vremena, odricanja i propasti objekata prava građenja, kao osnove za prestanak prava građenja, u austrijskoj se literaturi³³ navode još i ove pravne osnove: sjedinjenje s pravom vlasništva (§ 526. ABGB), nevršenje prava građenja u trajanju od trideset godina (§ 1479. ABGB) i otkaz kada za ovo postoje izričito propisani zakonski razlozi. Međutim, samo u slučaju otkaza pravo građenja prestaje u apsolutnom smislu, dok u slučaju sjedinjenja i nevršenja dolazi do relativnog prestanka – prelaženja prava građenja na vlasnika zemljišta (pravo građenja i po austrijskom pravu može se imati i na svome zemljištu). U tom slučaju, u odnosu na ovlaštenike hipotekarnih i drugih stvarnih prava, naime, pravo građenja i dalje traje do isteka vremena za koje je bilo osnovano. Prestanak prava građenja zbog odricanja, ako se stvarnopravni ovlaštenici nisu suglasili - u odnosu na njih nema pravni učinak. Ono za njih traje do isteka vremena za koje je bilo osnovano (§ 8. Zakona).³⁴

3.2. Razlozi prestanka prava građenja po hrvatskom pravu

Hrvatski ZV propisuje da pravo građenja prestaje propašću stvari, ovlaštenikovim odreknućem, istekom roka, ispunjenjem raskidnog uvjeta, zaštitom tuđeg povjerenja, prestankom korisnika, rasterećenjem i ukinućem (čl. 292. st.1.). Time nisu iscrpljeni svi razlozi prestanka prava građenja jer ako to pravo može prestati odreknućem utoliko prije (*a fortiori*) prestaje i sporazumom između njegova nositelja i vlasnika opterećenog zemljišta uz suglasnost ovlaštenika prava koja ga opterećuju.

3.2.1. Propast objekta prava građenja

Propast zgrade ne utječe na egzistenciju prava građenja, osim kada je aktom o osnivanju prava građenja upisanog u zemljišnu knjigu određeno da propast zgrade povlači za sobom prestanak prava građenja (raskidni uvjet). Neupisana ugovorna odredba (uglavak, klazula) obvezuje samo ugovaratelje, odnosno njihove univerzalne pravne sljednike, a trećih se ne tiče.

I u slučaju kad to nije izričito propisano, po prirodi stvari, pravo građenja, kao i svako drugo stvarno pravo, prestaje s propašću njegovog objekta - građevinske čestice. ZV propisuje da «pravo građenja prestaje propašću stvari» (čl. 292. st. 1.), tj. zemljišta koje opterećuje. Propast objekta prava građenja treba shvatiti šire, tj. kao promjenu koja predstavlja faktičnu ili pravnu zapreku za građenje ili za održavanje

32 Šire o prestanku nasljednog prava građenja (Erbaurecht), Oefele/Winkler, op. cit., glava peta, VII, str. 255-273. i prava građenja (Baurecht), M. Schaffgotsch, Grundeigentum und Baurecht, Mazsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1998., Glava V.

33 Ehrenzweig, op. cit., str. 410.

34 Ehrenzweig, op. cit., str. 414-415; Mayr, op. cit., str. 528.

zgrade na nečijem zemljištu (na temelju prava građenja) koja je nastupila nakon njegova konstituiranja, mimo volje vlasnika opterećenog zemljišta ili nositelja prava građenja, pa i protiv njihove volje.

Faktične promjene mogu biti, npr. potapanje zemljišta zbog promjene toka rijeke, kao i zbog poremećaja geostatičke ravnoteže, odnosno stabilnosti zemljišta uslijed tektonskih ili geoloških promjena, pod utjecajem prirodnih događaja (npr. potresa, odrona ili slijeganja zemljišta itd.) ili ljudskog djelovanja, npr. klizanje zemljišta ili slijeganje površine zemljišta, uslijed potkopavanja ili izgradnje vodenih akumulacija koje prekrivaju zemljište opterećeno pravom građenja itd.

Proglašenje zemljišta općim dobrom ili javnim dobrom u općoj uporabi također povlači za sobom prestanak prava građenja, jer se pravo građenja može osnivati samo na «nečijem» zemljištu (čl. 280. st. 1. ZV), a ne i na zemljištu koje je po svojoj namjeni opće ili javno dobro, ako za javno dobro u općoj uporabi nije posebnim zakonom dopušteno (čl. 35. st. 4. ZV). «Što vrijedi za propast stvari, vrijedi i za slučaj da stvar bude stavljena izvan prometa» (čl. 273. st. 2. na koji upućuje čl. 293. ZV). Međutim, ako bi se zemljištu koje je opterećeno pravom građenja, promjenom odgovarajućeg prostornog plana ili na drugi način vratila prvobitna namjena, „oživjet“ će neizbrisano pravo građenja kao što «oživljava» stvarnopravni teret u analognom slučaju (čl. 273. st. 1. na koji upućuje čl. 393. ZV).

3.2.2. Ovlaštenikovo odreknuće

Pravo građenja prestaje odreknućem prije proteka vremena, pa i kada rok trajanja nije određen, ali samo uz izričitu suglasnost vlasnika zemljišta i stvarnopravnih ovlaštenika čija prava terete pravo građenja. Ova suglasnost pravni je temelj za prestanak prava građenja, ali ono samim tim ne prestaje već je za to potrebno brisanje u zemljišnoj knjizi na propisan način. Zato se ta suglasnost mora dati u formi tabularne isprave kojom se to pravo briše iz zemljišne knjige. U tom slučaju brisanje u zemljišnoj knjizi ima konstitutivan učinak.

Po hrvatskom pravu, pravo građenja koje pripada dvojici ili nekolicini ovlaštenika čiji sadržaj nije djeljiv prestaje odreknućem svih sunositelja (odgovarajuća primjena čl. 274. st. 3. na koji upućuje čl. 293. ZV). Kako s prestankom prava građenja, u načelu, prestaju i tuđa prava koja ga opterećuju (čl. 296. st. 1. ZV), jasno je da se nositelj prava građenja ne može odreći svoga opterećenog prava bez suglasnosti ovlaštenika prava koja ga opterećuju, jer bi u protivnom slučaju od njegove jednostrane volje ovisila njihova prava (čl. 274. st. 4. na koji upućuje čl. 293. ZV).

3.2.3. Istek roka

Pravo građenja prestaje istekom vremena za koje je bilo ustanovljeno, po sili zakona, bez posebne izjave ili pristanka njegova ovlaštenika, vlasnika njime opterećenog zemljišta ili trećih osoba koje imaju priznati pravni interes. Pristanak za prestanak prava građenja sadržan je u klauzuli pravnog posla o roku koji je unesen

u zemljišnu knjigu čime je ta klauzula postala integralni dio prava građenja. Zato prestanak prava građenja istekom roka pogađa ne samo prvobitnoga nego i svakog njegovog potonjeg ovlaštenika, kao i ovlaštenika prava na pravu građenja, samo ako je vrijeme njegova trajanja upisano u zemljišnu knjigu. Vremensko ograničenje prava građenja koje nije upisano u zemljišne knjige ima obveznopравни učinak, pa djeluje samo između osoba koje su ga odredile pravnim poslom i njihovih nasljednika odnosno univerzalnih sljednika pravne osobe.

3.2.4. *Ispunjenje raskidnog uvjeta*

Uvjet se najčešće povezuje s nastankom ili prestankom obveznopravnih odnosa koji izvire iz pravnog posla, pa se kaže da je uvjet «nuzgredna stranačka odredba dodana pravnom poslu kojim učinak pravnog posla čine zavisnim od neke buduće neizvjesne okolnosti»³⁵. Prema ZOO-u³⁶), «ugovor je sklopljen pod uvjetom ako nastanak ili prestanak njegovih učinaka zavisi od buduće neizvjesne činjenice» (čl. 297. st. 1.). Ako je ugovor sklopljen pod raskidnim uvjetom, učinci ugovora prestaju kad se uvjetu udovolji (čl. 297. st. 3.). Isto vrijedi za pravni posao (čl. 14. st. 3. ZOO)³⁷. Pravo građenja nastaje, u načelu, dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu (čl. 288. st.1. ZV). Raskidni uvjet iz pravnog posla o osnivanju prava građenja dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, pretvara se u raskidni uvjet prestanka prava građenja. ZV, kao što je navedeno, izričito predviđa prestanak prava građenja – stvarnog prava ispunjenjem raskidnog uvjeta (čl. 292. st. 1. ZV).

Uzima se da je uvjet ispunjen ako njegovo ispunjenje, protivno načelu savjesnosti i poštenja, spriječi strana na čiji je teret određen (čl. 297. st. 4. ZOO).³⁸ Pod pretpostavkom da je trajanje prava građenja ograničeno raskidnim uvjetom do rušenja zgrade zbog dotrajalosti, smatrat će se da je taj uvjet ispunjen, ako je rušenje zgrade, protivno načelu savjesnosti i poštenja, spriječio nositelj prava građenja time što je zgradu prezidao, obnovio ili na drugi način otklonio rušenje, tj. ispunjenje raskidnog uvjeta. Obrnuto, smatrat će se da raskidni uvjet nije ispunjen ako je njegovo nastupanje, protivno načelu savjesnosti i poštenja, prouzročila strana u čiju je korist određen (čl. 297. st. 4. ZOO). Primjerice kad je trajanje prava građenja ograničeno rušenjem zgrade uslijed djelovanja više sile, a vlasnik zemljišta opterećenog pravom građenja, protivno načelu savjesnosti i poštenja, prouzroči rušenje zgrade prije vremena (npr. potkopavanjem, izazivanjem odrona zemljišta, klizišta itd.).

35 Spaić, V., *Gradansko pravo*, Sarajevo, 1971., str. 292.; Vedriš, M., Klarić, P.; *Osnove imovinskog prava*, Narodne Novine, Zagreb, 1992., str. 90.; Stanković, O., *Pravni posao*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, izd. NIU Službeni list SFRJ, Beograd, 1978. Tom drugi, str. 1076./1077.; Stojanović, D. D., *Uvod u građansko pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1979., str. 167. – 172.

36 Zakon o obveznim odnosima, NN 33/05 i 41/08.

37 Stojanović, D., D., op. cit., str. 257.

38 Gorenc, V., i drugi, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, RRiF, Zagreb, 2005., str. 429-433.

Trajanje prava građenja je moguće učiniti ovisnim od ispunjenja ugovorne obveze ponovne izgradnje zgrade na mjestu srušene zgrade, koja obvezuje i singularnog sukcesora ako je upisana u zemljišnu knjigu u trenutku stjecanja ili preinake prava građenja. To je potestativni uvjet kome neki pravni pisci odriču karakter uvjeta, osim kod ugovora na probu (npr. Savigny)^{39,40}.

Ugovorom je moguće obvezati ovlaštenika prava građenja da nakon rušenja ili razaranja postojeće zgrade na istom mjestu podigne novu zgradu. Ta obveza postaje integralnim dijelom nasljednog prava građenja ako se upiše u zemljišnu knjigu. Mogućnost ugovaranja takve obveze proizlazi iz načela autonomije volje, odnosno slobode uređivanja obveznih odnosa u granicama kogentnih normi: ustavnog uređenja, prisilnih propisa i morala (čl.2.ZOO⁴¹). Ona se ne protivi ni biću prava građenja. Pri tome su irelevantne imovinske mogućnosti ovlaštenika nasljednog prava građenja i njegov interes da ponovno podigne zgradu. Po ugovoru, sankcija zbog neispunjenja ove obveze može biti prelaženje prava građenja na vlasnika opterećenog zemljišta. Takva ugovorna odredba ulazi u sadržaj prava građenja, razumije se, tek upisom u zemljišnu knjigu, inače zadržava obveznopravnu prirodu.

3.2.5. Prestanak prava građenja zaštitom tuđega povjerenja

Po pravilu, pravo građenja se osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu, a prestaje brisanjem upisa u zemljišnoj knjizi, pa se nitko ne može pozivati na to da mu nije bila poznata njegova egzistencija na njime opterećenom zemljištu.

3.2.5.1. Stjecanje prava građenja od osobe koja je nevaljano upisana kao njegov nositelj

Smatra se da je nositelj prava građenja ona osoba koja je kao takva upisana u zemljišnu knjigu, pa onaj koji je u dobroj vjeri postupao s povjerenjem u zemljišne knjige, ne znajući da je druga osoba sunositelj (npr. bračni drug koji je izvanugovorno stekao udio u pravu građenja zajedničkim radom u bračnoj zajednici) ili nositelj prava građenja, koji je izbrisan zbog nevaljanog upisa otuđivatelja, u stjecanju toga prava uživa zaštitu povjerenja prema odredbama ZV (čl. 122. st. 1.). ZV propisuje da je stjecatelj «bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja pravnog posla, a ni u trenutku kad je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to, da stvar (pravo građenja) pripada otuđivatelju (čl. 122. st. 2.). Zbog velikog raskoraka između knjižnog i izvanknjižnog pravnog stanja svojedobno je Vrhovni sud Hrvatske zauzeo stav da je stjecatelj dužan sam provjeravati istinitost zemljišne knjige.⁴² Ovaj stav nije bio

39 Navod iz Stojanović, op. cit., str. 254.; Spaić, V., Građansko pravo, op. cit., str. 295.

40 Suprotno, Vedriš, M., Klarić, P., Osnove imovinskog prava, Narodne novine, Zagreb, 1992., str. 92.; Vedriš, M., Klarić, P., Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 111.; Stanković, O., Pravni posao, Enciklopedija..., str. 1077.,

41 Zakon o obveznim odnosima, NN 33/05 i 41/08.

42 Vidi npr. VSH GŽ 3151/73 od 31.X.1974., Žuvela, Zakon o osnovnim vlasničkopravnim

u suglasnosti sa načelom istinitosti zemljišne knjige i pravilima građanskog prava. Zato je Zakon o vlasništvu... izričito propisao: «Nedostatak dobre vjere ne može se predbaciti nikome iz razloga što nije istraživao zemljišnoknjižno stanje» (čl. 122. st. 3.). Stjecatelj koji se u dobroj vjeri pouzdao u zemljišnu knjigu stječe pravo građenja od osobe koja je bila upisana kao njegov nositelj «premda to nije bila» pod pretpostavkom da mu taj upis «ne bude izbrisan zbog nevaljanosti» (čl. 123. st. 1.) prednikova upisa.

Brisanje prednikova upisa prava građenja zbog nevaljanosti može se zahtijevati «tužbom za brisanje dok ne proteknu tri godine otkada je bio zatražen prednikov upis». Međutim, onaj koji je o neistinitom prednikovom upisu bio uredno obaviješten (rješenje o upisu), može zbog neistinitosti prednikova upisa «zahtijevati brisanje upisa samo ako je u roku za žalbu protiv rješenja zatražio zabilježbu da je taj upis sporan i odmah, a najkasnije u roku od šezdeset dana od isteka roka za žalbu, podnio tužbu protiv onih koji su osporenim upisom stekli pravo ili na temelju njega ishodili daljnje upise u zemljišnu knjigu» (čl. 123. st. 2.).⁴³

3.2.5.2. Prestanak izvanknjižno stečenog prava građenja primjenom pravila zaštite tuđega povjerenja

Postoji, međutim, mogućnost izvanknjižnog stjecanja prava dosjelošću u slučaju kada je na pravu građenja izgrađena zgrada ili kada je njime odvojena od zemljišta postojeća zgrada. U jednom i drugom slučaju, zgrada s pravom građenja čini jedinstvenu nerazlučivu nekretninu. Takva nekretnina, kao i ona koja se sastoji od zemljišta i zgrade, može se steći dosjelošću, pod uvjetom da je objekt posjeda pravo građenja, a ne pravo vlasništva. To će biti pod pretpostavkom da je posjednik toga svjestan i da očituje volju posjedovanja (*animus possidendi*) prava građenja sa zgradom koja je njegova pripadnost u opravdanom uvjerenju (poštenu posjednik) da njemu pripada, pa se tako i ponaša, npr. plaća periodičnu naknadu vlasniku zemljišta za pravo građenja, dopušta vlasniku zemljišta izgraditi zgradu ili osnovati pravo građenja ispod površine zemljišta na dubini koja ne ugrožava njegovu zgradu na površini zemljišta. Pri tome, posjed prava građenja može biti i zakonit, jer se zasniva na valjanom pravnom poslu o njegovom osnivanju ili derivativnom stjecanju (prijenosu), ali ono ne postoji jer nije upisano u zemljišnu knjigu. Pretpostavka za dosjelost je posjed, a posjed prava građenja je vršenje sadržine toga prava, tj. građenje. Teško je, međutim, zamisliti stjecanje prava građenja izgradnjom zgrade jer posjednik prava građenja, koji nema pravo građenja, već vrši samo faktičku vlast nositelja prava građenja, građenjem na tuđem zemljištu bez prava građenja, stupa ili može stupiti u pravni odnos kakav se uspostavlja izgradnjom zgrade na tuđem

odnosnima, Narodne novine, Zagreb, 1987., str. 646.

43 Vidi: Simonetti, P., Stjecanje prava vlasništva i drugih stvarnih prava s povjerenjem u zemljišne knjige, u: Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001., str. 115-130.; Gavella, op. cit., 464.-469.

zemljištu bez pravne osnove (čl.152.-154. ZV)⁴⁴.

U slučaju da je pravo građenja stečeno izvanknjižno (npr. dosjelošću, što se utvrđuje deklarativnom prosudbom) i da ni naknadno nije upisano u zemljišne knjige na temelju sudske odluke, niti je iz zemljišne knjige vidljivo da postoji, nema npr.: bilješke da je zaprimljen zahtjev za upis (plomba), pa čak ni zabilježbe spora, treći koji se uzda u istinitost zemljišne knjige (čl. 122. st. 1. i čl. 123. i 124. ZV na koje upućuje čl. 288. st. 5. preko čl. 264. ZV), sklapanjem pravnog posla o stjecanju prava vlasništva na zemljište i zgradu, s povjerenjem u zemljišnu knjigu, u dobroj vjeri steći će pravo vlasništva te nekretnine kao da nema prava građenja. Stjecatelj je bio u dobroj vjeri ako u trenutku sklapanja pravnog posla, a ni u trenutku kada je podnio zahtjev za upis u zemljišnu knjigu nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da nekretnina pripada otuđivatelju (čl. 122. st. 2.). ZV je izričit: «Nedostatak dobre vjere ne može se predbaciti nikome samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje» (čl. 122. st. 3.). Bračni drug stječe pravo građenja u bračnoj zajednici zajedničkim radom, iako je samo jedan od njih upisan u zemljišnu knjigu kao i u slučaju kada su bračni drugovi zajedničkim radom izgradili zgradu na pravu građenja jednog od njih – samo jedan je upisan u zemljišnu knjigu kao nositelj prava građenja, iako su izvanknjižno po samom zakonu (*ex lege*) oba bračna druga, ako nisu drukčije ugovorili (čl. 248. i 249. OZ)⁴⁵. To znači da će na temelju pravnog posla sklopljenog s uknjiženim nositeljem prava građenja treći, i u tom slučaju steći pravo građenja ako je bio u dobroj vjeri i u trenutku sklapanja pravnog posla, i u trenutku kada je zahtijevao upis, jer nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati u to da stvar (nekretnina koja se sastoji samo od prava građenja ili od prava građenja i zgrade) pripada otuđivatelju (čl. 122. st. 1. ZV).

3.2.6. *Prestanak prava građenja prestankom korisnika*

Pravo građenja, u načelu, nije osobno pravo. Ono se po zakonu može otuđiti, opteretiti i naslijediti (čl.285.st.1. ZV), pa ne može prestati smrću fizičke osobe, jer i kada fizičke osobe nemaju nasljednika, ostaviteljeve nekretnine i s njima izjednačena prava prelaze na općinu, odnosno grad na čijem se području nalaze (čl.20. ZoN⁴⁶).⁴⁷ U tom slučaju općina, odnosno grad stječe pravo građenja.

Pravo građenja pravne osobe, međutim, može prestati prestankom pravne osobe u postupku stečaja⁴⁸ ili likvidacije.

44 Gavella et al., op. cit., str.537.-542.; i Brežanski, J., Građenje na tuđem zemljištu, ZPFR, v. 19., br. 2. (1998.), str. 505.-519.; Šire o tome sa stajališta bivšeg Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima koji se primjenjivao u RH do 1. siječnja 1997., Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982. (monografija), str. 69. – 188.

45 Obiteljski zakon, NN 116/03, 17/04, 111/04, 107/07.

46 Zakon o nasljeđivanju, NN 48/03, 163/03.

47 Vidi čl. 8. ranijeg Zakona o nasljeđivanju, NN, br. 52/73, 47/78 i 56/00, Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, NN, Zagreb, 1964. uz čl. 8. tadašnjeg ZoN-a, str. 28/29.

48 Vidi čl. 123. st. 3. Stečajnog zakona NN, br. 44/46., 29/99.,129/00., 123/03.,127/03., 187/04. i 82/06.

Budući da ZV ograničava načelo po kome je pravo građenja otuđivo i nasljeđivo kao i druge nekretnine, odredbom «ako nije što drugo određeno» (čl. 285. st. 1.), postavlja se pitanje može li pravo građenja imati svojstvo osobnog prava. Ako može, ono, u načelu, prestaje smrću njegova nositelja isto kao i stvarni teret koji je bio osnovan u korist određene osobe (čl. 278. st. 1. na koji upućuje čl. 293. ZV). Čini se da takvu mogućnost dopušta hrvatski Zakon o vlasništvu koji propisuje da se može vremenski ograničiti raskidnim uvjetom (čl. 292.). Ako se pravo građenja može vezati za njegova nositelja (do njegove smrti) tada su moguća i druga ograničenja, kao npr. ako je ono izričito osnovano i za zakonske nasljednike njegova nositelja ili za određeni krug zakonskih nasljednika (oni koji u trenutku njegove smrti stanuju u kući izgrađenoj na pravu građenja). U tom slučaju pravo građenja prestaje smrću posljednjeg nasljednika, «ako nije drukčije određeno» (čl. 278. st. 2. na koji upućuje čl. 293. ZV). Pravo građenja može se osnovati u korist jedne obitelji. U tom slučaju pravo građenja «prestaje kad obitelj izumre» (čl. 278. st. 3. na koji upućuje čl. 293. ZV). Ovdje se korektno koristi standard hrvatskog književnog jezika, imenica «obitelj» za kućnu zajednicu, tj. za zajednicu onih koji zajedno obitavaju (stanuju), što ne obuhvaća zajednicu srodnika - porodicu⁴⁹. Ova je opaska nužna jer se ponekad u pravnim izvorima, naime, miješa obitelj s porodicom, pa se smatra da je „obitelj“ u hrvatskom jeziku isto što i „porodica“ u srpskom⁵⁰. Ovo je zasad, međutim, samo moguća pravna interpretacija zakona koju će potvrditi ili opovrgnuti sudska praksa, vrhovni tumač zakona.

3.2.7. *Prestanak prava građenja rasterećenjem*

Pravo građenja po ZV–u prestaje i rasterećenjem (čl. 292. st. 1.). Pri tome, zakon upućuje na odredbe o prestanku stvarnih tereta (čl. 293.), tj. ispunjenjem pretpostavki određenih posebnim zakonom (čl. 279. st. 1.). Prema tome pravo građenja prestaje rasterećenjem pod pretpostavkama koje su zakonom propisane. Prema Zakonu o izvlaštenju, po pravilu se ukida pravo građenja u postupku izvlaštenja da bi se pravo vlasništva na zemljište prenijelo na korisnika izvlaštenja bez toga opterećenja kad se ono protivi svrsi izvlaštenja ili zato što se prema prostornom (urbanističkom) planu zemljište opterećeno pravom građenja prenamjenjuje u javnu površinu na kojoj nitko ne može imati pravo vlasništva ili bilo koje drugo stvarno pravo, pa ni pravo građenja, ako za dobra u općoj uporabi nije drukčije određeno posebnim zakonom (čl. 35. st. 4. ZV), što se jedva može zamisliti, ali se ne može isključiti. Također je moguć prestanak prava građenja u postupku urbane komasacije (čl. 169. ZPUG)⁵¹.

49 Vidi: Anić, V., Rječnik hrvatskoga jezika, Novi liber, Zagreb, 1991., str. 393., 502.; Hrvatski enciklopedijski rječnik (grupe autora), EPH, Zagreb i Novi liber, Zagreb, 2002., 2004.

50 Tako je npr. u čl. 236. st. 2. Zakona o obveznim odnosima određena hipoteza «članovima njegove obitelji koji zajedno s njim žive», što sugerira da je obitelj i šira zajednica od zajednice osoba koje žive u kućnoj zajednici. Naime, dovoljno je reći „obitelj“, suvišno je «koji zajedno s njim žive», jer obitelj upravo precizira zajednicu života obitavanja. Šira srodnička zajednica je porodica.

51 Zakon o prostornom uređenju i gradnji, NN, 36/07, 38/09.

Pravo građenja je moguće ukinuti, npr. na zemljišnoj čestici koja ulazi u veću građevinsku česticu ili u slučaju kada se komasacijom smanjuju površine zemljišnih čestica opterećenih pravom građenja. U prvom i drugom slučaju pravo građenja se osniva na onoliko građevinskih čestica koliko je oblikovano u postupku urbane komasacije. Inače je moguće prelaganje prava građenja („čija svrha nije prestala provedbom komasacije“) „na odgovarajuću građevinsku česticu istog vlasnika.“ (čl. 170. ZPUG). Iz gornjih izlaganja proizlazi da bi se neki razlozi prestanka prava građenja mogli izbjeći ako bi se ono osnovalo nakon oblikovanja građevinskih čestica u postupku urbane komasacije.

I u postupku izvlaštenja i u postupku urbane komasacije ukida se pravo građenja na izvlaštenoj, odnosno komasiranom zemljištu koje po namjeni prelazi u kategoriju javnog dobra u općoj uporabi, jer na takvom dobru, u načelu, se ne može osnivati pravo građenja. Kad bi se iznimno moglo osnovati u skladu sa zakonom, njegov nositelj bila bi po pravilu osoba javnog prava koja je po zakonu ovlaštena upravljati javnim dobrom u općoj uporabi.

3.2.8. Prestanak prava građenja ukinućem

Pravo građenja prestaje na temelju odluke o ukinuću po zahtjevu vlasnika opterećene nekretnine. Ako nije što posebno određeno, odluku o ukinuću prava građenja donosi sud «bez obzira na pravni temelj na kojem je pravo građenja bilo osnovano» (čl. 294. st. 1. ZV). Vlasnik opterećene nekretnine može zahtijevati da se pravo građenja ukine iz dva razloga:

prvi, ako zgrada ne bude izgrađena u roku od dvadeset godina od osnutka prava građenja;

drugi, ako zgrada ne bude ponovno izgrađena u roku od šest godina otkada je srušena (čl. 294. st. 2.).

U drugom slučaju, dakle, postojala je zgrada izgrađena na pravu građenja, ili pravom građenja nakon izgradnje naknadno odvojena od zemljišta. Ali je ta zgrada «srušena do te mjere da se ne može rabiti u svrhu kojoj je bila namjenjena».

Rok od šest godina računa se od «prvog dana godine koja slijedi nakon godine kad je zgrada srušena». Ovaj rok ne teče, međutim, ako postoje okolnosti pod kojima bi zastao teći i rok dosjelogosti (čl. 294. st. 3. ZV). Na zastoj tijekom vremena dosjelogosti na odgovarajući način se primjenjuju odredbe o «zastaju tijekom rokova za zastaru tražbina» (čl. 160. st. 6. ZV). Prema tome, razlozi zastoja zastare potraživanja su, u načelu, i razlozi zastoja tijekom rokova iz čl. 294. ZV. Međutim, razlozi zastoja zastare potraživanja između osoba iz čl. 235. ZOO i zastoja zastare tražbine «koje imaju zaposlene osobe u tuđem kućanstvu prema poslodavcu ili članovima njegove obitelji koji zajedno s njim žive sve dok taj odnos traje» (čl. 236. st. 2. ZOO) imaju usku praktičnu primjenu na zastoj rokova iz čl. 294. ZV. Ovo zbog toga što se jedva mogu zamisliti ove osobe u međusobnom pravnom odnosu vlasnika zemljišta i nositelja prava građenja. Praktičnu vrijednost imaju razlozi obustave zastare potraživanja iz čl. 236. t. 1., čl. 237. i čl. 239. st. 2. ZOO kao razloga za zastoj tijekom roka iz čl. 294.

st. 2. ZV.⁵²

Prema čl. 236. t. 1. ZOO-a, ne teče zastara tražbine osoba na vojnoj dužnosti za vrijeme mobilizacije, kao ni u slučaju ratne opasnosti ili rata. Primijenjeno na šestogodišnji rok iz čl. 294. st. 3. ZV, taj rok ne teče, iz gornjih razloga, ako je nositelj prava građenja vlasnik srušene zgrade, osoba na vojnoj dužnosti, jer se po zakonu smatra da je pod takvim okolnostima opravdano spriječiti ponovnu izgradnju zgrade dok traju gornje okolnosti. Budući da zastara tražbine maloljetnika koji nema zastupnika ili druge poslovno nesposobne osobe bez zastupnika, ne može nastupiti dok ne proteknu dvije godine otkad su postali poslovno sposobni ili dobili zastupnika (čl. 239. st. 2. ZOO) ni šestogodišnji rok iz čl. 294. st. 3. ZV neće teći prije nego što proteknu dvije godine otkada je maloljetni ili poslovno nesposobni nositelj prava građenja, kome je srušena zgrada stekao poslovnu sposobnost, ako do tada nije imao zastupnika, odnosno do dana kada je dobio zakonskog zastupnika. Nasuprot tome, šestogodišnji rok iz čl. 294. st. 3. ZV teče ako je vlasnik opterećenog zemljišta maloljetnik ili druga poslovno nesposobna osoba bez obzira imaju ili nemaju zakonskog zastupnika, jer u slučaju proteka toga roka, vlasnik opterećenog zemljišta može zahtijevati ukidanje prava građenja bez obzira što je maloljetan ili poslovno nesposoban ako ima zakonskog zastupnika, odnosno od dana kada ga dobije, jer to njegovo pravo ne zastarijeva. Odredba iz čl. 239. st. 1. ZOO glasi: «Zastara teče i prema maloljetniku i drugoj poslovno nesposobnoj osobi bez obzira na to imaju li zakonskog zastupnika ili nemaju.». U pogledu zastoja šestogodišnjeg roka iz čl. 294. st. 3. ZV, najširu primjenu ima razlog zastoja potraživanja iz čl. 237. ZOO. Po čl. 237. ZOO, naime, zastara ne teče za sve vrijeme za koje vjerovniku, u ovom slučaju, nositelju prava građenja «nije bilo moguće zbog nesavladivih prepreka» izgraditi zgradu ili ponovno izgraditi ako je zgrada bila srušena. Jesu li postojale «nesavladive prepreke» na koje se poziva nositelj prava građenja, prosudit će sud u svakom konkretnom slučaju. Pri tome će sud cijeniti jesu li imovinske, socijalne, obiteljske, društvene i druge okolnosti za nositelja prava građenja bile nesavladiva prepreka za izgradnju ili ponovnu izgradnju zgrade.

3.3. Način prestanka prava građenja

Pravo građenja u načelu prestaje brisanjem iz zemljišne knjige zbog razloga iz čl. 292. st. 1., kako izričito propisuje ZV: «Kad bude izbrisano kao teret na zemljištu opterećenom tim pravom i kao posebno zemljišnoknjižno tijelo.» (čl. 292. st. 2.). Prema tomu kad nadležni sud utvrdi pravomoćnom odlukom da je nastupio neki od gore navedenih razloga za prestanak prava građenja, pravo građenja ne prestaje dok se na temelju te odluke ne izbriše iz zemljišne knjige. Kako pravo građenja nastaje dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu na temelju pravnog posla ili odluke suda, odnosno drugog nadležnog tijela, tako i prestaje brisanjem iz zemljišne knjige, kao prava koje opterećuje određeno zemljište i kao samostalne nekretnine „u pravnom

⁵² Vidi Gorenc i drugi, Komentar Zakona o obveznim odnosima, op. cit., uz navedene članke ZOO.

pogledu⁵³, na temelju pravomoćne sudske odluke kojom je utvrđeno da je nastupio zakonski razlog za njegov prestanak (deklarativna sudska odluka). Pravo građenja, dakle, ne prestaje ni odreknućem ni ukidanjem pravomoćnom sudskom odlukom, pa čak ni propašću objekta, istekom roka ili ispunjenja raskidnog uvjeta, već i tada prestaje «tek brisanjem u zemljišnoj knjizi» na temelju deklarativne sudske odluke, konstitutivne isprave o odreknuću sačinjene u zakonom propisanom obliku ili konstitutivne sudske odluke o ukinuću (čl. 294. st. 4.).⁵³ U načelu, dakle, nema prava građenja dok se ne upiše u zemljišnu knjigu (dvostruki upis) na temelju valjanog pravnog naslova, osim u slučaju kad je stečeno dosjelošću, kao što nema ni prestanka toga prava dok se ne izbriše iz zemljišne knjige (dvostruko brisanje). Nastanak prava građenja dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu na temelju pravnog posla ili sudske odluke, ako se zanemari rijetka mogućnost izvanknjiznog stjecanja (npr. dosjelošću) i prestanak dvostrukim brisanjem u zemljišnoj knjizi, jamči visok stupanj pravne sigurnosti u pravnom prometu.

3.4. Pravne posljedice prestanka prava građenja

S prestankom prava građenja «postaje pripadnost zemljišta sve ono što je bilo od zemljišta pravno odvojeno» (čl. 295. st. 1.) – zgrada i sve trajne naprave koje su pripadnost prava građenja, odnosno zgrade s pravom građenja pa su kao takve bile pravno odvojene od zemljišta. Time se uspostavlja pravno jedinstvo zemljišta i svega što je s ugašenim pravom građenja bilo odvojeno od zemljišta. Posljedica prestanka prava građenja je i prestanak tuđih stvarnih prava koja su bila teret na pravu građenja, ako nije što drugo određeno.

3.4.1. Uspostavljanje pravnog jedinstva zemljišta i zgrade

S prestankom prava građenja po sili zakona, uspostavlja se pravno jedinstvo zemljišta i zgrade – i svih trajnih naprava koje su pravom građenja bile odvojene od zemljišta kao pripadnost zgradi. U tom slučaju na odnos vlasnika zemljišta i osobe kojoj je prestalo pravo građenja na odgovarajući način primjenjuju se pravila „po kojima se prosuđuju odnosi nakon prestanka prava plodouživanja, ako nije što drugo određeno“ (čl. 295. st. 2.). Posebno je propisana obveza vlasnika da osobi kojoj je prestalo pravo građenja plati «onoliku naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina u prometu vrijednija s tom zgradom nego bez nje».

U slučaju prestanka prava plodouživanja u načelu je polodouživatelj (u ovom slučaju nositelj prava građenja) dužan je «stvar» (objekt prava građenja) vratiti u stanje u kakvom ju je primio (čl. 210. st. 1. ZV), inače odgovara vlasniku za smanjenje njezine vrijednosti, bez obzira na to čime je ono prouzrokovano. Ovo se odnosi i na nositelja prava građenja koje je osnovano na izgrađenom zemljištu radi pravnog odvajanja postojeće zgrade od zemljišta, a ne na nositelja prava građenja

⁵³ Josipović, T., *Zemljišnoknjžno pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 162.-163.

na kome je izgrađena zgrada, ili njime odvojena od zemljišta jer je esencijalno ovlaštenje prava građenja na neizgrađenom zemljištu – izgradnja zgrade.

Plodouživatelj neće odgovarati za smanjenje vrijednosti zbog starenja ili redovitog trošenja stvari koje se nije moglo izbjeći ni otkloniti potpunim ispunjenjem dužnosti iz čl. 205. st. 6. ZV (čl. 210. st. 2.). Odgovarajućom primjenom ovih odredbi na odnos vlasnika zemljišta i osobe kojoj je prestalo pravo građenja, obveza plaćanja naknade za zgradu smanjuje se onoliko koliko su njene obveze prema vlasniku koje proizlaze iz odgovarajuće primjene čl. 205. st. 6. ZV, ali ne i za one koje proizlaze iz propusta obveze održavanja i obnavljanja zgrade. Ovo zbog toga što se visina naknade za zgradu određuje prema stvarnom stanju u kojem se zgrada nalazi na dan predaje u posjed vlasniku. Svi propusti nositelja prava građenja u pogledu obveze održavanja ili obnavljanja zgrade njega pogađaju, jer što je zgrada u goreman stanju, to je i manja njena vrijednost odnosno niža visina naknade koju vlasnik duguje nositelju ugašenog prava građenja. Od ovog pravila se odstupa samo u slučaju ako vlasnik zemljišta dokaže da trpi štetu zato što zgrada nije održana u ispravnom stanju zbog nemarnosti nositelja prava građenja.

Druge obveze dotadašnjeg nositelja prava građenja iz čl. 205. st. 6. na koji upućuje čl. 210. st. 2., a na ovoga čl. 295. st. 2. ZV, su:

- javne obveze (porezne i sl.) na zgradu koja je bila odvojena od zemljišta pravom građenja i
- kamate na tražbine osigurane hipotekom na pravu građenja, odnosno nekretnini koja se sastoji od prava građenja i zgrade.

3.4.2. Obveza plaćanja naknade za zgradu

Njemačko pravo obvezuje vlasnika zemljišta da ovlašteniku prava građenja plati naknadu za zgradu u visini njezine prosječne cijene (§ 27. st. 1. Uredbe). Austrijski Zakon o pravu građenja ide na ruku vlasniku zemljišta (to je obično općina ili grad) jer ga obvezuje da ovlašteniku prava građenja plati samo jednu četvrtinu tržišne cijene zgrade ako nije ugovoreno što drugo (čl. 9. st. 2.).

Pravila o naknadi za zgradu nisu imperativna, osim jedne iznimke u njemačkom pravu, pa sudionici toga pravnog odnosa mogu od njih odstupiti. Prema njemačkoj Uredbi, kao sadržaj nasljednog prava građenja, može se ugovoriti visina naknade i način plaćanja, a može se i isključiti obveza plaćanja naknade (§ 27. st. 1.). Od toga dispozitivnog pravila se odstupa samo ako je nasljedno pravo građenja ustanovljeno radi zadovoljavanja stambenih potreba “slabije stojećih slojeva stanovništva”. U tom slučaju naknada se ne može ugovoriti u iznosu koji bi bio manji od dvije trećine prometne vrijednosti zgrade u vrijeme prestanka nasljednog prava građenja i na takav ugovor se ne može pozivati vlasnik zemljišta (§ 27. st. 2. Uredbe...).

Hrvatski ZV propisuje: «Vlasnik je dužan osobi kojoj je prestalo pravo građenja dati onoliko naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina u prometu vrijednija s tom zgradom nego bez nje» (čl. 295. st. 3.). Ovo pravilo u načelu je dispozitivno, dopušta stranama pravnog odnosa da svoja prava i obveze drugačije urede ako nije

što drugo određeno zakonom, izravno ili neizravno. Neizravno je drukčije određeno ako je vlasnik zemljišta ili nositelj prava građenja jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave jer te pravne osobe mogu raspolagati svojom nekretninom, pa i osnivanjem prava građenja ili prijenosom toga prava na drugu osobu, samo na osnovi javnog natječaja (konkursa) i uz naknadu utvrđenu po tržišnoj vrijednosti (čl. 391. st. 1. ZV). Prema tomu, ove pravne osobe mogle bi odstupiti od ovog pravila samo u slučaju iz čl. 391. st. 2., dakle, u pravnim poslovima o prijenosu prava vlasništva, odnosno prava građenja koje međusobno sklapaju Republika Hrvatska i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, ako je to u interesu i cilju općega gospodarskoga i socijalnoga napretka njezinih građana (npr. zbog izgradnje zgrada zdravstvenih, obrazovnih i drugih ustanova od javnoga interesa).

3.4.3. Zemljište jamči za naknadu ovlašteniku nasljednog prava građenja

Zemljište sa zgradom, kao njegovim sastavnim dijelom (priraštajem), po njemačkom pravu jamči za naknadu koju duguje vlasnik zemljišta ovlašteniku ugašenog prava građenja (§ 28. Uredbe).⁵⁴ Upis tog tereta (realnog duga) u zemljišnu knjigu je deklarativan te ima samo značaj publiciteta. Vjerovnik (ovlaštenik ugašenog prava građenja) gubi realno osiguranje, ako zemljište pribavi treći savjesni stjecatelj prije uknjižbe (§ 892. BGB-a), što znači da se nositelj prava građenja koje je prestalo može zaštititi prema trećima ako bez odgađanja zatraži uknjižbu svoga prava na naknadu za zgradu.⁵⁵

Po općim pravilima građanskog prava (§ 320. BGB-a) ovlaštenik realne tražbine ima pravo, po prestanku nasljednog prava građenja, spriječiti prodaju, odnosno otuđenje pojedinih dijelova zgrade sve do namirenja svog potraživanja ili bar do osiguranja tražbine uknjižbom realnog duga u zemljišnu knjigu.⁵⁶

Hipoteka s prvim rang-mjestom, kao i nasljedno pravo građenja, zapreka je za osnivanje novoga nasljednog prava građenja u korist treće osobe, jer se i ono može osnovati samo s prvim rang-mjestom u zemljišnoj knjizi, pa se to pravo može osnovati tek po isplati osigurane tražbine hipotekarnom vjerovniku. Kad se ta tražbina isplati, hipoteka se s prvim rang-mjestom pretvara u običnu vlasničku hipoteku koja prestaje brisanjem iz zemljišne knjige.⁵⁷

54 "Jamčiti" u značenju "teretiti", što znači da je zemljište sa zgradom po zakonu opterećeno kao zalog osiguranja potraživanja naknade za zgradu (Ring, op. cit.).

55 Simonetti, P., *Pravo na građenje*, str. 85-86.

56 Ring, op. cit., str. 976.

57 O vlasničkoj hipoteci i zemljišnom dugu u njemačkom pravu, Palandt: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C.H. Beck, München, 1986., *Kommentar* (Achter Abschnitt, Hypothek, Gruntschuld, Rentenschuld i tamo citirana sudska praksa, stručna i znanstvena djela); također i Ingestau/Hustetd *Kommentar* par. 11 R.n. 4-7 koji upućuje na par. 1113 ff BGB-a. O tim pravima u njemačkom pravu: Marković, L., *Hipotekarno pravo*, Beograd, 1911., str. 151-156. O mogućnosti kreiranja vlasničke hipoteke u austrijskom i švicarskom pravu, koji zadržavaju načelo akcesornosti: Gavella, N., *Založno pravo*, izd. Pravni fakultet u Zagrebu, 1992., str. 65-67.; Lazić, M., *Rang stvarnih prava*, *Pravni život*, br. 10/2002, II tom, tematski broj: *Pravo i svetski poredak*, str. 77-78.

U hrvatskom pravu nema izričitih odredbi o „jamstvu zemljišta za zgradu“, kao ni o hipoteci s prvim rang mjestom, ali se ugovorom o davanju kredita nositelju prava građenja može ugovoriti (*ius dispositivum*) i jedno i drugo pravo koje će imati učinak prema svakome ako se upiše u zemljišnoknjižni uložak u kome je upisano pravo građenja kao samostalna nekretnina. Uostalom, trajanje prava građenja koje nije osnovano s prvim rang-mjestom suviše je neizvjesno jer ovisi od ostvarenja drugog stvarnog prava koje je ispred njega upisano u zemljišnu knjigu. Ovo se ne odnosi, samo na založno pravo (hipoteku), već i na stvarnu služnost koja onemogućava osnivanje prava građenja i na osobne služnosti i stvarne terete koje bitno ograničavaju realizaciju prava građenja. Zato bi trebalo smatrati (predmnijevati) da je pravo građenja osnovano s prvim rang-mjestom ako nije drukčije određeno zakonom.

3.4.4. *Odricanje prava na naknadu*

Po njemačkom pravu ovlaštenik prava građenja može se odreći prava na naknadu tek nakon njezina dospijeca.⁵⁸ Ako je pravo na naknadu bilo opterećeno pravima trećih osoba, odricanje ne vrijedi bez njihove suglasnosti (hipotekarnih vjerovnika, odnosno vjerovnika zemljišnog ili rentnog duga ili ovlaštenika realnog tereta). Tako se i po austrijskom pravu traži suglasnost svih stvarnopravnih ovlaštenika čija prava se po samom zakonu protežu na naknadu za zgradu u slučaju prestanka prava građenja (§ 10. Zakona o pravu građenja). Ni po hrvatskom pravu ovlaštenik ugašenog prava građenja ne bi se mogao odreći prava na naknadu za zgradu bez suglasnosti nositelja stvarnih prava koja su opterećivala pravo građenja, ako zbog toga prestaju ta prava, a njihovi nositelji imaju pravo na naknadu iz iznosa koji duguje vlasnik zemljišta. Založno pravo koje je teretilo pravo građenja po zakonu se proteže na naknadu za zgradu - čl. 296. st. 2. ZV, pa je logično da se nositelj ugašenog prava građenja ne može odreći prava na naknadu bez suglasnosti založnog vjerovnika.

3.4.5. *Oslobađanje obveze plaćanja naknade*

Po njemačkom pravu, vlasnik zemljišta bi se mogao osloboditi obveze plaćanja naknade ovlašteniku prava građenja time što bi se prije isteka vremena na koje je bilo osnovano pravo građenja izjasnio da produžava nasljedno pravo građenja za vrijeme za koje se pretpostavlja da će trajati zgrada. Ako ovlaštenik odbije vlasnikovu ponudu za produžetak nasljednog prava građenja, po njemačkom pravu gubi pravo na naknadu (§ 27. st. 3. Uredbe...). Takve odredbe nema u hrvatskom pravu, ali ne postoje zapreke da se takva prava i obveze ustanove na temelju pravnog posla upisom u zemljišnu knjigu.

⁵⁸ § 27. st. 5. Uredbe o nasljednom pravu građenja.

3.4.6. Sudbina stvarnih prava na pravu građenja

Njemačka Uredba propisuje da hipotekarni vjerovnik, jednako kao i vjerovnik zemljišnog ili rentnog duga ili realnog tereta na nasljednom pravu građenja, ima pravo naplatiti se iz naknade za nasljedno pravo građenja (§ 29). Smatra se, naime, da je to pravo na naknadu prije dospelosti potraživanja vjerovnika bilo sastavnim dijelom nasljednog prava građenja-virtualno,⁵⁹ pa da pravo na naknadu za zgradu jamči za hipotekarnu tražbinu, zemljišni ili rentni dug kao i za realne terete na pravu građenja koje je prestalo.⁶⁰ Prema austrijskom Zakonu o pravu građenja na naknadu za zgradu protežu se založna prava koja osiguravaju potraživanja i drugih stvarnih prava koja su teretila ugašeno pravo građenja (§ 10).

Po hrvatskom pravu, u načelu tuđa stvarna prava prestaju s prestankom prava građenja, ako nije što drugo određeno (čl. 296. st. 1.). Založno pravo koje je teretilo pravo građenja od trenutka prestanka prava građenja po samom zakonu «tereti naknadu koju je vlasnik dužan osobi čije je pravo građenja prestalo» (čl. 296. st. 2.). Prema tome, založni (hipotekarni) vjerovnik je zainteresiran da se zgrada održi u dobrom stanju i da se obnavlja jer što je nekretnina u prometu vrijednija «s tom zgradom nego bez nje», bit će viša i naknada koju po prestanku prava građenja tereti založno pravo dotadašnjeg hipotekarnog vjerovnika. Svako povećanje vrijednosti zgrade na pravu građenja koje je opterećeno hipotekom: dogradnja, nadogradnja i druge poboljšice koje podižu vrijednost zgrade do visine potraživanja založnog (hipotekarnog) vjerovnika njemu idu u prilog. Obrnuto, svako umanjenje vrijednosti hipotekom opterećenog prava građenja, odnosno prava građenja sa zgradom ispod potraživanja založnog (hipotekarnog) vjerovnika, ugrožavaju njegovo pravo. Zato je preporučljivo da se nositelj prava građenja ugovorom obveže hipotekarnom vjerovniku da će održavati zgradu u ispravnom stanju i da se ta obveza upiše u zemljišnu knjigu kao integralni dio prava građenja. Pri tome odredbe koje se odnose na posljedice prestanka prava plodouživanja iz čl. 205. st. 6. ZV mogu služiti kao putokaz za stipuliranje takvih ili sličnih obveza nositelja prava građenja opterećenog hipotekom prema hipotekarnom vjerovniku.

Ukoliko se u postupku izvlaštenja „ukida pravo plodouživanja ili neko drugo stvarno pravo“ (pa, dakle, i pravo građenja) „korisnik izvlaštenja dužan je odgovarajući iznos naknade položiti kod banke uz poseban račun.“ (čl. 41. ZI)⁶¹, a banka će isplatiti naknadu vlasniku izvlaštene nekretnine „na temelju pismenog sporazuma ovjerenog kod državne uprave ili na temelju sudske odluke.“ (čl. 41. st. 4.). Korisnik izvlaštenja je osoba koja stječe pravo vlasništva na zemljištu koje je do toga trenutka bilo opterećeno pravom građenja.

Međutim, ako je na pravu građenja izgrađena zgrada ili je pravom građenja postojeća zgrada odvojena od zemljišta, u oba slučaja zgrada je pravno neodvojivi sastavni dio prava građenja. S prestankom prava građenja ne prestaju služnosti,

⁵⁹ § 96. BGB-a na koji upućuje § 11. Uredbe.

⁶⁰ §§ 112, 1192, 1200. i 1107. BGB-a.

⁶¹ Zakon o izvlaštenju, NN, 35/94, 114/01, 76/06.

stvarni tereti i založna prava koja su teretila pravo građenja, već od prestanka prava građenja ova prava terete zemljište sa zgradom. U trenutku prestanka prava građenja ostaju, također, služnosti, stvarni tereti i založna prava koja su bila osnovana u korist prava građenja kao služnosti, stvarni tereti i založno pravo u korist zemljišta sa zgradom. U oba slučaja navedena stvarna prava ostaju nakon prestanka prava građenja s prvenstvenim redom (čl. 296. st. 3.).

Interpretacijom čl. 296. ZV dolazi se do zaključka da založno pravo na pravu građenja prestaje samo ako nema zgrade koja je njegova pripadnost. Zgrada u izgradnji (građevina) na pravu građenja od «kamena temeljca» je pripadnost pravu građenja ako se izgradnja izvodi u skladu sa zakonom. Takvom izgradnjom (građevinom) po prestanku prava građenja povećana je vrijednost zemljišta, jer s prestankom prava građenja i nedovršena zgrada postaje pripadnost zemljišta. Sve «ono što je bilo od zemljišta pravno odvojeno» kaže ZV, s prestankom prava građenja «postaje pripadnost zemljišta» (čl. 295. st. 1.). U tom slučaju vlasnik je dužan osobi kojoj je prestalo pravo građenja dati onoliku naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina u prometu vrjednija s tom građevinom nego bez nje (analogno čl. 295. st. 3.). Upravo tu naknadu tereti založno pravo koje je opterećivalo pravo građenja u trenutku njegova prestanka.

Inače, služnosti, stvarni tereti i založna prava u korist i na teret prava građenja sa zgradom ostaju kao služnosti, stvarni tereti u korist, odnosno na teret zemljišta sa zgradom, a s dosadašnjim prvenstvenim redom (čl. 296. st. 1. ZV). Ovo se odnosi na ona stvarna prava čiji nositelji nisu namireni iz naknade za zgradu.

Summary

THE RIGHT TO BUILD – ITS DURATION AND CESSATION

At the same time, the right to build is a real property right on someone's land and a real property in legal sense while the building belongs to it as if it is a land. The right to build can be alienated, inherited and burdened. Mortgage encumbering the right to property extends over the building from the beginning of its construction and over each and every element of the future building starting from its foundations. Therefore, the right to build is suitable for procuring a loan secured by mortgage. In case of termination of the loan contract due to repayment failure, the creditor whose claim is secured by mortgage may settle his claims by selling the real property encumbered by mortgage which consists of a right to build and a building under construction for which the loan was procured.

The Croatian right to build, as opposed to the Austrian *Baurecht*, is not limited in time by law, nevertheless, it can be limited by legal transaction in regard to its duration or condition subsequent. Moreover, the right to build ceases when its object (the land) perishes (legally or factually), or when authorised party waives his claims, as well as in case of protection of trust of others in land register, user's termination, disburdening and suspension. At the request of the owner of the land burdened by right to build, the right ceases to exist when court delivers a decision on suspension due to holder of a right to build failure to build a building in the period of twenty years or to restore a ruinous or substantially damaged building in the period of six years. On the basis of a formal document containing the statement on waiver of the right to build as well as of a court decision or a decision of another authorised body regarding the suspension upon the above mentioned grounds and court decision stating that legal presumptions of cessation have been fulfilled – the right to build ceases when its cessation is entered in the land register. Legal consequences following the cessation of the right to build are as follows: establishment of the legal unity of a land and a building and owner's obligation to reimburse the party who lost the right to build for value of the building in real estate transactions which has augmented the value of his real estate. The rights of others which burdened the right to build in principle cease with the cessation of that right (when there is no building), unless agreed otherwise. After the cessation of the right to build, the right of pledge which was burdening the right to build burdens compensation which is owed by the owner to the party who lost the right to build. Servitudes, real burdens and rights of pledge in favour of and burdening the right to build with the land remain as servitudes and real burdens in favour of the land, that is, as a burden on the land with the building according to previously established order of precedence.

Key words: *right to build, right of superficies, ownership, mortgage.*

Zusammenfassung

DIE DAUER UND BEENDIGUNG DES BAURECHTES

Das Baurecht ist gleichzeitig ein dingliches Recht am Grundstück eines Anderen sowie an der Immobilie in rechtlicher Hinsicht. Dabei stellt das Gebäude Teil des Grundstücks dar, als ob es selbst Grundstück wäre. Das Baurecht kann entfremdet, geerbt und belastet werden. Von Beginn des Baues umfasst die Hypothek am Baurecht das Gebäude im Ganzen (jedes Teil des zukünftigen Gebäudes von Bausteinen). Insofern ist das Baurecht für die Aufnahme eines durch die Hypothek gesicherten Kredits angemessen. Wird der Kreditvertrag wegen Schuldabzahlungsversäumung gekündigt, so kann der Hypothekgläubiger seine Forderungen durch den Verkauf der unter Hypothek stehenden Immobilie, die aus Baurecht und dem im Bau befindenden Gebäude, für welches der Kredit aufgenommen wurde, bestehen, begleichen.

Im Unterschied zu dem österreichischen Baurecht ist das kroatische Baurecht durch Gesetz zeitlich uneingeschränkt, allerdings kann es mit einem Rechtsgeschäft durch eine Frist oder Kündigungsbedingung eingeschränkt werden. Außerdem wird das Baurecht durch den entweder rechtlichen, oder faktischen Verfall eines Objektes (Grundstücks) beendet, als auch durch den Verzicht des Bevollmächtigten, den Schutz des Vertrauens eines Anderen ins Grundbuch, das Ende des Nutzers, Befreiung von Belastung und Aufhebung. Nach dem Antrag des Eigentümers vom unter Baurecht stehenden Grundstück wird dieses Recht beendet, wenn das Gericht eine Aufhebungsentscheidung trifft, weil der Baurechträger das Gebäude innerhalb von zwanzig Jahren nicht gebaut hat, oder weil er ein zerstörtes oder beschädigtes Gebäude innerhalb von sechs Jahren nicht renoviert hat. Das Baurecht wird beendet, indem es aus dem Grundbuch gelöscht wird, und dies durch eine vorgeschriebene Urkunde über Baurechtsverzicht oder durch eine Gerichts- oder Behördenentscheidung über Aufhebung aus obengenannten Gründen, oder auf Grund einer Gerichtsentscheidung über die Erfüllung aller Gesetzesvoraussetzungen für die Beendigung. Die Rechtsfolgen der Beendigung des Baurechts enthalten die Aufstellung der rechtlichen Einheit von Grundstück und Gebäude und Eigentümergepflichtung der Person, dessen Baurecht beendet ist, entsprechende Vergütung für das Gebäude im Verhältnis zu dem Wert seiner Immobilie mit dem Gebäude im Vergleich zu dem Wert ohne Gebäude, zu zahlen. Rechte anderer, welche das Baurecht belasteten enden mit der Beendigung des Baurechtes (wenn kein Gebäude existiert), es sei denn es wird anders festgelegt. Das Pfandrecht über das Baurecht belastet eine Vergütung, die der Eigentümer an die Person, dessen Baurecht beendet wird, zahlen muss. Dienstbarkeiten, Reallasten und Pfandrechte zu Gunsten und zur Last des Baurechtes mit dem Gebäude, verbleiben als Dienstbarkeiten und Reallasten zu Gunsten, bzw. zur Last des Grundstücks mit dem Gebäude nach dem bisherigen Vorrang.

Schlüsselwörter: *Baurecht, Superädifikat, Eigentum, Hypothek.*

Riassunto

DIRITTO DI COSTRUIRE QUALE FACOLTA' DEL DIRITTO DI SUPERFICIE - DURATA ED ESTINZIONE

Il diritto di costruire, quale facoltà del diritto di superficie, è al tempo stesso un diritto reale su fondo altrui ed un immobile in senso giuridico; mentre l'edificio ne è un accessorio come se lo stesso fosse un fondo. Il diritto di costruire, quale facoltà del diritto di superficie, può venire alienato, ereditato e gravato. Il diritto di ipoteca sul diritto di costruire si estende all'edificio sin dall'inizio della costruzione, comprendendo qualsiasi elemento del costruendo edificio sin dalla prima pietra. Pertanto il diritto di costruire è adatto all'ottenimento di un mutuo assicurato dalla costituzione di un diritto d'ipoteca. Nel caso di risoluzione del contratto di mutuo a causa del mancato pagamento del debito, il creditore ipotecario può soddisfare i propri crediti mediante l'alienazione dell'immobile ipotecato, il quale è costituito dal diritto di costruire e dal costruendo edificio per il quale venne stipulato il mutuo.

Il diritto di costruire croato, a differenza dell'austriaco *Baurecht* non trova limitazioni di tempo nella legge, ma può essere limitato da un negozio giuridico, attraverso l'apposizione di un termine o mediante una condizione risolutiva. Inoltre, il diritto di costruire si estingue: a causa del deterioramento (giuridico o materiale) del suo oggetto (fondo), a causa della rinuncia del titolare del diritto, per tutelare l'affidamento di un terzo nei libri fondiari, a causa della cessazione dell'utilizzatore, per esenzione o prescrizione. Su richiesta del proprietario del fondo gravato dal diritto di costruire, tale diritto si estingue quando il tribunale emana la pronuncia attestante che il diritto è prescritto poiché il titolare del diritto di costruire non ha costruito l'edificio nel termine di vent'anni oppure quando non ha provveduto alla ristrutturazione dell'edificio distrutto o seriamente compromesso nel termine di sei anni. In base all'atto di rinuncia al diritto di costruire, come anche in base alla decisione giudiziale o di altro organo competente riguardante l'estinzione per i motivi di cui sopra, come ancora in base alla pronuncia giudiziale che accerta che sussistono i presupposti giuridici per l'estinzione, il diritto di costruire si estingue mediante cancellazione dai libri fondiari. Le conseguenze giuridiche legate all'estinzione del diritto di costruire sono: la riespansione del diritto di proprietà sul fondo e sulla costruzione e conseguente obbligo del proprietario di indennizzare l'ex titolare del diritto di costruire, versando una somma pari all'aumento di valore che il fondo ha con la costruzione annessa, rispetto alla situazione precedente in cui la costruzione non esisteva. Gli altrui diritti gravanti unicamente sul diritto di costruire di base vengono meno con l'estinzione del diritto medesimo (in assenza di costruzione), qualora non sia previsto altrimenti. Il diritto di garanzia che gravava sul diritto di costruire a seguito dell'estinzione del diritto grava sull'indennizzo che il proprietario deve versare al soggetto il cui diritto di costruire è estinto. Le servitù, gli oneri reali ed i diritti di garanzia a favore e a peso del diritto di costruire con

edificio rimangono quali servitù e oneri reali a favore oppure a peso del fondo con l'edificio, seguendo l'ordine prestabilito.

Parole chiave: *diritto di costruire, diritto di superficie, proprietà, ipoteca.*

SUDJELOVANJE DIONIČARA U RADU GLAVNE SKUPŠTINE DIONIČKOG DRUŠTVA PREMA NOVELI ZAKONA O TRGOVAČKIM DRUŠTVIMA

Dr. sc. Edita Čulinović Herc, redovita profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci
Tea Hasić, mag. iur., asistentica
Odjel ekonomije i turizma, Sveučilište u Puli

UDK: 347.725
Ur.: 9. siječnja 2011.
Pr.: 4. ožujka 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Posljednjom novelom Zakona o trgovačkim društvima, odnosno donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima iz 2009. godine¹, koji je stupio na snagu i počeo se primjenjivati 1. svibnja 2010. godine, u naše zakonodavstvo provedene su odredbe Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2007/36/EC o ostvarenju određenih prava dioničara u dioničkim društvima dionice kojih su uvrštene na uređeno tržište radi trgovanja od 11. srpnja 2007.² Iako polje primjene Direktive obvezuje države članice na provedbi odredbi samo glede uvrštenih dioničkih društava, u našem pravu je ta direktiva provedena na način da se primjenjuje i na društva čije dionice nisu uvrštene na uređeno tržište, dok su za uvrštena društva mjestimično zadržana posebna rješenja. U radu se analiziraju nova rješenja ZTD-a o navedenim pravima dioničara u pripremi skupštine i na samoj skupštini te se ista dovode u vezu s rješenjima Direktive.

Ključne riječi: *prava dioničara, sudjelovanje na skupštini dioničkog društva, glasovanje putem punomoćnika, elektroničko glasovanje.*

1. REGULATORNI OKVIRI

Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima donijet je 2009. godine. Tim Zakonom u naše su zakonodavstvo provedene odredbe *Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2007/36/EC o ostvarenju određenih prava dioničara*

- 1 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima, usvojen 30. listopada 2009., objavljen u NN br. 137/09 13. studenog 2009., stupio na snagu 1. svibnja 2010.
- 2 Directive 2007/36/EC, 2007 O.J. L 184/17, *Directive of the European Parliament and of the Council on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies*, July 11, 2007, dostupno na http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2007/l_184/l_18420070714en00170024.pdf. Prijevod iste Direktive dostupan u knjizi: HORAK, H. / DUMANČIĆ, K. / PECOTIĆ KAUFMAN, J., *Uvod u europsko pravo društava*, Školska knjiga, Zagreb, 2010, str. 471 - 479.

u dioničkim društvima dionice kojih su uvrštene na uređeno tržište radi trgovanja od 11. srpnja 2007. Potreba reguliranja ove materije na razini europskog prava pojavila se zbog sve složenije korporativne strukture dioničkih društava, unutar EU-a dijelom uvjetovane slobodom kretanja kapitala.³ Značajan utjecaj na modalitet regulacije ove materije dolazi iz američkoga prava i pod utjecajem američke korporativne kulture. Američkoga dioničara se često opisuje kao pasivnog, racionalno apatičnog, pogotovo glede troškova kolektivnih akcija koje se poduzimaju radi zaštite njegovih interesa. Često ga se naziva „free rider“, zbog činjenice da se radije priključuje akciji koju je potakao netko drugi.⁴ No ta percepcija o racionalno apatičnim dioničarima se mijenja, čak i u SAD-u, posebice ako su dioničari institucionalni ulagatelji.⁵ Na obje strane Atlantika, institucionalni dioničari koji drže velike blokove dionica postaju sve aktivniji u korporativnom upravljanju.⁶ EU Direktiva o određenim pravima dioničara stavila ih je u regulatorni fokus, jer kreditne i financijske institucije, koje skrbe o brojnim dionicama, postaju nezaobilazna glasačka snaga na skupštini društva⁷. Sve veće korištenje naprednih financijskih tehnika prilikom kupnje dionica

- 3 Danas se dionice tipično drže posredstvom skrbnika, osobito u situacijama s inozemnim elementom. Cit: *“In cross-border situations: when an investor in Member State A holds shares in a company with registered office in Member State C, there usually is a chain of intermediaries in different Member States between the investor and the company. The investor holds his shares in an account with an intermediary in Member State A; that intermediary may hold an account with a large international depository bank in Member State B; the international depository bank holds an account with a local custodian in Member State C; the local custodian is registered in the share register of the company.”* Vidi: *The shareholders’ rights directive and cross-border voting*, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/recomm_annex_en.pdf.
- 4 PINTO, A. R. *The European Union’s Shareholder voting rights Directive from an American perspective: some comparisons and observations*, Brooklyn Law School Legal Studies, Research Papers, Accepted Paper Series, Research Paper No. 117 September 2008, str. 7. dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1268454>. Vidi također ROMANO, R. *Less is More: Making Institutional Investor Activism a Valuable Mechanism of Corporate Governance*, dostupno na: <http://www.cepr.org.uk/meets/wkcn/5/568/papers/Romano.pdf>. Također objavljeno u *Yale Journal on Regulation* (2001), vol. 18 (issue 2).
- 5 BRIGGS, T. W. *Corporate Governance and the New Hedge Fund Activism: An Empirical Analysis*, 32 IOWA J. CORP. L. 681 (2007). Vidi još usporednopravne naznake između EU-a i SAD-a investitora u: LATTUCA, D. *A Comparative Analysis of the Legal Obstacles to Institutional Investor Activism in Europe and in the US*, 51 (2008) at <http://ssrn.com/abstract=1137491>.
- 6 Više o ulozi institucionalnih investitora u upravljanju korporacijom vidi: GERKE / BANK / STEIGER, *The Changing Role of Institutional Investors – A German Perspective*, u: HOPT/ WYMEERSCH (eds.), *Capital Markets and Company law*, Oxford University Press, New York, 2003, str. 357-386. Za šapnjolsko pravo vidi: GARRIDO / ROJO *Institutional Investor and Corporate Governance: Solution or Problem*, HOPT / WYMEERSCH (eds.), *Capital Markets and Company law*, Oxford University Press, New York, 2003, str. 427 - 448; te GARRIDO, J. M. *Optimism and pessimism: Complementary Views on the Institutional Investors’ Role in Corporate Governance*, HOPT / WYMEERSCH (eds.), *Capital Markets and Company law*, Oxford University Press, New York, 2003, str. 449-458. BERMAN, D. K. *In an Era of Activists, Look to Change*, WALL ST. J., C1 July 8, 2008.
- 7 WYMEERSCH, E. *Ongoing developments in European Corporate Governance*, uvodni

(npr. izvedenice), kako bi se anonimnost pravog imatelja dionice što duže zadržala tajnom,⁸ otvara sasvim drugu sliku o dioničarima, koji se nastoje pritajiti prije nego što obave sve pripremne radnje koje ih vode k preuzimanju nekog društva. Utjecaj institucionalnih dioničara, odnosno dominantno financijskih institucija poput mirovinskih i investicijskih fondova povećava se i korištenjem raznih kreativnih tehnika glasovanja na skupštini društva poput *empty voting* i sl.⁹

Prema Wymeerschu,¹⁰ ako u društvu postoje dioničari koji drže dionice u velikim blokovima to svakako zastire utjecaj drugih dioničara. Imatelji velikih udjela (*block shareholders*) u mogućnosti su izraditi dugoročni plan ulaganja u društvo čije dionice drže.¹¹ Taj dugoročni investicijski horizont, naprotiv nemaju mali dioničari,

govor na konferenciji „Xth Corporate Governance Conference”, kojeg je podnio Predsjednik European Corporate Governance Institute, 6.12. 2010. Brussels, dostupno na: <http://www.law.ugent.be/fli/wps/pdf/S&C2010-06.pdf>.

- 8 Najmoćniji konglomerat luksuzne robe na svijetu LVMH – Louis Vuitton Moët Hennessy, stekao je nedavno udjele u modnoj kući Hermes. U Hermesu su većinu udjela držali dioničari obiteljske strukture. Navedenom akvizicijom LVMH postao je imatelj kvalificiranog udjela u iznosu od 17,1% dionica za koje je plaćeno oko 1,45 milijuna EUR-a. LVMH je sklopio *swap* ugovor s isporukom u novcu s tri anonimne financijske institucije 2008. godine. Nakon toga su promijenjeni uvjeti ugovora na način da se umjesto novca odlučio za fizičku isporuku dionica, koja se dogodila 22. i 25. listopada 2010. Prema pravilima o objelodanjivanju kvalificiranih udjela ulagatelj mora izvijestiti o svakoj akviziciji vrijednosnih papira kojima stječe više od 5% dionica u (uvrštenom) dioničkom društvu. Ta akvizicija otvara naravno spekulaciju o mogućem preuzimanju. Vidi: LVMH 'Playing a Waiting Game' for Hermes Takeover, Analysts Say, <http://www.bloomberg.com/news/2010-10-24/lvmh-playing-a-waiting-game-for-hermes-after-buying-stake-analysts-say.html>.
- 9 Vidi objašnjenje razloga primjene tehnike posuđivanja dionica financijskih posrednika, do čega dolazi zbog pravila o namiri transakcija s vrijednosnim papirima. Da bi se premostio jaz između vremena kada financijska institucija treba isporučiti dionice u odnosu na vrijeme kada njima trebaju biti isporučene dionice zauzimaju se kratke pozicije, a primjena iste tehnike moguća je i radi stvaranja kritične mase glasova na skupštini društva, vidi detaljnije WINTER, J. W. *Cross-border voting in Europe*, u: HOPT, K. J. / WYMEERSCH, E. (eds.) *Capital Markets and Company Law*, Oxford University Press, 2003, str. 411.
- 10 WYMEERSCH, E. *op. cit.* u bilj. 7., str. 4.
- 11 MALLIN, C. *The Role of Institutional Investors in Corporate Governance*, V1, October 20, 2006., str. 77. – 88., dostupno na http://www.oup.com/uk/orc/bin/9780199289004/mallin_chap06.pdf. Autorice ističu kako postoji trend povećanja broja institucionalnih ulagatelja, koji postaju imatelji sve većih udjela u dioničkim društvima. Njihova je uloga (kada je riječ o utjecaju na korporativno upravljanje) vrlo značajna, jer oni svoja prava (koja proizlaze iz dionica koje drže) ne ostvaruju samo na redovan način, tj. ostvarivanjem glasačkih prava na glavnoj skupštini društva, nego koriste i druge „alate“ tj. metode kako bi utjecali na upravu društva čije dionice drže. Te alternativne metode su: cit: „1. **one to one meetings between institutional investors and companies**, 2. **Focus lists** (after being put on the focus lists, the companies receive the, often unwanted, attention of the institutional investors who may seek to change various directors on the board) – op. autora: ovo bi bila neka vrsta „crnih listi“ na koje se uvrstavaju društva u koja nije poželjno ulagati, 3. **Corporate governance rating systems** (it could be a powerful indicator of the extent to which a company currently is adding, or has the potential to add in the future, shareholder value)“. Usporedi: ČULINOVIĆ-HERC, E. / BRAUT FILIPOVIĆ, M. *The regulation of private equity, hedge funds and state funds – Croatian National Report*, XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative

odnosno dioničari u društvima u kojima je korporativna struktura disperzirana, tako da se utjecaj dioničara na društvo ostvaruje više pritiskom na tržište. Mali dioničari uvijek mogu prodati dionice ako su nezadovoljni politikom upravljanja društvom ili njegovim rezultatima, tako da su oni, gledano iz vremenske perspektive, kratkoročni ulagatelji.

Neke države članice EU-a, poput Velike Britanije nastoje potaknuti institucionalne investitore da se aktivnije angažiraju u društvima čije su dionice u njihovom portfelju, radije nego da svoj utjecaj na društvo vrše prodajom istih blokova dionica na tržištu.¹² Taj njihov aktivitet, se nastoji oblikovati, tako da ih se obvezuje da pri korporativnim akcijama postupaju prema određenim načelima, te da međusobno surađuju. Oni su pozvani da potpišu „*declaration of stewardship*”¹³ što je u svojoj najnovijoj regulaciji poduprla i FSA.¹⁴ Institucionalni ulagatelji trebaju iskazati postupaju li u skladu sa *Stewardship Codeom* ili objasniti zbog čega ga neprimjenjuju (*comply or explain*). Glavna načela Kodeksa su sljedeća: **prvo**, institucionalni investitori moraju javno objaviti svoju politiku u odnosu na društva u koja ulažu; **drugo**, moraju imati strogu politiku rješavanja sukoba interesa koju također trebaju javno objaviti; **treće**, imaju obvezu praćenja društva (monitoring) u kojima imaju dionice; **četvrto**, moraju utvrditi jasne smjernice kada i kako će pojačati svoje aktivnosti da bi zaštitili ili povećali ostvarenje tzv. “sharedholder value”; **peto**, trebaju biti spremni djelovati s drugim ulagateljima kada je to primjereno; **šesto**, moraju imati jasnu politiku glasovanja te objavljivati svoju glasačku aktivnost; **sedmo**, moraju periodično izvještavati o svojim aktivnostima koje se tiču glasovanja i ostalim aktivnostima koje su poduzeli u društvima čije dionice drže.

Ima ideja da se takve metode uvedu i u Nizozemskoj¹⁵ za mirovinske fondove.

Law 2010, Washington, July, 27. 21-28.

12 FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *CONSULTATION ON A STEWARDSHIP CODE FOR INSTITUTIONAL INVESTORS*, vidi: <https://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/Stewardship%20Code%20Consultation%20January%2020101.pdf>. Cit.: “*While shareholders cannot and should not be involved in the management of their company, they can insist on high standard of corporate governance as a long-term driver of good investment performance. The governance standard for UK listed companies is the Combined Code on Corporate Governance (which is to be renamed in UK Corporate Governance Code). This operates on basis of “comply or explain”, which allows companies the flexibility to deviate from the provisions of the Code provided they explain to their shareholders the reasons for doing so. Shareholders are than expected to judge the explanation on its merits and either accept or challenge it. The effectiveness of this approach depends on sufficient investors being willing, directly or indirectly, to put resources into engaging actively with the companies in which they invest*”. Sam kodeks dostupan je na stranici: <http://www.frc.org.uk/images/uploaded/documents/UK%20Stewardship%20Code%20July%2020103.pdf>.

13 O pojmu “Stewardship Code” i temelju njegova nastanka vidi: *op. cit.* u bilj 12. str. 4, 5, 25-29.

14 Financial Services Authority: www.fsa.uk.

15 *Op. cit.* u bilj. 7. str. 4. O aktivizmu institucionalnih dioničara vidi za nizozemsko pravo više kod: VAN BEKKUM, J. / HIJINK, S. / SCHOUTEN, M. C./ WINTER, J. W., *Corporate Governance in the Netherlands* (November 19, 2009). International Congress on Comparative Law, Washington, 2010. dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1507633>. Nizozemska se suočila s valom dioničarskog aktivizma koji su rezultirali sporovima punima kontroverzi.

Ali kada su u pitanju mali dioničari, čiji su udjeli u temeljnom kapitalu disperzirani, jedan od načina ostvarenja njihova utjecaja su ugovori o vezivanju glasova (*bundling votes*). To će povećati njihove pregovaračke pozicije, žele li neke teme raspraviti s upravom.

Kako se pravo društava država članica značajno razlikuje u pogledu prava dioničara koja postoje u pripremi i na samoj skupštini društava, smatralo se potrebnim uskladiti tu materiju barem za društva čije su dionice uvrštene na uređeno tržište. Ulagateljima u ta društva htjelo se dati pojedina minimalna prava, neovisno koja im pripadaju prema nacionalnom zakonodavstvu. U nekim državama članicama sudjelovanje dioničara na skupštini uvjetovalo se tzv. blokiranjem dionica, tj. pohranom dionica kod određenih institucija u određenom razdoblju prije održavanja skupštine. Kako se za vrijeme pohrane njima nije moglo raspolagati, to je smanjivalo likvidnost portfelja njihovih imatelja, što je smetalo osobito investicijskim fondovima. Dioničari su zbog toga odustajali od ostvarenja svojih prava na skupštini društva, kako ne bi morali blokirati dionice. Tome treba pridodati da su dioničari koji prebivaju izvan države članice u kojoj društvo ima sjedište naravno i fizički ograničeni u ostvarivanju prava. Sve do nedavno, fizičko sudjelovanje dioničara (ili njihovih punomoćnika) na glavnoj skupštini društva nije bilo dovođeno u pitanje kao postulat. No razvoj modernih komunikacijskih tehnologija te uštede i koristi koje se mogu postići, uvede li se ona u pripremu i rad skupštine dioničkog društva, otvaraju nove mogućnosti za dionička društava, naravno uz postojanje adekvatnih sigurnosnih mehanizama.¹⁶

Aktivizam hedge fonda TCI, potaknuo je lanac događaja koji je doveo do neprijateljskog preuzimanja glavne nizozemske banke ABN AMRO, konzorcija triju drugih banaka (jedna od njih je bila Fortis). U kombinaciji s financijskom krizom došlo je do povlačenja Fortisa te je bila potrebna intervencija vlade što je samo dodalo vatre na ionako negativnu percepciju aktivizma dioničara. Prikaz AMRO predmeta u kontekstu odgovornosti iz prospekta vidi ČULINOVIĆ – HERC, E. / ZUBOVIĆ, A. *Prospekt i odgovornost iz prospekta pri javnoj ponudi vrijednosnih papira u hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik radova međunarodnog savjetovanja, "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse". Mostar, 2009, 162-185.

- 16 U pravu društava i u pravu tržišta vrijednosnih papira o primjeni informatičke tehnologije vodi se duga rasprava. Na globalnoj osnovi promotor šire primjene interneta u domeni tržišta vrijednosnih papira bio je IOSCO (International Organisation of Securities Commissions) još daleke 1998. godine. Vidi IOSCO, *Report on Enforcement Issues Raised by the Increasing Use of Electronic networks in the Securities and Futures field, 1997*; IOSCO, *Securities Activity on the Internet, 1998*. HIRTE, H. *Der Einfluss neuer Informationstechniken auf das Gesellschaftsrecht und die corporate Governance Debatte*, Festschrift für Buxbaum, Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Kluwer, London – Hague – Boston, 2000, str. 283. Novija znanstvena literatura koncentrirana se na pitanja prekograničnog glasovanja, odnosno mogućnosti elektroničkog glasovanja za dioničare koji nemaju sjedište / prebivalište u državi članici u kojoj se nalazi sjedište društva. Vidi WINTER, J. W. *Cross-border voting in Europe*, u: HOPT, K. J. / WYMEERSCH, E. (eds.) *Capital Markets and Company Law*, OUP, 2003, str. 387-426. BAUMS, T./ SCHMITZ, R. *Shareholder Voting in Germany*, 1-25, dostupno na http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/baums/Bilder_und_Daten/Arbeitspapiere/paper76.pdf.

2. MOTIVI DONOŠENJA DIREKTIVE 2007/36/EC

Razlozi donošenja Direktive su prije svega u intenciji da se olakša pristup glavnoj skupštini onim dioničarima koji su locirani u inozemstvu. Pri ostvarivanju prava glasa dioničara (napose u prekograničnom kontekstu) iskristalizirala su se četiri temeljna problema.¹⁷

Kao **prvo** identificiran je problem *pristupa informacijama koje su relevantne za održavanje glavne skupštine*. Primjećeno je da su rokovi u kojima se dioničari obavještavaju o održavanju glavne skupštine kratki ili ih se nepravodobno obavještava o tim podacima ili se ne objavljuju svi relevantni podaci i sl.¹⁸ Zbog ovih razloga dioničari često nisu znali niti da će se održati glavna skupština.

Kao **drugi** problem identificirana je već spomenuta *obveza blokiranja (pohrane dionica) prije održavanja glavne skupštine, kao uvjet za ostvarivanje prava glasa (engl. share blocking)* pri čemu se pohranjenim dionicama nije moglo raspolagati. Predloženo je uvođenje *sustava registracije* kod kojeg se svojstvo dioničara utvrđuje na određen dan (tzv. *record date* ili *datum registracije*)¹⁹ prije održavanja glavne skupštine. Dioničar mora imati svojstvo dioničara samo na tzv. *record date*, nakon čega može slobodno raspolagati sa svojim dionicama. Za *datum registracije* prikladno je da bude što bliže datumu održavanja glavne skupštine kako bi utvrđeno stanje stvari u pogledu pitanja tko ima svojstvo dioničara, što više odgovaralo stvarnom stanju stvari na dan održavanja glavne skupštine.²⁰

Kao **treći** problem identificirano je *glasovanje preko punomoćnika (engl. proxy voting)*. Trebalo je ukloniti ograničenja i uvjete koji postoje u nacionalnim pravima država članica glede osoba koje se mogu imenovati za punomoćnika, načina imenovanja punomoćnika, broja dioničara koje jedan punomoćnik može zastupati, kao i definirati sadržaj njihove ovlasti na glavnoj skupštini.²¹ S time je povezana činjenica da dionice mogu držati razne kreditne ili druge financijske institucije koje se pojavljuju kao posrednici (intermedijari), a takvih posrednika često može biti nekoliko. Oni umjesto dioničara sudjeluju i ostvaruju pravo glasa na skupštini društva, bilo na temelju toga što su u registru dionica/(čara) oni upisani kao dioničari, bilo na temelju punomoći kojom ih dioničari ovlašćuju na ostvarivanje tih prava.

I **četvrto**, zbog napretka tehnologije, a osobito zbog mogućnosti primjene audio-video konferencije i interneta danas je moguće olakšati ostvarivanje prava glasa prekograničnim i udaljenim dioničarima. No primjena modernih tehnologija u radu skupštine društva može dovesti i do problema, za koje trebaju postojati određena

17 ČULINOVIĆ-HERC, E. / JURIĆ, D., Prekogranični aspekti prava glasa - otvorena pitanja u europskom i hrvatskom pravu, u: BODIROGA-VUKOBRAT, N. / BARIĆ, S. (ur.) Prekogranična i regionalna suradnja, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007., str. 2.

18 *Ibid.*, str. 3.

19 O problemima vezanima uz deponiranje (blokiranje) i registraciju dionica vidi WINTER, op. cit. str., 413 i dalje posebno u kontekstu zakonodavnih promjena poduzetih u nizozemskom finskom i švedskom pravu.

20 ČULINOVIĆ-HERC, E. i JURIĆ, D., *op. cit.*, u bilj. 17, str. 2.

21 *Loc. cit.*

rješenja (npr. problemi s identifikacijom, prekidom veze i sl.). EU zakonodavac predložio je nacionalnim zakonodavcima „da uklone sve prepreke“ takvom načinu glasovanja (tako da to mogu primjenjivati ona društva koja sama tako odluče). Ali se ipak državama članicama ne nameće obveza donošenja takvih propisa kojima se dionička društva uvrštena na uređeno tržište obvezuju da će svojim dioničarima omogućiti takav način sudjelovanja i glasovanja na glavnoj skupštini.²²

Sve navedeno dovelo je do toga da je dana 11. srpnja 2007. godine donesena *Direktiva (Smjernica) Europskog parlamenta i Vijeća 2007/36/EC o ostvarenju određenih prava dioničara u dioničkim društvima dionice kojih su uvrštene na uređeno tržište*. Temeljni cilj ove Direktive jeste osnažiti prava dioničara kada je riječ o sudjelovanju i glasovanju na skupštini dioničara, posebno u prekograničnom kontekstu. Direktiva taj cilj prvenstveno nastoji ostvariti rješavanjem gore navedenih četiriju problema, tj.: a) nastoji svakom dioničaru osigurati pristup informacijama relevantnim za održavanje glavne skupštine, b) zabranjuje obvezu blokiranja (tj. pohrane dionica) prije održavanja glavne skupštine, kao uvjet za ostvarivanje prava glasa i uvodi, tzv. sustav registracije, c) svakom dioničaru daje mogućnost da svoja prava ostvaruje preko punomoćnika i d) na „mala vrata“ uvodi mogućnost sudjelovanja i glasovanja na skupštini sredstvima elektroničke komunikacije. Države članice morale su standarde iz Direktive implementirati u svoja nacionalna zakonodavstva do 3. kolovoza 2009. godine. RH je Direktivu implementirala u studenom 2009. godine donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima.

3. SUDJELOVANJE DIONIČARA U RADU GLAVNE SKUPŠTINE

3.1. Načelo jednakog postupanja

Prema čl. 4. Direktive, dionička društva moraju, kod sudjelovanja i korištenja prava glasa na glavnoj skupštini, osigurati jednako postupanje prema svim dioničarima koji su u istom položaju. Čl. 211. ZTD-a sadrži odredbu o *načelu jednakog položaja dioničara*, prema kojem pod jednakim uvjetima dioničari imaju jednak položaj u društvu. Korespondentna odredba ZTD-a je šira po svom doseg jer proklamira načelo jednakog položaja u društvu općenito, a ne samo u sudjelovanju na glavnoj skupštini.

²² *Ibid.*, str. 3.

3.2. Prava dioničara biti informirani o vremenu, mjestu i sadržaju odlučivanja na glavnoj skupštini

3.2.1. Rok za sazivanje glavne skupštine

Dioničare je potrebno pravodobno i dostatno informirati o vremenu i mjestu održavanja glavne skupštine te o dnevnom redu po kojem će se na njoj raspravljati i odlučivati, kako bi se mogli pripremiti za sudjelovanje, raspravu i odlučivanje, osobno ili preko punomoćnika. Osim o navedenom, dioničare prije održavanja glavne skupštine treba obavijestiti i o uvjetima koje moraju ispuniti, tj. o postupku kojeg moraju proći, kako bi mogli sudjelovati i glasovati na skupštini, a treba ih obavijestiti i da imaju pravo uvrstiti nove točke na dnevni red te predlagati nacрте odluka o kojima će se odlučivati na glavnoj skupštini.

Prema čl. 5. st. 1. podstavku 1. Direktive, svaka država članica mora osigurati, tj. mora donijeti takav propis kojim će dioničkim društvima nametnuti obvezu objave sazivanja glavne skupštine **najkasnije 21 dan prije dana njenog održavanja**. Podstavkom 2. istoga stavka propisana je iznimka od ovog pravila. Tako država članica *može* propisati, ako je u nekom dioničkom društvu elektronično glasovanje omogućeno svim dioničarima, da se na glavnoj skupštini tog društva može donijeti odluka o obvezi objave sazivanja glavne skupštine **najkasnije 14 dana prije njezinog održavanja**, s time da ne smije biti riječ o sazivanju godišnje glavne skupštine i da se takva odluka mora donijeti najmanje dvotrećinskom većinom glasova te da vrijedi najkasnije do sljedeće godišnje glavne skupštine dioničara. Podstavkom trećim propisano je da države **ne moraju primjenjivati najkraći rok** od 21 dan (iz podstavka 1.), odnosno najkraći rok od 14 dana (iz podstavka 2.) **kada je riječ o drugom ili sljedećim sazivima skupštine** do kojih je došlo zbog nedostatka kvoruma potrebnog na prvom sazivanju, ali pod uvjetom da na dnevni red nije stavljena niti jedna nova točka i da je prošlo **najmanje 10 dana** između zadnjeg sazivanja i datuma nove glavne skupštine.

Naše je pravo već prije implementacije Direktive sadržavalo odredbu (članak 279. starog ZTD-a) da se glavnu skupštinu **mora sazvati najmanje 30 dana prije dana njezina održavanja**. Prilikom posljednjih izmjena ZTD-a došlo je do redakcijske pogriješke te je umjesto 30 dana sada predviđen rok od **mjesec dana**,²³ s time da se u taj rok ne uračunava dan objave poziva. Naime, ako se rok vezuje za mjesec, broj dana je nekad 30, nekad 31, a može biti 28, pa čak i 29, što može dovesti do pravne nesigurnosti. S obzirom na naprijed navedeno, propis u kojem bi se naglasilo da se sazivanje skupštine **mora objaviti** najmanje mjesec (odnosno 30) dana prije njezina održavanja bolje bi odgovarao izričaju Direktive.

23 I akademik Barbić smatra da je riječ o redakcijskoj pogriješki, vidi: BARBIĆ, J., *Zakon o trgovačkim društvima-redakcijski pročišćeni tekst s uvodnim objašnjenjima, pregledom usklađenosti s europskim pravom i abecednim kazalom – 5. izmijenjeno izd.*, Organizator, Zagreb, 2010., str. 23. i 24.

3.2.2. Način objave sazivanja glavne skupštine

Prema članku 5. stavku 2. podstavku 1. Direktive, način objave sazivanja glavne skupštine mora biti **takav da osigurava brz i nediskriminatoran pristup skupštini društva**. To znači da države članice moraju propisati obvezu društvima da rabe pouzdane komunikacijske medije kojim će se postići učinkovito prosljeđivanje informacija javnosti i to na području cijele Zajednice.²⁴ Člankom 5. stavkom 2. podstavkom 2. Direktive, propisano je da se navedene odredbe o načinu sazivanja ne odnose na društva koja raspolažu knjigom dioničara iz kojih se mogu utvrditi imena i adrese dioničara, ali pod uvjetom da društvo ima obvezu poslati poziv za glavnu skupštinu svim dioničarima koji su u tu knjigu upisani.²⁵ I kada je riječ o načinu objave sazivanja glavne skupštine, **ZTD je usklađen s Direktivom**. Naime, u čl. 277. st. 6. ZTD-a stoji da se poziv za glavnu skupštinu mora objaviti u glasilu društva, a ako su dioničari društvu poimenično poznati, skupština se može sazvati preporučenim pismom, pri čemu se dan odaslanja pisma smatra danom objave poziva. Nadalje, čl. 277. st. 8. ZTD-a sadrži odredbu prema kojoj **društva, čije su dionice uvrštene na uređeno tržište**, (a nije riječ o društvima koja su izdala samo dionice koje glase na ime i nisu poziv za glavnu skupštinu dioničarima poslala neposredno preporučenim pismom), **obvezna su poziv dostaviti medijima** za koje se smatra da mogu obavijest prenijeti na cijelo područje Europske unije. Poziv se mora dostaviti medijima najkasnije u vrijeme njegove objave.²⁶

3.2.3. Minimalan sadržaj obavijesti o sazivanju glavne skupštine (poziva na glavnu skupštinu)

Prema stavku 3., članka 5. Direktive, obavijest o sazivanju glavne skupštine, odnosno poziv na glavnu skupštinu, **minimalno mora sadržavati sljedeće podatke**: točno vrijeme i mjesto održavanja glavne skupštine te prijedlog dnevnog reda, jasan i precizan postupak po kojem dioničari moraju postupiti kako bi ostvarili pravo na sudjelovanje i glasovanje na glavnoj skupštini.²⁷ U onim slučajevima kada je to

24 Država članica ne smije uvjetovati korištenje onih medija koji imaju sjedište (uprave) na njezinom teritoriju.

25 Prema čl. 5. st. 2. podstavka 3. Direktive, društvo ni u kojem slučaju ne smije naplatiti trošak izdavanja obavijesti o sazivanju skupštine (tj. poziva na glavnu skupštinu) u propisanom obliku.

26 Ovine se osigurava da svi dioničari, bez diskriminacije, nezavisno o udaljenosti njihova prebivališta/boravišta od mjesta na kojem će se održati glavna skupština, u najkraćem roku budu obaviješteni o sazivanju glavne skupštine, te će svi imati približno na raspolaganju isto vrijeme da se pripreme za dolazak na skupštinu, odnosno da upute svog punomoćnika na glavnu skupštinu ili pak da se pripreme za sudjelovanje na skupštini elektroničkim putem.

27 To uključuje sljedeće informacije: informacije o pravu uvrštavanja točaka na dnevni red glavne skupštine i o pravu predlaganja nacrtu odluka o kojima će se odlučivati na glavnoj skupštini (u onim slučajevima kada se ta prava mogu ostvarivati nakon objave sazivanja skupštine) te o pravu na postavljanje pitanja. Kada je riječ o informiranju o ovim pravima, dovoljno je navesti rokove unutar kojih se ta prava mogu ostvarivati, ako se u pogledu ostalog upućuje na detaljnja objašnjenja koja su dostupna na internetskoj stranici društva. Također, sadržane

potrebno, obavijest (poziv) mora sadržavati i datum za utvrđivanje stanja u knjizi dioničara (tzv. *record date*) te objašnjenje da samo oni koji su na taj dan dioničari imaju pravo sudjelovati i glasovati na skupštini. Također, mora sadržavati uputu o tomu gdje se i na koji način može nabaviti potpuni, neskraćeni tekst prijedloga odluka i isprava koje će se podnijeti glavnoj skupštini te adresu internetske stranice na kojoj će biti dostupne potrebne informacije (iz st. 4.).

ZTD je glede minimalnog sadržaja poziva na glavnu skupštinu (tj. obavijesti o sazivanju glavne skupštine) gotovo u potpunosti usklađen s Direktivom kada su izmjenama i dopunama iz 2009. godine izmijenjeni stavci 3²⁸. i 4.²⁹ članka 277. ZTD-a.³⁰ Kako ZTD, u st. 7., čl. 277. predviđa da se uz poziv za glavnu skupštinu (tj. obavijest o sazivanju glavne skupštine) objavljuju i prijedlozi odluka koje se na toj skupštini trebaju donijeti, nema potrebe da se u pozivu navodi uputa o tomu gdje se može pronaći tekst prijedloga odluka, što zahtijeva Direktiva.

3.2.4. Podaci na internetskoj stranici društva

Osim što propisuje minimalan sadržaj obavijesti o sazivanju glavne skupštine, Direktiva u članku 5. stavku 4. podstavku 1. države članice obvezuje donijeti takve propise kojima će obvezati društva da u neprekinutom razdoblju od dvadeset i jednog dana³¹ prije održavanja glavne skupštine (uključujući i dan održavanja glavne skupštine) na svojoj internetskoj stranici dioničarima stave na raspolaganje informacije o: sadržaju obavijesti o sazivanju glavne skupštine, ukupnom broju dionica i pravu glasa na datum sazivanja, ispravama koje će se podnijeti skupštini, prijedlozima odluka o kojima će se odlučivati na glavnoj skupštini i obrascima³²

su i informacije o postupku glasovanja putem punomoćnika, a prema potrebi i informacije o postupcima za glasovanje elektroničkim putem ili posredstvom pošte.

- 28 U st. 3. čl. 277. navedeno je da odluka o sazivanju glavne skupštine mora sadržavati tvrtku i sjedište društva, vrijeme i mjesto održavanja te dnevni red glavne skupštine, a sadržaj odluke o sazivanju mora biti naveden u pozivu na glavnu skupštinu, pa shodno tomu, svi sastojci odluke o sazivanju ujedno su i sastojci poziva na glavnu skupštinu.
- 29 Prema st. 4., kod društava čije su dionice uvrštene na uređeno tržište poziv mora sadržavati: pretpostavke koje dioničar mora zadovoljiti da bi imao pravo sudjelovati i koristiti pravo glasa na glavnoj skupštini, prema okolnostima dan do kojeg se društvu mora dostaviti dokaz o pravu sudjelovanja ili pravu glasa na skupštini, informacije o postupku glasovanja putem punomoćnika, informacije o postupcima za glasovanje elektroničkim putem ili putem pošte (ako statut predviđa takav oblik glasovanja), informacije o pravu uvrštavanja točaka na dnevni red glavne skupštine i o pravu predlaganja prijedloga odluka o kojima će se odlučivati na glavnoj skupštini te internetsku stranicu društva na kojoj će biti dostupne obavijesti iz čl. 280. a ZTD-a (koji je jednak čl. 5. st. 4. Direktive).
- 30 Usklađenost je vidljiva već pri prvom pogledu na navedene stavke. Prije izmjena iz 2009. odredbi iz st. 4. uopće nije bilo, dok u st. 3. nije bilo navedeno da već u odluci o sazivanju, a shodno tomu i u pozivu na glavnu skupštinu mora biti naveden dnevni red!
- 31 U onim iznimnim slučajevima kada je obavijest o sazivanju glavne skupštine moguće objaviti kasnije od dvadeset i prvog dana prije održavanja glavne skupštine (npr. u razdoblju ne kraćem od 14 dana prije održavanja gl. skupštine, prema čl. 5. st. 1. podstavku 2. Direktive), razdoblje od 21 dan skraćuje se shodno tomu (iz čl. 5. st. 4. podstavak 3. Direktive).
- 32 Kada ti obrasci iz tehničkih razloga nisu dostupni na Internetu, tada društvo na Internet stranici

koji služe za glasovanje preko punomoći ili poštom (u onim slučajevima kada je to potrebno), osim ako se ti obrasci izravno šalju svakom dioničaru.

Izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2009. dodan je članak 280.a koji ranije nije postojao. Tim člankom u potpunosti se recipira sadržaj gore navedenih odredbi propisanih Direktivom.

3.2.5. *Obavijest dioničarima u inozemstvu*

Pitanje obavještanja dioničara u inozemstvu jednim je dijelom riješeno time što Direktiva propisuje obvezu objavljivanja obavijesti o održavanju glavne skupštine medijem u kojeg se može pouzdati da će učinkovito proslijediti informaciju javnosti na području cijele Zajednice, čime se osigurava brzo i nediskriminirajuće obavještanje.³³ U konzultacijama Europska komisija predložila je da sva dionička društva, čije su dionice uvrštene na uređena tržišta obavijest o održavanju glavne skupštine (tj. poziv na sudjelovanje na toj skupštini) i druge isprave koje su značajne za održavanje glavne skupštine objave **na stranom jeziku koji je uobičajen u području međunarodnih financija**, osim u slučaju ako se glavna skupština tomu usprotivi.³⁴

3. 3. *Pravo dioničara predlagati predmet odlučivanja / nacrt odluke*

3. 3. 1. *Rješenja Direktive*

Pravo dioničara da u postojeći dnevni red uvrste novu točku ili više novih točaka te da predlažu nacрте (prijedloge) odluka o kojima će se odlučivati na glavnoj skupštini, pojedinačno ili skupno, zajamčena su stavkom 1., članka 6. Direktive. Tom odredbom Direktiva obvezuje sve države članice da moraju imati takve propise kojima će se dioničarima osigurati njihovo (pojedinačno ili skupno) pravo **uvrstiti nove točke** (novi predmet raspravljanja) **na dnevni red**, ali pod uvjetom da svaka od tih točaka sadrži obrazloženje ili prijedlog odluke o kojoj će se odlučivati na skupštini³⁵, **kao i da predlože nacrt odluke za točke koje su već uvrštene ili će tek**

navodi način na koji se obrasci mogu dobiti na papiru. U tim slučajevima društva moraju besplatno poslati obrasce poštom svakom dioničaru koji to zatraži (iz čl. 5. st. 4. podstavak 2. Direktive).

33 Direktiva nije riješila pitanje treba li obavijest o održavanju glavne skupštine biti prevedena na jezik dioničara. Uvođenje takve obveze uzrokovalo bi nerazmjerne troškove za dioničko društvo.

34 European Commission, *Second consultation document fostering an appropriate regime for shareholders rights*, 2005., dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/consultation_en.pdf, str. 11.

35 Ovo pravo zajamčeno je čl. 6. st. 1. podstavkom 1. točkom a) Direktive, s time da države članice ipak mogu propisati da se mogućnost ostvarenja ovog prava omogućuje samo kada je riječ o dnevnom redu godišnje skupštine dioničara, ali pod uvjetom da dioničari pojedinačno ili skupno, imaju mogućnost sazvat, ili bar mogućnost zahtijevati od društva sazivanje skupštine koja nije godišnja i na čijem će dnevnom redu smjeti biti uvrštene sve točke koje zahtijevaju dioničari. Vidi čl. 6. st. 1. podstavak 2. Direktive.

biti uvrštene na dnevni red.³⁶ Direktiva predviđa da države članice mogu propisati da se prijedlozi odluka i prijedlozi za uvrštenje novih točaka na dnevni red *moraju podnijeti u pisanom obliku* (koji se dostavlja poštom ili elektroničkim sredstvima).³⁷

Kada je ostvarenje bilo kojeg od ovih prava uvjetovano time da dioničar koji to pravo želi ostvariti (odnosno dioničari koji to pravo žele zajedno ostvariti) mora imati (odnosno zajedno moraju imati) određen minimalan udio u temeljnom kapitalu društva, **taj minimalni udio ne smije prelaziti 5% ukupnog temeljnog kapitala društva.**³⁸

Prema čl. 6. st. 3. Direktive, svaka država obvezna je odrediti jedinstveni rok, odnosno **mora odrediti koliko dana prije održavanja glavne skupštine dioničari najkasnije mogu ostvariti svoje pravo na predlaganje novih točaka dnevnog reda.** Na isti način države mogu, ali ne moraju odrediti rok do kojeg dioničari mogu podnijeti prijedlog (nacrt) odluka o kojima će se raspravljati na skupštini.³⁹ Kod

36 Čl. 6. st. 1. podstavak 1. točka b) Direktive.

37 Čl. 6. st. 1. podstavak 3. Direktive.

38 Društvo može statutom predvidjeti držanje manjeg postotnog udjela, kao uvjet za ostvarenje prava, ali ne i većeg, (čl. 6. st. 2. Direktive).

39 Prema čl. 15. Direktive, države članice obvezne su obavijestiti Komisiju o roku kojeg su odredile za ostvarivanje prava na uvrštavanje novih točaka na dnevni red, kao i o roku za predlaganje prijedloga odluka (ako su odredile i taj rok), kako bi Komisija mogla objaviti listu navedenih rokova. Sljedom navedenoga, na temelju informacija o navedenim rokovima, a koje je zaprimila od država članica, Europska komisija je u Službenom listu Europske unije (*Official Journal of the European Union*) C285/1 od 21.10.2010. objavila listu navedenih rokova svih država članica EU-a. Evo kakve su rokove odredile najveće europske zemlje i susjedne nam zemlje. **Njemačka:** rok za predlaganje novih točaka na dnevni red je 30 dana prije održavanja glavne skupštine, dok za predlaganje prijedloga odluka o točkama koje su na dnevnom radu nije određen rok. **Francuska:** rok za predlaganje novih točaka na dnevni red je 25 dana prije održavanja glavne skupštine, ali ako je sazivanje glavne skupštine objavljeno u „*Bulletin des Annonces Legales Obligatoires*“ više od 45 dana prije održavanja glavne skupštine, nove točke dnevnog reda moraju se predložiti unutar 20 dana od takve objave. **Italija:** nove točke moraju se predložiti unutar roka od 10 dana od objave sazivanja glavne skupštine (ako se primjenjuje uobičajen rok za sazivanje glavne skupštine, a to je 30 dana prije njezinog održavanja). Ako se za sazivanje glavne skupštine primjenjuje kraći rok, tj. 21 dan prije održavanja skupštine, tada se nove točke dnevnog reda moraju predložiti unutar 5 dana od objave sazivanja skupštine. **Madarska:** rok za predlaganje novih točaka na dnevni red, kao i rok za predlaganje nacрта odluka o točkama koje su na dnevnom redu je 8 dana od objave sazivanja glavne skupštine. **Austrija:** rok za predlaganje novih točaka na dnevni red je 21 dan prije održavanja glavne skupštine, dok je rok za predlaganje nacрта odluka o točkama koje su na dnevnom redu 7. radni dan prije održavanja skupštine. **Slovenija:** nove točke mogu se predložiti na dnevni red samo u roku od 7 dana od objave sazivanja glavne skupštine. Dioničari mogu predlagati pisane prijedloge odluka o točkama koje su na dnevnom redu i to: u roku od 7 dana od objave sazivanja skupštine ako žele da prijedlog bude objavljen na isti način kao i sazivanje glavne skupštine (u tom slučaju takvi prijedlozi moraju ispuniti i druge zakonom predviđene uvjete). Ako prijedlog ne iznesu u tom roku, mogu ga iznijeti i kasnije, pa i na samoj skupštini gdje će se o njemu raspravljati, ali takav prijedlog neće se objaviti. **Ujedinjeno Kraljevstvo:** prijedlog (ne piše je li riječ o prijedlogu novih točaka dnevnog reda ili o prijedlogu odluke o točkama koje su već na dnevnom redu op. autora) mora se dostaviti društvu najkasnije 6 tjedana prije održavanja glavne skupštine, ali može i kasnije, tj. na dan objave sazivanja glavne skupštine (ako je riječ o slučaju kada se ona saziva kasnije od 6 tjedana prije njezina održavanja).

uvrštenja novih točaka na dnevni red mora se odrediti rok do kojeg je to moguće učiniti, kako bi se izmijenjeni dnevni red mogao dostaviti svim dioničarima koji imaju pravo sudjelovati na skupštini te kako bi ga oni mogli proučiti i pripremiti se za raspravu i odlučivanje. Kada je riječ o podnošenju prijedloga (nacrt) odluka, ne mora postojati rok do kojeg se ti prijedlozi moraju predati jer se oni mogu izložiti i tek na raspravi na samoj glavnoj skupštini. Bitno je, naime da dioničari unaprijed budu obaviješteni što će sve biti predmet raspravljanja na glavnoj skupštini, ali nije nužno da sa svim prijedlozima glede rješavanja tih predmeta budu unaprijed upoznati.

Ako je došlo do izmjene dnevnog reda jer je neki dioničar (ili više njih) iskoristio svoje pravo da na dnevni red uvrsti neku novu točku i to nakon što je dnevni red već bio dostavljen dioničarima, ***društva moraju svim dioničarima staviti na raspolaganje izmijenjeni dnevni red na isti način kao i prethodni dnevni red i to prije datuma utvrđivanja stanja u knjizi dioničara*** (tzv. *record date*). U onim slučajevima gdje se primjenjuje taj datum, a ako je riječ o slučajevima gdje se ne primjenjuje *record date*, izmijenjeni dnevni red mora se staviti na raspolaganje onoliko vremena prije održavanja glavne skupštine koliko je dioničarima dostatno da imenuju punomoćnika ili da glasuju poštom.⁴⁰

3. 3. 2. Rješenja ZTD-a

Prema ZTD-u, dioničari koji zajedno imaju udjele u visini od barem dvadesetog dijela temeljnog kapitala društva, mogu u pisanom obliku i uz navođenje svrhe i razloga, zahtijevati da se neki predmet stavi (doda) na dnevni red glavne skupštine i da se to objavi. Uz svaki novi predmet na dnevnom redu mora se dati obrazloženje i prijedlog odluke. Zahtjev se treba uputiti upravi, a statutom se može odrediti da to pravo imaju i dioničari koji zajedno imaju udjele koji su manji od jedne dvadesetine udjela u temeljnom kapitalu društva.⁴¹ Inače, dioničari koji imaju barem 5% udjela u temeljnom kapitalu društva, mogu od uprave, tj. od izvršnih direktora zahtijevati sazivanje glavne skupštine i predložiti dnevni red te skupštine.⁴² Stoga je logično da se takvim dioničarima dopustilo da i u slučajevima kada je skupština već sazvana na tuđu inicijativu, uvrste na dnevni red predmete o kojima žele da se na skupštini odlučuje, a koje inicijator sazivanja skupštine nije uvrstio na dnevni red. Važnost odredbi o obvezi objavljivanja svih točaka dnevnog reda najbolje se očituje u tomu što se na glavnoj skupštini ne može odlučivati o onim točkama dnevnog reda koje nisu valjano objavljene.⁴³

ZTD uređuje (protu)prijedloge dioničara o nekoj određenoj točki dnevnog reda u čl. 282. Pritom se moraju ispuniti sljedeće pretpostavke. Prvo, dioničari koji stavljaju prijedloge moraju se identificirati. Njihov prijedlog, odnosno protuprijedlog

40 Čl. 6. st. 4. Direktive.

41 Čl. 278. st. 2. ZTD-a.

42 Čl. 278. st. 1. ZTD-a.

43 Čl. 280. st. 4. ZTD-a.

mora biti dostavljen društvu u roku od 14 dana⁴⁴ prije održavanja glavne skupštine, a prijedlog se mora i obrazložiti. I konačno, prijedlozi moraju biti dostupni osobama iz čl. 281. st. 1. – 3. ZTD-a.⁴⁵

Kada je riječ o roku u kojem dioničari mogu zahtijevati uvrštenje novih točaka na dnevni red, ZTD predviđa da **društvo čije su dionice uvrštene na uređeno tržište mora primiti takav zahtjev najmanje 30 dana prije održavanja glavne skupštine**⁴⁶, s time da se u taj rok ne uračunava dan prispjeća zahtjeva društvu.⁴⁷ Praksa uvrštenih društava⁴⁸ pokazuje da je vrijeme objave poziva za sudjelovanje na skupštini društva u Službenom registru propisanih informacija (SRPI) od dana održavanja skupštine „udaljeno“ od oko 40-ak dana, što realizaciju prava manjinskih dioničara čini mogućom (pravo na uvrštenje točke dnevnog reda). Međutim, ako se uvršteno društvo čvrsto drži zakonskih rokova o objavi poziva na skupštinu društva (mjesec dana prije održavanja skupštine), to znači da bi dioničari morali istoga trenutka kada dobiju poziv postaviti zahtjev za uvrštenje točke dnevnog reda, što nije tehnički izvedivo. Kako je njihov rok za to postavljen na 30 dana, a rok za objavu poziva postavljen na mjesec dana, u pojedinim mjesecima (koji imaju manje od 30 dana) takve zahtjeve nije niti moguće ostvariti. Uvidom u podatke iz Službenog registra propisanih informacija - SRPI u kojem se nalaze sve informacije koje po zakonu uvršteno društvo treba objavljivati (www.hanfa.hr) vidljivo je da se pojedina uvrštena društva pri objavi saziva skupštine drže roka od 21 dan, što onemogućava realizaciju prava na uvrštenje nove točke dnevnog reda koji je vezan za rok od 30 dana prije održavanja skupštine.⁴⁹

Kada je riječ o stavljanju na raspolaganje i objavi izmijenjenog dnevnog reda, ZTD u skladu s Direktivom predviđa da ga se mora staviti na raspolaganje i objaviti isto kao i prethodni dnevni red (koji je već stavljen na raspolaganje i objavljen prije izmjena). Naime, ako su dioničari zatražili dopunu dnevnog reda, to se mora objaviti

44 Zakon samo za prijedloge koji su društvu dostavljeni najkasnije 14 dana prije održavanja glavne skupštine obvezuje upravu (izvršne direktore) da ih učine dostupnima dioničarima i članovima nadzornih (upravnih) odbora na isti način na koji je dostupnim učinjen poziv za glavnu skupštinu (tj. preporučenim pismom ili objavom u odgovarajućem mediju/glasilu). U društvima dionice kojih su uvrštene na uređeno tržište prijedlog mora biti dostupan na internetskoj stranici društva. (Jer samo kod takvih društava postoji obveza da se poziv na glavnu skupštinu objavi na njihovoj internetskoj stranici.) Ako dioničar dostavi svoj prijedlog upravi (izvršnim direktorima) nakon 14-og dana prije održavanja glavne skupštine, uprava (izvršni direktor) nema obvezu taj prijedlog učiniti dostupnim drugim dioničarima i članovima nadzornog (upravnog) odbora, ali dioničar zadržava pravo da taj prijedlog iznese na samoj glavnoj skupštini, iako je u tom slučaju znatno manja vjerojatnost da će drugi dioničari njegov prijedlog uzeti u obzir.

45 Financijskim institucijama, udrugama dioničara, dioničarima koji su nakon objave poziva tražili priopćenje te svakom članu nadzornog odbora koji to zatraži.

46 Ako je riječ o društvu čije dionice nisu uvrštene na uređeno tržište, rok je najmanje 24 dana prije održavanja glavne skupštine (čl. 278. st. 2. ZTD-a).

47 Čl. 278. st. 2. ZTD-a.

48 www.adris.hr; www.atlantic.hr.

49 Vidi <http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&AKCIJA=izdavatelj>, Poziv za glavnu skupštinu, 30.12. 2010. društva TEP, d.d. obavijest zaprimljena u SRPI, 8.12. 2010. u 14:38:17.

zajedno s pozivom na skupštinu,⁵⁰ a ako to više nije moguće, onda bez odgode nakon što prijedlog za dopunu pristigne društvu, pri čemu se odgovarajuće primjenjuju odredbe o objavi poziva za sazivanje glavne skupštine⁵¹. S tim da je posebno naglašeno da se dostava medijima radi prijenosa obavijesti i objava moraju učiniti na isti način kao kod poziva za glavnu skupštinu.⁵² Ovim odredbama ZTD-a ispunjen je zahtjev iz Direktive prema kojem društva moraju svim dioničarima staviti na raspolaganje izmijenjeni dnevni red na isti način kao i prethodni dnevni red i to prije datuma utvrđivanja stanja u knjizi dioničara (tzv. *record date*). Ako je riječ o slučajevima gdje se ne primjenjuje *record date*, onda bar onoliko vremena prije održavanja glavne skupštine koliko je dioničarima dostatno da imenuju punomoćnika ili glasuju poštom.

3.4. Uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi dioničar imao pravo sudjelovati i glasovati na glavnoj skupštini

3. 4. 1. Rješenja Direktive

Zbog razloga koji su već izneseni u uvodnom dijelu rada, države članice su prema Direktivi obvezne donijeti takve ***propise kojima se jamči*** da pravo sudjelovanja i glasovanja dioničara na glavnoj skupštini ***neće biti uvjetovano obvezom da se njihove dionice pohrane***, odnosno prenesu ili upišu na ime druge fizičke ili pravne osobe, prije održavanja glavne skupštine. Osim toga, dioničarima se mora jamčiti mogućnost prodaje, odnosno bilo kojeg drugog načina prenošenja dionica, u razdoblju od utvrđivanja stanja u knjizi dioničara do održavanja skupštine dioničara. U tom razdoblju ova raspolaganja ne smiju biti podvrgnuta nikakvim drugim ograničenjima kojima inače, izvan tog razdoblja, nisu podvrgnuta.⁵³

Države članice moraju imati takve propise prema kojima će prava dioničara na sudjelovanje i glasovanje na glavnoj skupštini proizlaziti iz prava koje im njihove dionice pružaju na dan utvrđivanja stanja u knjizi dioničara. (To je, tzv. *record date* ili *datum registracije*.) Ova odredba ne mora se primjenjivati na društva koja mogu utvrditi imena i adrese svojih dioničara na datum održavanja glavne skupštine i to

50 Inače, Zakon više ne sadrži odredbu prema kojoj se dnevni red mora objaviti, jer je on sadržan u odluci uprave o sazivanju glavne skupštine, a sadržaj te odluke mora se navesti u pozivu za glavnu skupštinu, pa bi bilo suvišno da se dnevni red posebno objavljuje uz poziv.

51 Riječ je o odredbi iz čl. 277. st. 6. ZTD-a prema kojoj se: "poziv na glavnu skupštinu mora objaviti u glasilu društva, a ako su dioničari društvu poimenično poznati skupštinu se može sazvati preporučenim pismom pri čemu se dan odašiljanja pisma smatra danom objave" te o odredbi iz čl. 277. st. 8. ZTD-a prema kojoj: "društva čije su dionice uvrštene na uređeno tržište, a koja nisu izdala samo dionice koje glase na ime i nisu poziv na glavnu skupštinu poslala neposredno dioničarima preporučenim pismom, moraju poziv najkasnije u vrijeme njegove objave dostaviti medijima za koje se pretpostavlja da mogu obavijest prenijeti na cijelo područje Europske unije".

52 Čl. 280. st. 1. ZTD-a.

53 Čl. 7. st. 1. Direktive.

na temelju podataka iz postojeće knjige dioničara.⁵⁴ Prema čl. 7. st. 3. Direktive, kada je riječ o datumu utvrđivanja stanja u knjizi dioničara, svaka država treba imati pravila prema kojima će se na sva društva primjenjivati jedinstveni datum utvrđivanja stanja u knjizi dioničara. Ipak države mogu odrediti različite datume za društva koja izdaju samo dionice koje glase na ime i za društva koja izdaju samo dionice na donositelja.⁵⁵ *To znači da, ako društvo izdaje i dionice na donositelja i dionice koje glase na ime, primjenjuje se jedinstveni datum.*⁵⁶ *Taj je datum najkasnije trideseti dan prije održavanja glavne skupštine,*⁵⁷ s time da mora proteći najmanje 8 dana od najkasnijeg dopuštenoga datuma za objavu sazivanja glavne skupštine.⁵⁸ Radnje koje se provode radi utvrđivanja identiteta dioničara moraju biti primjerene tom cilju.⁵⁹

-
- 54 Tako čl. 7. st. 2. Direktive. To znači da se ova odredba ne primjenjuje na ona društva koja izdaju samo dionice koje glase na ime, jer se identitet njihovih dioničara lako može utvrditi i na sam dan održavanja glavne skupštine.
- 55 To proizlazi i iz gornjeg odlomka, gdje je navedeno da ako društvo izdaje samo dionice koje glase na ime ne mora primjenjivati odredbe mjerodavnog zakona o *record dateu* nego će na dan održavanja skupštine temeljem samih dionica koje glase na ime i usporedbom sa stanjem u knjizi dionica lako identificirati tko je dioničar, pa se za takva društva može reći da je njima dan održavanja glavne skupštine ujedno i *record date*.
- 56 Čl. 15. Direktive obvezuje države članice da odmah nakon implementacije Direktive moraju obavijestiti Komisiju o datumu (danu) kojeg su odredile za utvrđivanje stanja u knjizi dioničara (tzv. *record date*) kako bi Komisija u Službenom listu Europske unije mogla objaviti listu *record date* koje je odredila svaka zemlja članica. Takva lista objavljena je u *Official Journal of European Union C 285/1 od 21.10.2010.*. Primjera radi izložit ćemo kako su najveće europske zemlje i nama susjedne zemlje u svojim zakonodavstvima odredile dan na koji se utvrđuje stanje u knjizi dioničara: **Njemačka:** *record date* je početak 21. dana prije održavanja glavne skupštine, a primjenjuje se samo na društva koja izdaju dionice na donositelja; **Francuska:** *record date* je 3. radni dan (ponoć) prije održavanja glavne skupštine; **Italija:** *record date* je kraj 7. radnog dana prije održavanja glavne skupštine; **Mađarska:** *record date* je 7. radni dan prije održavanja glavne skupštine; **Austrija:** *record date* je kraj 10. dana prije održavanja glavne skupštine; **Slovenija:** *record date* je kraj 4. dana prije održavanja glavne skupštine; **Ujedinjeno Kraljevstvo:** *record date* je trenutak kojeg odredi društvo, ali mora biti unutar 48 sati prije održavanja skupštine (u računanje ovoga vremena ne uzimaju se u obzir dijelovi dana koji nisu radni).
- 57 Direktiva određuje samo najkasniji dan kojeg države mogu odrediti kao datum registracije, a nigdje ne određuje najraniji dan jer države trebaju težiti da datum registracije bude što bliže datumu održavanja glavne skupštine kako bi utvrđeno stanje stvari kod pitanja *tko je dioničar i koja prava mu temeljem toga pripadaju* što više odgovaralo stvarnom stanju stvari na dan održavanja glavne skupštine. Ipak nije realno ni pravedno da kao *record date* bude određen sam dan održavanja glavne skupštine (osim ako sve dionice glase na ime) ili dan koji je vrlo blizu tom danu jer kada dionice društva glase na donositelja ipak je potrebno neko vrijeme da se sa što većom sigurnošću utvrdi tko je dioničar.
- 58 Kada se računa tih 8 dana, dan objave sazivanja skupštine i dan na koji se utvrđuje stanje u knjizi dioničara ne računavaju se u taj rok od 8 dana. Vidi čl. 7. st. 3. Direktive.
- 59 Čl. 7. st. 4. Direktive.

3.4.2. Rješenja ZTD-a

ZTD pravo sudjelovanja i pravo glasovanja dioničara na glavnoj skupštini ne uvjetuje obvezom pohrane dionica, odnosno obvezom da se prenesu ili upišu na ime druge fizičke ili pravne osobe. Također, dioničarima se ničim ne ograničava mogućnost prodaje, odnosno bilo kojeg drugog načina prenošenja dionica, u razdoblju od utvrđivanja stanja u knjizi dioničara do održavanja skupštine dioničara niti su u tom razdoblju ova raspolaganja podvrgnuta nekakvim drugim ograničenjima kojima inače, izvan tog razdoblja, nisu podvrgnuta. ZTD je u tim pitanjima usklađen s Direktivom.

ZTD u čl. 279. st. 2. propisuje da se sudjelovanje na glavnoj skupštini ili korištenje pravom glasa na glavnoj skupštini **statutom može uvjetovat**, da dioničari moraju **unaprijed prijaviti** svoje sudjelovanje na skupštini. To je dakle dispozicija društva, a ne zakonski imperativ. No ako se to pitanje na taj način uredi statutom, tada prijava mora prispjeti društvu na (u pozivu) navedenu adresu **najkasnije 6 dana prije održavanja glavne skupštine** (ako se statutom ne predvidi neki kalendarskim danima određen kraći rok). U taj se rok ne uračunava dan prispjeća prijave društvu. U slučajevima kada je potrebna prijava, najkraći rok za sazivanje glavne skupštine (a taj je rok najmanje mjesec dana, tj. najmanje 30 dana prije održavanja glavne skupštine) produljuje se za dane određene za prijavu sudjelovanja, odnosno za prijavu korištenja pravom glasa na glavnoj skupštini.⁶⁰

Nadalje, prema čl. 279. st. 3. ZTD-a **za imatelje dionica koje glase na donositelja, statutom se može predvidjeti kako se pravo sudjelovanja na skupštini ili pravo glasa na skupštini mora dokazati**. U tom slučaju isto se produljuje rok za sazivanje skupštine (najkasnije 30 dana prije njezina održavanja) za dane određene za dokazivanje prava na sudjelovanje, odnosno glasovanje na glavnoj skupštini. Ipak, ako je riječ o **društvima čije su dionice uvrštene na uređeno tržište** za dokazivanje prava na sudjelovanje, odnosno glasovanje na glavnoj skupštini **dostatan je poseban dokaz u pisanom obliku o posjedovanju udjela koji se može dobiti od institucije koja vodi pohranu vrijednosnih papira**. Takav se dokaz mora odnositi na početak 21. dana prije održavanja glavne skupštine (to je tzv. *record date* ili *datum registracije*) i mora prispjeti društvu na adresu navedenu u pozivu najmanje 6 dana prije održavanja skupštine (ako statutom nije predviđen neki kalendarskim danima određen kraći rok). U taj se rok ne uračunava dan prispjeća dokaza društvu. Prema

60 Čl. 279. st. 2. ZTD-a. Smatramo da je ova odredba uvedena kako se dioničarima ne bi skratilo razdoblje od najmanje 30 dana (od najkasnijeg dana za objavu sazivanja glavne skupštine do njenog održavanja) koje oni inače imaju (kada nije potrebna prijava sudjelovanja) da odluče hoće li sudjelovati na glavnoj skupštini ili ne. Da nema ove odredbe skratilo bi se zakonom predviđeno minimalno vrijeme (od 30 dana) kojeg svaki dioničar treba imati kako bi mogao donijeti neishitrenu odluku o svom sudjelovanju na skupštini te bi svi dioničari koji moraju prijaviti svoje sudjelovanje na skupštini bili stavljeni u nepovoljniji položaj u odnosu na one dioničare koji ne moraju prijaviti svoje sudjelovanje te iz tog razloga imaju minimalno 30 dana (a možda i više ako je odluka o sazivanju glavne skupštine objavljena ranije) da odluče hoće li sudjelovati na skupštini ili ne.

tomu, za sudjelovanje na glavnoj skupštini, odnosno za korištenje pravom glasa na glavnoj skupštini, društvo smatra dioničarem samo onoga tko je podnio potreban dokaz.⁶¹ Čl. 279. st. 4. ZTD-a sadrži posebna pravila o računanju rokova.⁶²

3.5. Sudjelovanje i glasovanje na glavnoj skupštini sredstavima elektroničke komunikacije

3.5.1. Rješenja Direktive

Prema Direktivi, države članice moraju omogućiti društvima da svojim dioničarima ponude mogućnost sudjelovanja na glavnoj skupštini elektroničkim sredstvima i to na bilo koji način, a posebno na neki ili na svaki od sljedećih načina sudjelovanja:

- a) prijenosom (transmisijom) glavne skupštine u stvarnom vremenu
- b) dvosmjernom komunikacijom u stvarnom vremenu, čime se dioničarima omogućuje obraćanje skupštini s udaljenog mjesta i
- c) mehanizmom glasovanja, **prije ili tijekom** glavne skupštine, i to bez potrebe da se imenuje punomoćnik koji bi fizički bio prisutan na skupštini⁶³.

Države članice dionička društva ne mogu obvezati da svojim dioničarima omoguće sudjelovanje i glasovanje elektronički, ali im ne smiju niti to zabraniti. Naime, treba uvažiti okolnost da je i prije donošenja ove Direktive bilo dioničkih društava koja su htjela svojim (posebice inozemnim) dioničarima omogućiti sudjelovanje i glasovanje na skupštini elektronički. Međutim, u tom naumu kočili su ih nacionalni propisi koji nisu bili prilagođeni za primjenu informatičke tehnologije.

Prijenosom glavne skupštine u stvarnom vremenu omogućava se praćenje tijeka glavne skupštine u stvarnom vremenu direktnim prijenosom slike i zvuka. Time se dioničarima daje mogućnost da već za vrijeme održavanja skupštine budu obaviješteni o tijeku rasprave na skupštini i odlukama koje se donose. Ipak, dioničari koji nisu fizički prisutni na skupštini samo su gledatelji, odnosno nije im pružena mogućnost aktivnoga sudjelovanja na skupštini (npr. nemaju mogućnost postavljati pitanja) niti ostvarivati pravo glasa, oni tek kao udaljeni promatrači pasivno "sudjeluju" na skupštini.

Dvosmjerna komunikacija u stvarnom vremenu, kojom se dioničarima omogućuje obraćanje skupštini s udaljenog mjesta može biti audio-vizualna, ali i ne mora. Kada je audio-vizualna, riječ je o tzv. audio-video konferenciji. Riječ je o komunikaciji kod koje sudionici jedni druge vide preko ekrana i čuju preko zvučnika.

61 Čl. 279. st. 3. ZTD-a.

62 I u ovom slučaju vrijedi pravilo da se kod računanja rokova i datuma koji se računaju unatrag od održavanja glavne skupštine, ne uračunava dan kada počinje njezino održavanje. Osim toga, nema prebacivanja na prethodni ili sljedeći radni dan ako neki od tih rokova započne ili istekne na nedjelju, subotu ili praznik. Prema tome, na računanje ovih rokova ne primjenjuju se odredbe ZOO-a o računanju vremena, ali kod društava čije dionice nisu uvrštene na uređeno tržište statutom se može predvidjeti i drugačije računanje rokova.

63 Čl. 8. st. 1. Direktive.

To znači da su oni audio-vizualno povezani i to u stvarnom vremenu tako da mogu međusobno raspravljati i donositi odluke kao da su svi zajedno u istoj prostoriji, naravno pod uvjetom da ne dođe do tehničkih smetnji na njihovoj audio-vizualnoj vezi. Kod audio-video konferencija skupština se zapravo delokalizira, odnosno ne postoji potreba da se ona igdje fizički održava. Svi njeni članovi mogu sudjelovati iz svojih “naslonjača”, a učinak je isti kao da su u jednoj prostoriji. Ali moguće je i da se skupština zaista fizički održava na određenom mjestu, a da su samo odsutni članovi preko audio-video konferencije povezani s fizički prisutnim članovima. Znači, dvosmjerna komunikacija između skupštine i dioničara u stvarnom vremenu omogućava dioničarima koji nisu fizički prisutni na skupštini da se sa svojim prijedlozima, mišljenjima ili pak glasovima obrate skupštini, a moguća je i povratna reakcija skupštine kao odgovor na te njihove radnje. Također, nije potrebno da su audio-vizualno povezani, dostatno je da se dioničari mogu skupštini obratiti, npr. e-mailom te da na isti način mogu primiti potrebne informacije i to u vremenu održavanja skupštine.

Elektroničkim mehanizmom glasovanja omogućuje se **samo glasovanje** iz udaljenog mjesta, ali ne i drugi oblici sudjelovanja na skupštini (npr. predlaganje i raspravljanje). Ovakav način glasovanja moguće je provesti tijekom održavanja skupštine, ali i prije početka skupštine. To znači da ovdje nije nužna interakcija između odsutnih dioničara i skupštine u stvarnom vremenu. S druge strane, elektronički mehanizam glasovanja može se primjenjivati i na skupštinama koje se održavaju na određenom mjestu i na kojima sudjeluju samo fizički prisutni dioničari radi sigurnijega, lakšega i preglednijega zbrajanja glasova.

Uporaba elektroničkih sredstava kojima se odsutnim dioničarima omogućuje sudjelovanje na glavnoj skupštini može biti uvjetovana i ograničena samo onim mjerama koje je potrebno poduzeti kako bi se utvrdio identitet dioničara i osigurala sigurnost elektroničke komunikacije i to samo u onoj mjeri u kojoj je to razmjerno potrebno radi ostvarenja cilja. Ali ovom odredbom (o zabrani uvjetovanja i ograničenja) ne dovodi se u pitanje ni jedna pravna norma koju je država donijela ili može donijeti u vezi s postupkom odlučivanja unutar društva o tome hoće li se uvesti ili primjeniti neki od oblika sudjelovanja na skupštini posredstvom elektroničkih sredstava.⁶⁴

3.5.2. Rješenja ZTD-a

Izmjenama i dopunama ZTD-a iz 2009. godine, RH je glede ostvarivanja prava dioničara putem elektroničkih sredstava ispunila sve obveze propisane člankom 8. Direktive. Naime, čl. 274. st. 1. ZTD-a uređuje da se **statutom društva može propisati** da dioničari mogu sva ili neka svoja prava, u cijelosti ili djelomično, ostvarivati elektroničkom komunikacijom, u slučajevima kada niti osobno, niti posredstvom punomoćnika ne sudjeluju na glavnoj skupštini u mjestu gdje se ona

64 Čl. 8. st. 2. Direktive.

održava. Ovo pitanje slično uređuje (novi) Kodeks korporacijskog upravljanja.⁶⁵

Osim što je ***takav način ostvarivanja prava dioničara moguće propisati statutom***, statutom se ***može ovlastiti upravu društva*** (upravni odbor) ***da omogući ovakav način ostvarivanja prava***. To je za dioničare samo mogućnost, ali ne i obveza i nudi im se kao alternativa fizičkom sudjelovanju na skupštini. Prava koja se mogu ostvarivati elektronički mogu biti sva ili samo neka (npr. samo sudjelovanje ili samo glasovanje na skupštini), a mogu se ostvarivati ili u potpunosti (npr. glasovanje o svim pitanjima) ili samo djelomično (npr. glasovanje samo o nekim pitanjima). Prema stavku 2., istoga članka, statutom se može dopustiti ili pak ovlastiti upravu (upravni odbor) ***da dopusti glasovanje pisanim putem ili putem elektroničke komunikacije*** kada dioničari ne sudjeluju na glavnoj skupštini.

Članovi uprave (odnosno izvršni direktori) ***i članovi nadzornog odbora*** (odnosno članovi upravnog odbora) ***moraju sudjelovati u radu glavne skupštine***, s time da se statutom mogu odrediti slučajevi u kojima oni mogu sudjelovati u radu glavne skupštine prijenosom zvuka i slikom (tzv. audio-vizualna konferencija).⁶⁶ To znači da glavnu skupštinu u pravilu nije moguće održati isključivo preko audio-vizualne konferencije jer uvijek postoje oni koji moraju biti fizički prisutni u mjestu gdje se održava glavna skupština, a to su članovi uprave i nadzornog odbora (tj. izvršni direktori i članovi upravnog odbora). Nužna je i nazočnost javnog bilježnika koji vodi zapisnik.⁶⁷ Ipak, temeljem čl. 274. st. 3. ZTD-a, statutom se mogu odrediti neki slučajevi u kojima nije potrebno da članovi uprave ili nadzornog odbora budu fizički prisutni.

Statutom, pa čak i poslovníkom o radu glavne skupštine, može se dopustiti ili pak ovlastiti upravu (upravni odbor) ***da dopusti prijenos rada glavne skupštine zvukom i slikom***.⁶⁸ Riječ je o prijenosu rada skupštine u stvarnom vremenu audio-vizualnim putem, čime se dioničarima, koji nisu fizički prisutni na skupštini, omogućava pasivno "*sudjelovanje*" na skupštini, odnosno obavještava ih se o svemu što se na skupštini poduzima i to pravodobno (u vremenu održavanja skupštine), ali im se ne omogućava nikakvo aktivno sudjelovanje na skupštini. Ovakav način "*sudjelovanja*" dioničara na skupštini sredstvima elektroničke komunikacije ZTD je poznavao i prije izmjena i dopuna iz 2009. godine.⁶⁹ Zakon predviđa da se i poslovníkom o radu glavne skupštine (a ne samo statutom društva) može dopustiti, odnosno ovlastiti upravu da dopusti ovakvu mogućnost "*sudjelovanja*" na skupštini, tj. *prijenos rada glavne skupštine zvukom i slikom*.

Prema st. 5. čl. 274. ZTD-a, ***uporaba sredstava elektroničke komunikacije za aktivno ostvarivanje svih ili nekih prava dioničara dopuštena je samo ako su ispunjeni sljedeći uvjeti:***

65 Dioničarima treba omogućiti sudjelovanje i osobito glasovanje primjenom informatičke tehnologije (pravilo 2.6.).

66 Čl. 274. st. 3. ZTD-a, isti kao čl. 274. st. 2. starog ZTD-a.

67 Čl. 286. st. 1. ZTD-a.

68 Čl. 274. st. 4. ZTD-a.

69 Čl. 274. st. 3. starog ZTD-a.

- komuniciranje se obavlja **u stvarnom vremenu** održavanja skupštine,
- osigurano je **obostrano komuniciranje** (kojim se dioničarima omogućava obraćanje skupštini s mjesta gdje se ona ne održava, u stvarnom vremenu njezinog održavanja),
 - dioničarima je **omogućeno glasovanje za vrijeme ili prije održavanja** glavne skupštine, a da za to nije potrebno niti njihovo fizičko sudjelovanje, niti sudjelovanje punomoćnika na glavnoj skupštini i
 - **osigurana je identifikacija dioničara, sigurnost elektroničkog komuniciranja i nepromjenjivost očitovanja volje izjavljene elektroničkim putem** (osim kada je to zakonom dopušteno).

Nomotehnički gledano u ovom je članku došlo do spajanja odredbi čl. 8. st.1. Direktive koji govori o mogućim oblicima elektroničke komunikacije i čl. 8. st. 2. Direktive koji govori o uvjetima o kojima može ovisiti valjanost elektroničke komunikacije.⁷⁰ Uvjeti inače ne bi smjeli biti takvi da neprimjereno otežavaju ostvarivanje prava dioničara. Davanjem ovlaštenja upravi (statutom) da o tome donese odluku čini se praktičnim rješenjem s obzirom da se tehnologija neprekidno razvija, a sadržaj dioničarskih prava se ne mijenja već samo način njihova ostvarenja, koji je samo alternativa postojećem načinu ostvarenja. Dioničko društvo može, radi autentifikacije dioničara, posegnuti i za elektroničkim potpisom. Njega ZTD ne spominje, ali nema zapreke da se statutom on predvidi kao uvjet za identifikaciju dioničara.⁷¹ On je dokaz sigurnosti o autentičnosti pošiljatelja.⁷²

3.6. Pravo na postavljanje pitanja

3.6.1. Općenito

Pravom na postavljanje društvu, tj. upravi društva (odnosno izvršnom direktoru) pitanja koja se odnose na točke dnevnog reda i to tijekom i prije održavanja glavne skupštine osigurava se obaviještenost dioničara koja je potrebna za sudjelovanje, raspravljanje i odlučivanje na glavnoj skupštini. Traženjem obavijesti, tj. postavljanjem pitanja na glavnoj skupštini dioničari se aktivno

70 Iz uvodne sintagme čl. 274. st. 5. ZTD-a proizlazi da je sve uvjete potrebno kumulativno ispuniti da bi uporaba sredstava elektroničke komunikacije bila dopuštena. Međutim, iz sadržaja trećeg uvjeta (točka 3.) u kojoj se govori o mogućnosti glasovanja **prije početka skupštine** vidljivo je da je riječ o posebnoj situaciji jer ona sama po sebi proturječi točki 1. koja traži da se komuniciranje sa skupštinom obavlja **u stvarnom vremenu** njezinog održavanja. Čini se da je u prve 3 točke zakonodavac zapravo naveo (sve) pravno dopustive načine (oblike) elektroničke komunikacije dioničara s glavnom skupštinom, a u zadnjoj točki navedeni su uvjeti koji moraju biti ispunjeni da bi elektronička komunikacija (u bilo kojem obliku iz prve tri točke) bila valjana.

71 BARBIĆ, J., *op. cit.* u bilj. 23, str. 19.

72 Zakon o elektroničkom potpisu, NN 10/02, 80/08, Poblize o konceptu i tehnološkim aspektima vidi radove: MATIĆ, T. *Primjena Zakona o elektroničkom potpisu*, Pravo u gospodarstvu, br. 4 /2002., str. 266 i dalje; ŽALAC, N. *Tehnologija digitalnog potpisa*, Slobodno poduzetništvo, 17 /1998, str. 98-105.

uključuju u rad glavne skupštine, a da bi ovo uopće bilo moguće, postoji obveza objave sazivanja glavne skupštine (zajedno s dnevnim redom) te nacрта odluka o kojima će se odlučivati na skupštini.

3.6.2. Rješenja Direktive

Prema Direktivi, svaki dioničar ima pravo postavljati pitanja koja se odnose na točke dnevnog reda, a obvezu odgovora na postavljena pitanja ima društvo.⁷³ To podrazumjeva bilo kojeg dioničara koji ima pravo sudjelovati i glasovati na skupštini, pa tako i dioničare koji sudjeluju elektroničkim putem ili putem punomoćnika. Otvoreno je pitanje trebaju li pravo na postavljanje pitanja imati dioničari koji nemaju pravo glasa ili ga još nisu stekli ili im je iz dionica koje drže isključeno pravo glasa.⁷⁴ Obzirom da je pravo dioničara da budu obaviješteni jedno od temeljnih prava, smatramo svrhovitim i potrebnim da svim dioničarima bude osigurana mogućnost ostvarivanja ovog prava jer će se na taj način o predmetu odlučivanja temeljito informirati i oni dioničari koji nemaju pravo glasa. Dioničar bi naime trebao imati pravo zahtijevati odgovore na pitanja o kojima neposredno ili posredno ovisi vrijednost dionica koje drži.

Pravo na postavljanje pitanja i obvezu davanja odgovora država članica može uvjetovati ili ograničiti, odnosno država može društvima dopustiti uvjetovanje ili ograničenje, ali samo onim mjerama koje su potrebne kako bi se utvrdio identitet dioničara, osigurao red na skupštini i pripremi skupštine te zaštitila povjerljivost i poslovni interesi društva.⁷⁵ Države članice mogu društvima dopustiti davanje zajedničkog odgovora na pitanja istog sadržaja te uvesti presumpciju da je na pitanje odgovoreno ako je potrebna informacija dostupna na internetskoj stranici društva i to u obliku pitanja i odgovora.⁷⁶

3.6.3. Rješenja ZTD-a

ZTD ne sadrži odredbu kojom se izričito spominje pravo dioničara na postavljanje pitanja, ali sadrži odredbe kojima se dioničarima jamči pravo da budu obaviješteni, što ujedno obuhvaća i pravo na postavljanje pitanja. To pravo ZTD-om je zajamčeno još prije donošenja Direktive, pa čl. 287. ZTD-a kojim se ono jamči, posljednjim izmjenama i dopunama nije trebalo ni dopunjavati ni mijenjati radi usklađivanja s Direktivom.⁷⁷ Ipak, izvjesne promjene su učinjene.

73 Čl. 9. st. 1. Direktive.

74 Vidi: ČULINOVIĆ-HERC, E. / JURIĆ, D., op. cit. u bilj. 17, str. 11.

75 Čl. 9. st. 2. podstavak 1. Direktive.

76 Čl. 9. st. 2. podstavak 2. Direktive.

77 KERSTING, C. *Broadening of the Right to Ask Questions as a result of the Shareholders' Rights Directive (2007/36/EC) (Ausweitung des Fragerechts durch die Aktionärsrechterichtlinie)* (December 7, 2009). Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), p. 2317, 2009; CBC-RPS No. 0045/09. dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1520453>. Autor iznosi tumačenje da relevantna odredba njemačkoga zakona koja uređuje pravo na postavljanje pitanja (par. 131 AktG) zahtijeva da se informacija na koju se odnosi pitanje dioničara odnosi na pitanja vezana

I prema ZTD-u, uprava (tj. izvršni direktor) mora na glavnoj skupštini svakom dioničaru na njegov zahtjev dati obavijest (tj. na dioničarevo pitanje dati odgovor) o poslovima društva, ako je to potrebno za prosudbu pitanja koja su na dnevnom redu.⁷⁸ Treba naglasiti da prema ZTD-u, ako je nekom dioničaru zbog njegovoga svojstva dioničara dana obavijest izvan glavne skupštine, ta se obavijest na glavnoj skupštini mora dati svakom dioničaru koji to zatraži, pa i onda kada ta obavijest nije potrebna za prosudbu pitanja koja su na dnevnom redu.⁷⁹ Ova je odredba predviđena ZTD-om radi pravila o jednakom postupanju prema dioničarima, tj. radi *načela jednakog položaja dioničara*, prema kojem pod jednakim uvjetima dioničari imaju jednaka prava i obveze spram društva.

ZTD taksativno propisuje slučajeve u kojima uprava (tj. izvršni direktor) može uskratiti davanje obavijesti, a tih slučajeva ima šest.⁸⁰ Osim toga, *statutom društva ili poslovníkom* o radu glavne skupštine, može se ovlastiti predsjednika glavne skupštine da kroz vremenski primjereno razdoblje ograniči ostvarivanje prava dioničara na postavljanje pitanja (neovisno o tomu postoji li razlog za to ograničenje). Predsjednik glavne skupštine ima ovu ovlast, čak i ako nije propisana statutom, odnosno poslovníkom, u svim onim *situacijama kada smatra da je*

uz društvo i da je bitna za pravilnu procjenu predmeta o kojima se na skupštini raspravlja. Autor ocjenjuje da njemačko pravo postavlja strože zahtjeve dioničarima od europskoga prava. Kako se te odredbe pri implementaciji direktive nisu izmijenile autor se zalaže da se navedeni zakonski paragraf interpretira u skladu sa smislom direktive, a to je da se postavljeno pitanje mora odnositi na ono o čemu se raspravlja, te da bi se u dogledno vrijeme taj članak trebalo izmijeniti. Obveza interpretacije sukladno smislu direktive proizlazi iz sudske prakse europskoga prava. Vidi predmet *Marleasing*, C-106/89, *European Court reports 1990 Page I-04135*.

78 Čl. 287. st. 1. ZTD-a.

79 Čl. 287. st. 3. ZTD-a.

80 Čl. 287. st. 2. ZTD-a. Smije se uskratiti davanje obavijesti ako bi ono prema razumnoj gospodarskoj procjeni moglo štetiti društvu ili s njime povezanom društvu. Isto je s davanjem obavijesti o poreznim davanjima te o visini tih davanja. Također se može uskratiti davanje obavijesti o razlici između vrijednosti s kojom su pojedini predmeti navedeni u poslovnim knjigama društva i njihove više vrijednosti, (osim ako glavna skupština utvrdi godišnja financijska izvješća), kao i davanje obavijesti o metodama izrade financijskih izvješća društva i o metodama procjene vrijednosti imovine, prihoda i rashoda (ako je navođenje tih metoda u prilogu spomenutih izvješća dovoljno za to da se dobije prava slika imovinskog i financijskog stanja te stanja dobiti društva). Također je moguće uskratiti davanje obavijesti ako bi davanjem obavijesti uprava učinila neku kažnjivu radnju, kao i ako je obavijest dostupna na internetskoj stranici društva najmanje 7 dana prije prvog dana održavanja glavne skupštine i za vrijeme njezina održavanja. U navedenom čl. 287. st. 2., gdje ZTD taksativno nabroja situacije u kojima društvo može uskratiti obavijest dioničarima, ZTD je usklađen sa stavkom 2., podstavkom 1., članka 9. Direktive (prema kojem države mogu ograničiti, odnosno uvjetovati pravo dioničara na dobivanje odgovora na postavljena pitanja ako je to potrebno: dok se ne utvrdi identitet dioničara ili radi osiguranja reda na skupštini ili radi zaštite povjerljivih podataka i poslovnih interesa društva) te sa stavkom 2., podstavkom 2., članka 9. Direktive (prema kojem se može uvesti pretpostavka da je na pitanje odgovoreno ako je potrebna informacija dostupna na internetskoj stranici društva, s time da naš zakonodavac dodatno traži da takva informacija mora biti dostupna na internetskoj stranici barem 7 dana prije početka održavanja glavne skupštine te kroz svo vrijeme njezina održavanja).

ograničenje potrebno za uredan rad i primjereno trajanje glavne skupštine.⁸¹

ZTD i Direktiva se razlikuju u uređenju ovih pitanja. Naime, **prema Direktivi razlozi** za ograničenje (neovisno je li ono vremenski primjereno) mogu biti samo: **utvrđivanje identiteta dioničara, osiguravanje reda na skupštini te zaštita povjerljivih podataka i poslovnih interesa društva**. Za razliku od toga, ZTD predviđa situaciju kada predsjednik skupštine može uskratiti davanje obavijesti, čak i kada za to uopće ne postoji razlog, a to je situacija kada predsjednika skupštine statut ili poslovnik ovlašćuju da ograniči pravo dioničara na postavljanje pitanja. Nadalje, i u dijelu gdje ZTD daje ovlast predsjedniku skupštine da ograniči pravo na obaviještenost (čak i kada to ne predviđaju ni statut ni poslovnik) u svim onim *situacijama kada smatra da je ograničenje potrebno za uredan rad i primjereno trajanje glavne skupštine*, upitno je mogu li se ova dva razloga poistovijetiti s razlozima koje predviđa Direktiva.⁸²

ZTD jamči dioničarima i prava povrh Direktive, a to je da svaki dioničar kojem je uskraćeno pravo na dobivanje obavijesti, može tražiti da se njegovo pitanje, zajedno s razlogom zbog kojega mu je uskraćen odgovor, navede u zapisnik o radu glavne skupštine.⁸³ Ova je odredba vrlo svrhovita, jer zahvaljujući njoj dioničar može lako dokazati da nije dobio odgovor na pitanje na koje mu je moralo biti odgovoreno, pa može tražiti i ostvarivanje toga prava sudskim putem.⁸⁴

81 Čl. 287. st. 5. ZTD-a.

82 I prema njemačkom pravnom sustavu u određenim situacijama moguće je uskratiti odgovor na dioničarevo pitanje. Vidi analizu kod KERSTING, C., *op. cit.* kada uskrata odgovora na pitanje može dovesti do pobijanja odluke skupštine. Autor tvrdi da je kao rezultat implementacije direktive pravo na postavljanje pitanja prošireno. Mnoga društva se boje da će preaktivni dioničari temeljem tog pravila ekscesivno postavljati pitanja i tako provocirati pogreške koje će im poslužiti kao podloga za kasnije pobijanje odluke pred sudom. To im onda daje pregovaračku poziciju u kojoj povlačenje tužbe uvjetuju nekom koristi za sebe. Ipak, mogućnost pobijanja odluke zbog toga jer odluke nisu bile utemeljene na točnim ili potpunim informacijama moguća je samo ako je pridržana informacija bila bitna (*„als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hättepar-243(4) AktG“*). Dalje, ako je riječ o informaciji koja se odnosi na pitanja o kojima se raspravlja (bez da je bitna) nju je moguće mnogo lakše pridržati. Temeljem par. 131(3) 1 AktG daje pravo društvu da pridrži informaciju ako ona može biti štetna za društvo, pri čemu šteta koja prijete mora biti značajna (*„soweit die Erteilung der Auskunft nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung geeignet ist, der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen“*).

83 Čl. 287. st. 4. ZTD-a.

84 Naime, svaki dioničar kojem je uskraćen odgovor na pitanje, (a ako je na skupštini donesena odluka o točki dnevnog reda u pogledu koje je postavljeno pitanje, a uskraćen odgovor - onda i svaki dioničar koji je nazočio toj skupštini i u zapisnik izjavio svoje protivljenje donesenoj odluci) može mjesno nadležnom trgovačkom sudu, kao isključivo nadležnom, u roku od 15 dana od održavanja skupštine na kojoj je odbijeno dati obavijest, podnijeti zahtjev za ocjenu je li uprava (izvršni direktor) morala dati obavijest. Udovolji li se zahtjevu obavijest se daje i izvan glavne skupštine (čl. 288. ZTD). Osim toga, dioničar može podnijeti i tužbu za pobijanje odluke glavne skupštine ako mu je neopravdano uskraćeno pravo na obavijest u pogledu te odluke (čl. 360. st. 4. ZTD). Ovim odredbama osigurava se sudska kontrola nad ispunjenjem obveze društva da daje odgovore na pitanja koja se odnose na točke dnevnog reda. Zbog

3.7. Glasovanje putem punomoćnika

3.7.1. Tko može biti punomoćnik

Prema čl. 10. Direktive, svaki dioničar ima pravo imenovati ***bilo koju osobu (fizičku ili pravnu) koja ima poslovnu sposobnost*** za svog punomoćnika, kako bi sudjelovala i glasovala na glavnoj skupštini u njegovo ime, pri čemu će kod iskazivanja mišljenja i postavljanja pitanja imati ista prava koja bi imao i dioničar. Države članice ne smiju imati nikakav propis kojim se ograničava, odnosno kojim se daje mogućnost društvima da ograniče svojim dioničarima pravo na slobodan izbor punomoćnika. Ovo naravno ne vrijedi za propis kojim se od punomoćnika traži da ima ***poslovnu sposobnost***.⁸⁵ Države članice mogu, (ali ne moraju) imati i odredbu kojom se imenovanje punomoćnika ograničava na jednu skupštinu, odnosno na određeno razdoblje.⁸⁶ Države članice svojim propisima mogu ograničiti broj osoba koje dioničar može imenovati punomoćnicima za bilo koju skupštinu, ali ako dioničar drži dionice na više različitih računa vrijednosnih papira, može imenovati zasebnog punomoćnika za dionice koje ima na svakom od tih računa. To ne stavlja izvan snage propise mjerodavnog prava o zabrani različitoga glasovanja glede dionica koje posjeduje isti dioničar. To znači da, ***ako dioničar ima više različitih punomoćnika (za dionice koje drži na različitim računima), oni ne mogu različito glasovati***, ako je mjerodavnim nacionalnim pravom propisano da oni koji drže dionice za istog dioničara ne mogu različito glasovati.⁸⁷

ZTD je, ponajprije zahvaljujući izmjenama i dopunama iz 2009. godine, usklađen i s ovim odredbama Direktive. Naime, u čl. 291. st. 6., stoji da dioničar može pravo glasa na glavnoj skupštini ostvarivati putem punomoćnika.⁸⁸ I RH je iskoristila mogućnost koju joj o ograničavanju broja osoba koje dioničar može imenovati za punomoćnika pruža čl. 10. st. 2. Direktive, pa prema ZTD-u: ***ako dioničar opunomoći više od jedne osobe, društvo ima mogućnost odbiti / prihvatiti jednu ili više tako danih punomoći***.⁸⁹ I prije izmjena ZTD-a iz 2009. godine dioničari su mogli imenovati punomoćnike i posredstvom njih ostvarivati pravo glasa na glavnoj skupštini. Ali ZTD tada nije imao odredbu o ograničavanju broja osoba koje dioničar može imenovati za punomoćnika, pa dionička društva nisu mogla odbiti jednu ili više punomoći kada ih je bilo više, ako su sve te punomoći ispunjavale ostale uvjete valjanosti.⁹⁰ Novelom iz 2009. godine izbjeglo se stanje

neopravdanog uskraćivanja ili davanja netočne obavijesti, uprava (izvršni direktor) odgovara za nastalu štetu.

85 Čl. 10. st. 1. Direktive.

86 Čl. 10. st. 2. podstavak 1. Direktive.

87 Čl. 10. st. 2. podstavak 2. Direktive.

88 Nije navedeno da punomoćnik može biti samo fizička osoba, pa prema tome može biti i pravna osoba, a na temelju općih pravila o punomoći koja se nalaze u ZOO-u znamo da punomoćnik može biti samo osoba koja ima potpunu poslovnu sposobnost.

89 Čl. 291. st. 6. ZTD-a

90 Vidi čl. 291. st. 6. starog ZTD-a.

neizvjesnosti do kojeg može doći kada se imenuje više punomoćnika koji moraju zajednički izjaviti volju u ime dioničara koji ih je imenovao, što može prouzročiti zastoj u radu glavne skupštine, pa i netočno utvrđivanje rezultata glasanja.⁹¹

3.7.2. Ograničenja pri odabiru punomoćnika prema Direktivi

Iako je ranije navedeno da se ne smije ničim uvjetovati ni ograničavati mogućnost izbora punomoćnika, osim zahtjevom da ima poslovnu sposobnost, ipak, prema čl. 10. st. 3. Direktive, država članica može uvesti **određena ograničenja kako bi se prevenirao / razotkrio sukob interesa** koji eventualno postoji između punomoćnika i dioničara. Stoga države članice **mog**u propisati ove uvjete:

a) da punomoćnik mora otkriti dioničaru određene činjenice koje bi mogle biti od značaja za dioničara prilikom procjene rizika o tome bi li punomoćnik mogao zastupati interese koji su različiti od dioničarevih interesa,

b) ograničiti ili isključiti ostvarenje prava (glasa) dioničara putem punomoćnika ako nema konkretnih naputaka za glasanje te

c) ograničiti ili izuzeti pravo prijenosa punomoći na drugu osobu, pri čemu to ne sprječava punomoćnika koji je pravna osoba da radnje potrebne za obavljanje poslova iz punomoći poduzimaju članovi upravnog ili poslovnog tijela ili neki od zaposlenika.⁹²

Direktiva **primjerično** navodi **situacije** u kojima se posebno može očekivati da će doći do **sukoba interesa između dioničara i punomoćnika**, a to su situacije kada je punomoćnik:

i. većinski dioničar društva (ili ako ga nadzire većinski dioničar društva),

ii. član uprave ili nadzornog odbora društva, ili član uprave ili nadzornog odbora većinskog dioničara (odnosno društva kojeg nadzire većinski dioničar),

iii. zaposlenik ili revizor društva, odnosno većinskog dioničara, odnosno društva kojeg nadzire većinski dioničar te

iv. u obiteljskoj vezi s bilo kojom od fizičkih osoba koje su navedene u prethodne tri točke⁹³

Punomoćnik mora glasovati u skladu s naputcima koje je dobio od dioničara u čije ime djeluje, a države članice mogu zahtijevati od punomoćnika da svu dokumentaciju o naputcima za glasanje čuva kroz određeno vremensko razdoblje te da, kada se to od njega zahtijeva, potvrdi da je glasovao u skladu s naputcima.⁹⁴

91 BARBIĆ, J., *op. cit.* u bilj. 23., str. 32.

92 Čl. 10. st. 3. podstavak 1. Direktive.

93 Čl. 10. st. 3. podstavak 2. Direktive.

94 Čl. 10. st. 4. Direktive.

3.7.3. Tipologija punomoćnika za glasovanje prema ZTD-u

Punomoć za glasovanje na glavnoj skupštini može se dati: financijskoj instituciji, kreditnoj instituciji, udruzi dioničara i skrbniku nad dionicama.⁹⁵ Nomotehnički, ovo je pitanje u ZTD-u uređeno tako da je ostvarivanje prava glasa **kreditnim i financijskim institucijama** regulirano u čl. 292. st. 1.–7. ZTD-a.⁹⁶ Te se odredbe, kako je propisano u čl. 292. st. 8. ZTD-a, **na odgovarajući način primjenjuju i na udruge dioničara** te na **osobe koje se na temelju posla koji obavljaju** nude dioničarima da će za njih ostvarivati pravo glasa na glavnoj skupštini.⁹⁷

Pri tom treba razlikovati poziciju kreditne financijske institucije kada ona glasuje o dionicama koje joj ne pripadaju, ali su u registru dionica **upisane na njezino ime** (kada je povjerenik tih dionica), od one u kojoj financijska institucija ostvaruje pravo glasa iz dionica koje joj ne pripadaju i **za koje nije upisana u registru dionica kao njihov imatelj**. Čl. 292. ZTD-a propisuje da kreditna institucija smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica koje joj ne pripadaju i u pogledu kojih nije kao njihov imatelj upisana u registar dionica, samo ako je za to opunomoćena. S druge strane, prema čl. 292. st. 6. ZTD-a, kreditna / financijska institucija smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica koje glase na ime i koje joj ne pripadaju, ali su u registru dionica **upisane na njezino ime samo na temelju ovlasti** koju za to dobije. Ta se **ovlast očigledno crpi iz ugovora (odnosa) temeljem kojeg su dionice upisane na njezino ime, a ne temeljem punomoći**. Ipak, isti stavak u tom slučaju predviđa analognu primjenu odredbi koje vrijede za onaj tip punomoćničkog odnosa kod kojeg kreditne / financijske institucije nisu u registru dionica upisane u svoje ime.

Za razumijevanje različitoga položaja između kreditne / financijske institucije koja je kao imatelj dionica upisana u registar dionica, iako joj one ne pripadaju, od onoga gdje kreditna / financijska institucija nije upisana u registar dionica kao njihov imatelj, ključan je stavak 7., članka 292. ZTD-a iz kojeg proizlazi da; ako institucija koja je kao imatelj dionica upisana (makar joj dionice ne pripadaju) postupi protivno nekoj odredbi članka 292. ZTD-a, čak i ako djeluje bez ili izvan ovlasti, to ne utječe na valjanost danog glasa. Za razliku od toga, ako je riječ o glasu kojeg je dala kreditna / financijska institucija koja u registru dionica **nije upisana**

95 BARBIĆ, J. *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala Svezak I. Dioničko društvo*, V. izmijenjeno i dopunjeno izd. str. 1169.

96 Prema čl. 292. st. 1. ZTD-a, kreditna / financijska institucija smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica koje joj ne pripadaju i u pogledu kojih nije kao njihov imatelj upisana u registar dionica, samo ako je za to opunomoćena. Punomoć se može dati samo jednoj, određenoj kreditnoj / financijskoj instituciji koja je mora čuvati tako da se može ispitati. Prema čl. 292. st. 6. ZTD-a, kreditna / financijska institucija smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica koje glase na ime i koje joj ne pripadaju, ali su u registru dionica upisane na njezino ime, samo na temelju ovlasti koju za to dobije. Na davanje te ovlasti na odgovarajući se način primjenjuju odredbe članka 292. st. 1. – 5. ZTD-a.

97 Autorice smatraju da bi članak 292. ZTD-a bio pregledniji kada bi se pitanja punomoći za glasovanje uređila na općenit način za sve punomoćnike, a posebnim odredbama pitanja koja se odnose samo na kreditne / financijske institucije.

kao dioničar, a nije imala punomoć za glasovanje na glavnoj skupštini valjanost glasa bit će dovedena u pitanje.

Članstvo u udruzi dioničara nema značaj ovlasti za zastupanje na glavnoj skupštini, pa je i tada potrebna punomoć.⁹⁸

S obzirom na vrste računa koji postoje kod SKDD-a, a to su: osnovni⁹⁹, suvlasnički,¹⁰⁰ zastupnički,¹⁰¹ trezorski,¹⁰² račun portfelja¹⁰³ ili skrbnički račun¹⁰⁴, skrbnički račun je tipičan račun kod kojeg su vrijednosni papiri upisani na skrbnika. Ako je riječ o skrbničkom računu pod zaporkom ili zbirnom računu tada je identitet pravog imatelja vrijednosnog papira poznat samo skrbniku. Kod računa portfelja investicijsko društvo upravlja portfeljem vrijednosnih papira u svoje ime, a za račun ulagatelja (poput komisiona), pri čemu je kao imatelj tih vrijednosnih papira upisan ulagatelj.

a) Način postupanja punomoćnika za glasovanje

Čl. 292. st. 1. ZTD-a polazi od teze da je punomoć **svakodobno opoziva**. Kreditna / financijska institucija dužna je **jednom godišnje** jasno upozoriti dioničara na mogućnost da u svako doba **opozove punomoć** ili da promjeni punomoćnika. Kako je cilj potaknuti dioničara na aktivitet, njemu se **formularima mora olakšati mogućnost davanja uputa** za glasovanje o pojedinim točkama dnevnog reda te mogućnost davanja, opozivanja i izmjene punomoći.¹⁰⁵ To je obveza financijske institucije (odnosno drugih punomoćnika, s obzirom na podrednu primjenu ovih propisa na sve ostale punomoćnike).

98 BARBIĆ, J. *op. cit.* u bilj. 95, str. 1169.

99 Osnovni račun je račun na koji se inicijalno knjiže vrijednosni papiri u vlasništvu jednog investitora. Investitor može imati otvoren samo jedan osnovni račun.

100 Suvlasnički račun je račun vrijednosnih papira u vlasništvu više osoba. Nositelj računa može biti samo jedan od suvlasnika koji ima pravo raspolaganja i obavljanja transakcija po tom računu, uz pisanu suglasnost svih ostalih suvlasnika. Nositelj uvijek prima obavijesti o stanju i promjenama na računu, te novčana sredstva iz korporativnih akcija (dividenda, isplata kamate ili glavnice itd.).

101 Zastupnički račun je račun kod kojeg je imatelj vrijednosnih papira uvijek zastupana osoba (zastupnik drži te vrijednosne papire u tuđe ime i za tuđi račun). Imovinom zastupane osobe raspolaže, npr. zakonski zastupnik (npr. skrbnik za osobe lišene poslovne sposobnosti), zastupnik po samom zakonu (npr. društvo za upravljanje investicijskim i mirovinskim fondovima) ili na temelju ovjerene punomoći. Zastupnik prima obavijesti o stanju i promjenama na računu, te novčana sredstva iz korporativnih akcija (npr. dividenda).

102 Trezorski račun je račun člana izdavatelja vrijednosnih papira na kojemu su ubilježeni isključivo vrijednosni papiri kojih je on izdavatelj i imatelj (npr. stjecanje vlastitih dionica).

103 Račun portfelja je račun gdje je kao imatelj upisan investitor, a njima upravlja ovlašteno investicijsko društvo na temelju ugovora o upravljanju portfeljem vrijednosnih papira (u svoje ime, a za račun nalagodavca).

104 Skrbnički račun je račun na kojem skrbnička banka vodi vlasničke pozicije vrijednosnih papira za račun treće osobe, na temelju ugovora o skrbništvu. Skrbnički računi mogu biti na ime, pod zaporkom i zbirni. Identitet imatelja vrijednosnih papira ubilježenih na skrbničkom računu pod zaporkom ili zbirnom skrbničkom računu poznat je samo skrbničkoj banci.

105 Čl. 292. st. 1. ZTD-a.

Zakon uređuje i situaciju u kojoj dioničar ne djeluje proaktivno. ***Ako on ne da izričite upute o glasovanju***, financijska / kreditna institucija može kao podlogu za svoje djelovanje koristiti ovlaštenje dano u ***općoj punomoći*** da će glasovati, ali samo onako kako je to navedeno u ***njezinim prijedlozima***¹⁰⁶ ili ***onako kako je navedeno u prijedlozima uprave*** (izvršnih direktora) ili ***nadzornog*** (upravnog) odbora društva čija se glavna skupština ima održati. Ako su ti prijedlozi divergentni, onda, u nedostatku izričitih uputa dioničara, prioritet ima prijedlog nadzornog (upravnog) odbora.¹⁰⁷

U oba slučaja, kada kreditna / finacijska institucija namjerava glasovati temeljem vlastitih prijedloga ili prijedloga organa društva čije su dionice u pitanju, ***mora dioničarima te prijedloge učiniti dostupnima***, ako to već nije učinjeno.¹⁰⁸ Ponudi li kreditna, odnosno financijska institucija da će glasovati za neki od navedenih prijedloga, mora istodobno ponuditi i da će ***podloge potrebne za glasovanje*** do opoziva (punomoći, op.a.) ***proslijediti*** u mjeri u kojoj se pretpostavlja da je to potrebno ***udruzi dioničara*** ili ***nekome drugom*** tko će zastupati dioničara u korištenju pravom glasa po njegovu izboru.

Ako dioničar ne da uputu, financijska, odnosno kreditna institucija mora glasovati u skladu s onim što je predložila, osim ako se prema okolnostima može zaključiti da bi dioničar, kada bi znao za stanje stvari, odobrio takvo (drugačije, op.a.) glasovanje.¹⁰⁹ Ona štoviše, prema čl. 292. st. 3. ZTD-a ***može odstupiti ne samo od vlastitog prijedloga nego i od dioničarevih uputa***.¹¹⁰ U oba slučaja nastaje

106 Slično tomu ISC Code predviđa u načelu br. 6: *Institutional investors should have a clear policy on voting and disclosure of voting activity. Institutional investors should seek to vote all share held. They should not automatically support the board. If they have been unable to reach a satisfactory outcome through active dialogue then they should register an abstention or vote against the resolution. In both instances, it is good practice to inform the company in advance of their intention and the reason why. Institutional investors should disclose publicly voting records and if they do not explain why.* Vidi opširnije: *Financial Reporting Council*, op. cit., str. 29.).

107 Također čl. 292. st. 1. ZTD-a.

108 Čl. 292. st. 4. ZTD-a. Prijedlozi mogu primjerice biti učinjeni dostupnima, slanjem (objavom) poziva na glavnu skupštinu društva, gdje su uz navođenje točaka dnevnog reda ujedno sadržani i prijedlozi uprave o donošenju odluke o navedenim točkama. U tom slučaju kreditna / financijska institucija ne mora te prijedloge učiniti dostupnima.

109 Čini se da je intencija zakonodavca bila urediti situaciju u kojoj punomoćnik rukovodeći se interesima vlastodavca glasuje u njegovom najboljem interesu, odnosno odstupa od vlastitih prijedloga, jer na temelju nekih okolnosti smije zaključiti da bi dioničar odobrio drugačije glasovanje. Kako zakonodavac rabi izraz „takvo“ glasovanje, a ne „takvo drukčije glasovanje“, čini se da je riječ o redakcijskoj pogrešci.

110 Dvojimo u kojoj mjeri je ovo rješenje svrsishodno. Ako je dioničar izrazio svoju volju kako treba glasovati na skupštini društva, ne vidimo razlog zbog kojega bi financijska institucija mogla te upute zanemariti, osim ako bi glasovanjem prema dobivenim uputama mogla nastati šteta za opunomoćenog. Naravno valja razlikovati koja je narav tih uputa jesu li one instruktivne ili imperativne, ali nam se čini da u ovom slučaju postoje jasni argumenti koji idu u prilog zaštite pravnog položaja dioničara u odnosu na njegova punomoćnika. U svakom bi slučaju pristajalo da punomoćnik u toj situaciji zahtijeva dodatne upute. Tako prema čl. 765. st. 2. ZOO-a kada nalogoprimac smatra da bi izvršenje naloga po dobivenim uputama bilo od

obveza da o tomu obavijesti dioničara i navede razloge za odstupanje.¹¹¹

b) Rješavanje sukoba interesa

Izvršavajući pravo glasa za drugog, punomoćnik može biti u iskušenju da to pravo ostvaruje na način da preferira svoje interese, a na uštrb interesa osobe za koju glasuje u svojstvu punomoćnika. Zbog toga ZTD sadrži odredbu prema kojoj se pri izradi prijedloga, financijska / kreditna institucija ***mora voditi isključivo interesima dioničara*** te mora poduzeti ***sve mjere da isključi utjecaj vlastitih interesa***.¹¹² Jedan član posloводства se imenuje da nadzire pridržavanje tih obveza kao i uredno korištenje pravom glasa i dokumentaciju o tomu. Ova odredba ima značenje prevencije sukoba interesa. Ako postoji sukob interesa između dioničara i njegovog punomoćnika to nije razlog zbog kojeg bi punomoćnik morao odstupiti, već je glavni lijek, za rješavanje toga problema, razotkrivanje postojanja sukoba interesa nakon čega opunomoćeni može otkazati punomoć.

ZTD predviđa tri situacije u kojima punomoćnik (kreditna/financijska institucija), zbog visoke vjerojatnosti postojanja sukoba interesa između nje i dioničara, treba na to upozoriti dioničara.

U prvom slučaju dioničara treba upozoriti ako je sam punomoćnik (odnosno ako je neki član uprave, izvršni direktor ili suradnik kreditne/financijske institucije/skrbnika/, tj. punomoćnika koji je pravna osoba) ***ujedno i član nadzornog (upravnog) odbora društva, član uprave društva (izvršni direktor) ili suradnik dioničkog društva na čijoj glavnoj skupštini treba glasovati (i obrnuto)***. Dakle, to ne diskvalificira tu osobu kao potencijalnog punomoćnika, ali se opunomoćenome to treba staviti na znanje. Postavlja se pitanje tko se smatra suradnikom društva. To bi primjerice mogao biti revizor ili odvjetnik koji zastupa društvo.

U druga dva slučaja isto takvo upozorenje mora se dati dioničaru ako kreditna / financijska institucija ima udio u dioničkom društvu kojeg po zakonu mora prijaviti nadležnom nadzornom tijelu¹¹³ ili je s društvom u konzorciju koji je u posljednjih 5

štete za nalogodavca, dužan je skrenuti na to njegovu pozornost i tražiti nove upute. Također prema čl. 766. st. 1. ZOO-a od dobivenog naloga i uputa nalogoprimac može odstupiti samo sa suglasnošću nalogodavca. Kada mu zbog kratkoće vremena ili iz kakva drugog uzroka nije moguće tražiti suglasnost nalogodavca, može odstupiti od naloga i uputa samo ako je po procjeni svih okolnosti mogao osnovano smatrati da to zahtijevaju interesi nalogodavca. Više o ponašanju banaka kada glasuju za svoje klijente u njemačkom pravu vidi: KÖNDGEN, *Duties of Banks in Voting Their Clients' Stock*, u: BAUMS / BUXBAUM / HOPT (eds.), *Institutional Investors and Corporate Governance*, 1994, str. 531.

111 Čl. 292. st. 3. ZTD-a.

112 Slično tome ISC Code u načelu br. 2. predviđa: ***institutional investors should have a robust policy on managing conflicts of interest in relation to stewardship and this policy should be publicly disclosed. An institutional investors duty is to act in the interests of all clients and/or beneficiaries when considering matters such as engagement and voting. Conflicts of interest will inevitably arise from time to time, which may include when voting on matters affecting a parent company or client. Institutional investors should put in place and maintain a policy for managing conflicts of interest.*** Vidi: Financial Reporting Council, op. cit. str. 27.

113 Npr. sve one osobe koje steknu ili otuđe, tzv. kvalificirani udio prema čl. 413. ZTK-a (5%,

godina preuzeo posljednju emisiju vrijednosnih papira društva.¹¹⁴

U prvom od potonja dva slučaja takva će obveza primjerice nastati za sve pravne i fizičke osobe koje steknu ili otuđe tzv. kvalificirani udio u uvrštenom društvu (5%, 10%, 15% ...). Temeljem čl. 413. ZTK-a, o tome moraju obavijestiti to društvo (izdavatelja) i HANFU, nakon čega nastaje obveza izdavatelja da to objavi prema čl. 428. ZTK-a. Inače je cilj ove obveze obavijestiti javnost da u tom (uvrštenom) društvu postoje dioničari koji drže kvalificirane udjele. Usljed toga oni ostvaruju i određeni utjecaj na skupštini društva, a ako djeluju zajednički mogu i nadzirati društvo. U tom slučaju, dioničari koji zajednički djeluju, a koji drže zajedno dionice koje na skupštini društva daju 25% + 1 glas morat će objaviti punudu za preuzimanje. Cilj čl. 292. st. 2. ZTD-a je o postojanju kvalificiranog udjela obavijestiti samog dioničara, kojem se mora dati do znanja da osoba koja djeluje kao njegov punomoćnik (skrbnik) ostvaruje značajan utjecaj na donošenje odluka na skupštini društva temeljem broja glasova koji joj pripadaju.

U drugom od potonja dva slučaja radi se da je financijska / kreditna institucija povezana sa samim dioničkim društvom tako da su oba subjekta članovi konzorcija. Taj konzorcij djeluje kao osoba koja je otkupila (ZTD rabi termin preuzela) posljednju emisiju vrijednosnih papira društva. Najčešće će se raditi o javnoj ponudi (emisiji) vrijednosnih papira, što povlači za sobom obvezu toga dioničkog društva da uvrsti vrijednosne papire na uređeno tržište. Taj konzorcij djeluje u svojstvu pokrovitelja (ili jamca) izdanja. S obzirom na to da su kreditna / financijska institucija i dioničko društvo, čije su dionice u pitanju, članovi tog konzorcija, oni se nalaze u odnosu ortaštva, čak i ako kreditna institucija nije kvalificirani dioničar toga dioničkog društva. Zbog toga također nastaje obveza za dotičnu financijsku / kreditnu instituciju da tu okolnost razotkrije dioničaru za kojeg glasuje. Smatramo da bi upozorenje dioničaru o postojanju odnosa povezanosti između kreditne / financijske institucije i dioničkog društva čije su dionice u pitanju, trebalo uputiti

10%, 15% ...), moraju o tomu obavijestiti to društvo (izdavatelja) i HANFU, nakon čega nastaje obveza izdavatelja da to objavi prema čl. 428. ZTK-a.

114 Čl. 292. st. 2. ZTD-a. Ne radi se o „preuzimanju“ emisije vrijednosnih papira, već o tomu da je taj skrbnik/punomoćnik član konzorcija koji je bio jamac izdanja za dioničko društvo glede čijih dionica je imenovan punomoćnikom. Više o pitanjima sukoba interesa osobito u kontekstu uloge banke kao člana konzorcija vidi BAUMS/V. RANDOW, *Shareholder Voting and Corporate Governance: The German Experience and a New Approach*, u: AOKI, *Corporate Governance in Transitional Economies*, str. 449. Autori smatraju da sukob interesa kod njemačkih banaka prvenstveno proizlazi zbog multipliciteta uloga u kojima se njemačke banke pojavljuju. One su istodobno savjetnici, kreditori, dioničari i skrbnici. Cit.: „*The interests of a bank as a creditor are not to increase the shareholder value but to protect the banks' own credit investment. Therefore they will prefer a risk-adverse investment strategy. Another incentive to act as a proxy is that the bank may want to get a portion of the respective firm's financial business. Restrained exercise of voting rights that does not harm the management may thus be expected. Furthermore, banks may want to hold proxy voting power in order to maintain their dominant role as leaders of a syndicate when new shares or debt instruments are issued*“. Vidi još BAUMS, T. RANDOW, V. *Der Markt für Stimmrechtsvertreter; Die Aktiengesellschaft*, 1995, at str. 147 i dalje. Vidi još BAUMS, T. *Vollmachtstimmrecht der Banken – Ja oder Nein?*, *Die Aktiengesellschaft*, 1996, str. 11 i dalje.

i onda kada između kreditne / financijske institucije i dioničkog društva postoji neki drugi oblik povezanosti (poduzetničkim ugovorom i sl.). Sve su to situacije u kojima je opravdano zahtijevati razotkrivanje tih okolnosti jer postoji vrlo visoka vjerojatnost postojanja sukoba interesa.

Sasvim je specifična situacija u kojoj, od dioničara opunomoćena kreditna / financijska institucija, treba glasovati za dioničara **na vlastitoj glavnoj skupštini**. Ona se tada zapravo pojavljuje u ulozi punomoćnika / skrbnika vlastitih dionica, iako nije došlo do stjecanja vlastitih dionica pa nije prekludirana u izvršavanju prava glasa. No u tom slučaju ona smije na temelju punomoći koristiti pravo glasa dioničara **samo ako je taj dioničar dao izričitu uputu za glasovanje o svakoj točki dnevnog reda**. S obzirom na zakonsku dikciju ove odredbe, smatramo da u ovoj situaciji ne bi bilo prostora za glasovanje protivno naputcima koje je financijskoj / kreditnoj instituciji dao dioničar, jer je to upravo mjera koja ima zadatak prevenirati sukob interesa. Isto vrijedi i za glasovanje na skupštini **onoga dioničkog društva u kojem kreditna / financijska institucija** (tj. punomoćnik ili skrbnik) neposredno ili posredno **sudjeluje u temeljnom kapitalu s više od 20%**.¹¹⁵ U potonjem slučaju nije bitno nosi li držanje tog dijela kapitala i korespondentni broj glasova (može se raditi i o povlaštenim dionicama bez prava glasa).

c) Mogućnost prijenosa punomoći na drugu osobu i ograničenja

Kada je riječ o prijenosu punomoći, ako to dopušta punomoć koju je dioničar dao, tada kreditna / financijska institucija (tj. punomoćnik / skrbnik) smije postupajući na temelju te punomoći, prenijeti punomoć za zastupanje na osobe koje nisu njezini zaposlenici.¹¹⁶ Znači da prijenos punomoći (osim na zaposlenike) nije moguća ako je izričito ne predviđa sama punomoć.

3.7.4. Broj osoba koje punomoćnik može zastupati

Direktiva predviđa da osoba koja djeluje kao punomoćnik ne smije biti ograničena kada je riječ o broju osoba (dioničara) koje zastupa i mora mu biti omogućeno da za svakog od tih dioničara glasuje u skladu s naputcima koje je od njega dobio, a to znači da mu ne smije biti zabranjeno da različito glasa za svakog dioničara u čije ime djeluje.¹¹⁷

3.7.5. Način i oblik punomoći

Kada je riječ o načinu imenovanja punomoćnika, sukladno odredbama Direktive, država članica **mora dopustiti dioničarima imenovanje punomoćnika elektronički**¹¹⁸ te društva obvezati da prihvate obavijest o imenovanju punomoćnika

¹¹⁵ Čl. 292. st. 3. ZTD-a.

¹¹⁶ Čl. 292. st. 5. ZTD-a.

¹¹⁷ Čl. 10. st. 5. Direktive.

¹¹⁸ Znači ne postoji obveza da se punomoćnik mora imenovati elektroničkim putem, ali nema

elektroničkim putem,¹¹⁹ pri čemu i imenovanje punomoćnika i obavijest o imenovanju punomoćnika moraju biti u pisanom obliku. Osim ovog osnovnog formalnog uvjeta valjanosti ne smiju se postaviti nikakvi dodatni uvjeti za valjanost imenovanja, osim onih koji su potrebni da bi se utvrdio identitet punomoćnika i dioničara te da bi se omogućila provjera sadržaja upute za glasovanje i to samo u onoj mjeri u kojoj su ti uvjeti razmjerni postizanju ovih ciljeva.¹²⁰ Sve navedeno glede uvjeta za imenovanja punomoćnika, vrijedi i za opoziv punomoći.¹²¹

Prema ZTD-u, za davanje punomoći, njen opoziv i dokazivanje da je dana u odnosu na društvo, potreban je pisani oblik, ako statutom nije predviđen drugačiji oblik.¹²² U praksi je sintagma „*ako statutom za to nije previđen drukčiji oblik*“ izazivala nedoumice. Kako je iz Nacrta prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o trgovačkim društvima ispuštena sintagma manje formalan oblik,¹²³ doslovnim tumačenjem zakonske dikcije, proizlazi da bi se statutom mogao predvidjeti „formalniji oblik“, npr. punomoć koja mora biti ovjerena kod javnog bilježnika,¹²⁴ što bi izravno bilo protivno smislu implementirane Direktive.¹²⁵ Manje formalan oblik podrazumijevao bi i *punomoć danu usmeno*, usmenom izjavom volje upućenom društvu odnosno, njegovom tijelu o kojoj se može sastaviti pisana bilješka. Na taj način se punomoć može predati društvu. No pisani trag o usmeno danoj punomoći uvijek mora postojati jer Direktiva uvjetuje da imenovanje punomoćnika te obavijest o imenovanju i opoziv punomoći *moraju biti* u pisanom obliku, a odredbe Direktive o obliku punomoći su *regulatorni minimum*.

Nadalje, prema ZTD-u, kada je riječ o društvima čije su dionice uvrštene na uređeno tržište (a upravo na takva društva se i odnose odredbe Direktive) *za prijenos dokaza* o tome da je punomoć dana moguća je i elektronička komunikacija.¹²⁶ Punomoć dakle treba biti sadržana u pisanom obliku, ali se dokaz o postojanju pisane punomoć može prenijeti elektroničkim putem (npr. skenirana punomoć dana u pisanom obliku). Kako se ova odredba iskazuje kao regulatorni minimum za uvrštena društva, nema razloga da se to ne prihvati i za ostala društva.¹²⁷

ni zabrane prema kojoj se punomoćnik ne smije imenovati elektroničkim putem. Države članice moraju imati takve propise kojima se dioničarima dopušta imenovanje punomoćnika elektroničkim putem ako oni to žele.

119 Čl. 11. st. 1. Direktive.

120 Čl. 11. st. 2. Direktive.

121 Čl. 11. st. 3. Direktive.

122 Čl. 291. st. 6. ZTD-a.

123 BARBIĆ, J. op. cit. u bilj. 95, str. 1167.

124 Sudska praksa je odbacila valjanost statutarnog uređenja prema kojem je zahtijevano da potpis vlastodavca bude ovjeren kod javnog bilježnika. Vidi VTS RH, PŽ-420/00, od 28. studenog 2000. godine, Zbornik odluka VTS RH, 1999.-2004., Zagreb, str. 247 -248, odluka br. 352/VI.

125 Akademik Barbić se zalaže da bi sudovi trebali zauzeti stajalište kojim bi se ispravnim tumačenjem ispravio taj redakcijski propust. BARBIĆ, J., op. cit. u bilj. 95., str. 1167.

126 Čl. 291. st. 6. ZTD-a.

127 BARBIĆ, J., op. cit. u bilj. 95, str. 1167. Akademik Barbić smatra da nema zaprjeke da se takvo rješenje za neuvrštena društva usvoji statutom.

Punomoć se ***mora predati društvu koje je mora čuvati najmanje 3 godine***.¹²⁸ Ova je odredba uvedena kako bi se mogao ispitati identitet dioničara i punomoćnika te sadržaj upute o glasovanju, pa čak i nakon održavanja glavne skupštine, ako se oko toga pojavi neko sporno pitanje. Osim pisane punomoći na papiru čuvati se može i punomoć dana u elektroničkom obliku bilo kao zapis na kompjuteru bilo kao ispis toga kompjuterskog zapisa.

Novi Kodeks korporacijskog upravljanja¹²⁹ koji se primjenjuje od 1. siječnja 2011. u pravilu 2.5.1. o pitanju oblika punomoći određuje da: „izdavanje punomoći treba biti krajnje pojednostavljeno i bez strogih formalnih zahtjeva.“

3. 8. Glasovanje putem pošte

Direktiva predviđa da države članice ***dopuste društvima*** da svojim dioničarima ponude mogućnost glasovanja putem pošte prije održavanja glavne skupštine.¹³⁰ Glasovanje putem pošte može biti ograničeno ili uvjetovano samo onim mjerama ili uvjetima koji su potrebni da se utvrdi identitet dioničara te naravno, samo u mjeri koja je razmjerna postizanju tog cilja.¹³¹

RH je u skladu s ovom odredbom dopustila društvima da svojim dioničarima omoguće glasovanje putem pošte, na način da je novelom iz 2009. godine u ZTD unijela odredbu prema kojoj se statutom može propisati, odnosno ovlastiti upravu (upravni odbor) da omogući svojim dioničarima glasovanje pismeno (poštom) ili elektroničkom komunikacijom, kada ne sudjeluju na glavnoj skupštini.¹³² Radi potpune implementacije Direktive, valjalo je naglasiti da je glasovanje putem pošte moguće ***prije održavanja*** glavne skupštine, kako to predviđa Direktiva.

3.9. Uklanjanje prepreka radi učinkovitoga korištenja prava glasa putem kreditnih / financijskih institucija

Članak 13. Direktive sadrži odredbe koje se odnose na ostvarivanje glasačkih prava posebne vrste dioničara. Riječ je o fizičkim ili pravnim osobama koje mjerodavno pravo smatra dioničarima i čija je poslovna djelatnost upravo da djeluju za račun klijenta (stvarnog dioničara), a koji se prema društvu legitimiraju

¹²⁸ Čl. 291. st. 6. ZTD-a.

¹²⁹ Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga u suradnji sa Zagrebačkom burzom d.d. izradila je novi Kodeks korporativnog upravljanja, koji će se početi primjenjivati od 1. siječnja 2011. godine. Dostupno na: <http://www.hanfa.hr/index.php?ID=0&AKCIJA=230&LANG=&vijestid=763>.

¹³⁰ Znači da glasovanje putem pošte prije održavanja glavne skupštine ne smije biti zabranjeno (iako nije ni obvezno, već društva mogu uvesti takvu mogućnost za svoje dioničare ako smatraju da je to potrebno). Društva ovu mogućnost najčešće ili propisuju odredbama statuta ili odredbama statuta ovlašćuju upravu da donese odluku o uvođenju ovakvog načina glasovanja kad uprava procjeni da je to potrebno.

¹³¹ Čl. 12. Direktive.

¹³² Čl. 274. st. 2. ZTD-a.

kao skrbnici ili neki drugi titulari. Direktiva u čl. 13. st. 2. predviđa da ako se mjerodavnim pravom (države članice sjedišta društva) predviđa da takvi titulari trebaju prethodno objaviti svoje „neizravno“ držanje dionica, kako bi mogli koristiti pravo glasa, države članice ne smiju zahtijevati dodatne podatke osim popisa kojim se društvu otkriva identitet svakoga klijenta i broj dionica kojima se glasuje u njihovo ime.

S obzirom na gore navedeno, ZTD razlikuje dvije kategorije punomoćnika kada su u pitanju financijske / kreditne institucije. Prema čl. 292. st. 1. ZTD-a, kreditna / financijska institucija (skrbnik) **smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica koje joj ne pripadaju i u pogledu kojih nije kao njihov imatelj upisana u registar dionica, samo ako je za to opunomoćena. Takva punomoć se može dati samo jednoj, određenoj kreditnoj / financijskoj instituciji.** U ovom slučaju kreditna / financijska institucija ostvaruje pravo glasa dioničara u njegovo ime isključivo na temelju punomoći. Prema čl. 292., st. 6. ZTD-a kreditna / financijska institucija (skrbnik) smije ostvarivati pravo glasa na temelju dionica **koje glase na ime i koje joj ne pripadaju, ali su u registru dionica upisane na njezino ime, samo na temelju ovlasti koju za to dobije.** Ovlast se osim iz ugovora o skrbništvu može crpiti i iz nekog drugog pravnog posla ili odnosa, temeljem kojeg se ovlaštenik iskazuje kao dioničar iako nije stvarni dioničar.¹³³

Iako ZTD u čl. 292., st. 6. navodi da se na ovlast analogno primjenjuju odredbe o punomoći, za razumijevanje razlike u položaju tih dvaju vrsta financijskih/kreditnih institucija ključan je stavak 7. članka 292. ZTD-a prema kojem; ako financijska/kreditna institucija postupi protivno nekoj odredbi članka 292. to **ne utječe na valjanost danog glasa, osim** ako je riječ o glasu kojeg je dala kreditna / financijska institucija (skrbnik) koja u registru dionica **nije upisana kao dioničar, a nije imala punomoć za glasovanje na glavnoj skupštini.**

To znači da je za ove dvije različite kategorije financijskih / kreditnih institucija koje umjesto stvarnih dioničara ostvaruju pravo glasa ključno to jesu li dionice u njihovo ime upisane u registar dionica. Ako jesu, to što su ostvarivali pravo glasa protivno nekoj odredbi čl. 292. ZTD-a (čak i ako su glasovali bez ili izvan okvira ovlasti) ne utječe na valjanost danog glasa, što naravno ne znači da taj ovlaštenik ne može stvarnom dioničaru odgovarati za štetu koju mu je nanio ponašanjem koje nije u skladu s čl. 292. ZTD-a.

Direktiva dalje predviđa da je ovim dioničarima (tj. skrbnicima) koji glasuju za svoje klijente dopušteno glasovati različito za različite dionice s pravom glasa.¹³⁴ Naime, skrbnici mogu imati više različitih klijenata, stoga je logično da mogu glasovati u interesu tih klijenata koji mogu biti različiti. Stoga, kada se mjerodavnim nacionalnim pravom ograničava broj osoba koje dioničar može imenovati svojim

¹³³ Može se raditi o tomu da je dioničar na dionicama zasnovao fiducijarno osiguranje tražbine, ili ih je dao u plodouživanje ili u takvu vrstu pohrane prema kojoj ovlaštenik može pravo glasa ostvarivati samostalno, po vlastitoj ocjeni, ili ako osoba drži dionice u svojstvu komisionara.

¹³⁴ Čl. 13. st. 4. Direktive.

punomoćnicima,¹³⁵ to se ograničenje ne odnosi na skrbnike koji su upisani kao dioničari (iako im dionice u stvarnosti ne pripadaju), pa oni mogu izdati punomoć svakom svom klijentu, pa čak i bilo kojoj trećoj osobi koju klijent odredi.¹³⁶

ZTD ni u kojem propisu ne predviđa da skrbnik, koji je upisan kao dioničar, kao preduvjet za ostvarivanje prava glasa mora obaviti bilo kakvu objavu, pa tako niti ne mora predati popis kojim društvu otkriva identitet svojih klijenata i broj dionica temeljem kojih glasuje u njihovo ime. Prema ZTK-u, koji se primjenjuje samo na uvrštena društva, kao što je već rečeno on treba društvo i HANFU obavijestiti o držanju dionica¹³⁷ samo ako uslijed držanja dionica s pravom glasa (tj. u svoje ime) prelazi zakonom određene pragove postotnih udjela 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% i 75%, kao i u slučaju ako iste postotne udjele u pravu glasa izgubi uslijed otuđenja dionica ili gubitka položaja ovlaštenika. Međutim, nije dužan razotkriti identitet klijenata za koje on te dionice drži, već samo okolnost da ima ili je izgubio kvalificirani udio u glasačkim pravima.

3.10. Rezultati glasovanja

3.10.1. Utvrđenje rezultata glasovanja – elementi odluke

Direktivom je propisano da dionička društva čije su dionice uvrštene na uređeno tržište kod donošenja svake svoje odluke moraju utvrditi: broj dionica temeljem kojih su dani važeći glasovi, udio u temeljnom kapitalu koji predstavljaju te dionice, ukupan broj važećih glasova, broj glasova za svaku odluku, broj glasova protiv svake odluke, a po potrebi i broj suzdržanih glasova kod svake odluke.¹³⁸ Ipak, države članice mogu svojim propisima predvidjeti ili omogućiti društvima da sama predvide da je, ako niti jedan dioničar ne zahtijeva potpuno izvješće o glasovanju, dostatno utvrditi rezultate glasovanja samo u mjeri koja je potrebna da se zajamči kako je za svaku odluku postignuta tražena većina.¹³⁹

U skladu s Direktivom, u ZTD-u je posljednjim izmjenama i dopunama u članak 286. st. 2. unesena rečenica prema kojoj kod društava čije su dionice uvrštene na uređeno tržište utvrđenje¹⁴⁰ o donesenim odlukama za svaku odluku mora

¹³⁵ O tome je bilo govora pri objašnjavanju članka 10. st. 2. Direktive, vidi supra, str. 21. i 22.

¹³⁶ Čl. 13. st. 5. Direktive.

¹³⁷ Nakon što fizičke i pravne osobe ispune svoju obvezu obavještanja izdavatelja o dionicama / glasačkim pravima, nastaje **obveza izdavatelja da objavi promjene u glasačkim pravima**. Tako čl. 428. ZTK-a propisuje da je izdavatelj dionica, koji zaprimi obavijest o promjenama u postotku glasačkih prava, obavezan te podatke **objaviti javnosti bez odgode**, a najkasnije u roku od **tri trgovinska dana od dana zaprimanja**. Dođe li kod izdavatelja do promjene broja dionica s pravom glasa na koje je podijeljen temeljni kapital izdavatelja ili promjene broja glasačkih prava iz tih dionica, prema čl. 429. ZTK-a dioničko društvo je obvezno na kraju svakog mjeseca u kojem je došlo do promjene objaviti javnosti informaciju o nastalim promjenama i novom ukupnom broju dionica s pravom glasa.

¹³⁸ Čl. 14. st. 1. podstavak 1. Direktive.

¹³⁹ Čl. 14. st. 1. podstavak 2. Direktive.

¹⁴⁰ Svaka odluka dioničkog društva mora se unijeti u zapisnik kojeg sastavlja javni bilježnik, a

obuhvatiti ista utvrđenja koja se zahtijevaju prema Direktivi. Hrvatski zakonodavac nije iskoristio mogućnost koju predviđa čl. 14., st. 1. podstavak 2. Direktive. Naime, ZTD ne predviđa, niti daje mogućnost društvima da sama predvide kako je u slučaju da niti jedan dioničar ne zahtijeva potpuno izvješće o glasovanju, dostatno utvrditi rezultate glasovanja samo u mjeri koja je potrebna da se zajamči da je za svaku odluku postignuta tražena većina.

3.10.2. Objavljivanje rezultata glasovanja na internetskoj stranici društva

Direktiva u čl. 14. st. 2. predviđa da u razdoblju koje određuje mjerodavan nacionalni zakon, a koje ne može biti dulje od 15 dana od održavanja glavne skupštine, dioničko društvo na svojoj internetskoj stranici mora objaviti rezultate glasovanja utvrđene u skladu sa stavkom 1. Prema ZTD-u, razdoblje u kojem društva čije su dionice uvrštene na uređeno tržište moraju na internetskoj stranici objaviti rezultate glasovanja (i to u skladu s gore navedenim čl. 286., st. 2.), iznosi 7 dana od dana održavanja glavne skupštine.¹⁴¹

3.10.3. Utjecaj odredbi o rezultatima glasovanja

U čl. 14., st. 3. Direktive posebno je naglašeno kako sve odredbe o rezultatima glasovanja koje su sadržane u Direktivi, a s kojima se moraju usuglasiti i nacionalna zakonodavstva, ne smiju dovesti u pitanje ni jednu odredbu nacionalnoga prava koja se odnosi na formalne uvjete koji se moraju ispuniti da bi odluka bila valjana ili na mogućnost naknadnog osporavanja rezultata glasovanja.

4. IZMJENE ODREDBI ZTD-a O RAZLOZIMA ZA POBIJANJE ODLUKA DONESENIH NA GLAVNOJ SKUPŠTINI

Posljednje izmjene ZTD-a, do kojih je prvenstveno došlo radi usklađivanja s Direktivom 2007/36/EC, prouzrokovale su potrebu za izmjenom odredbi o razlozima pobijanja odluka donesenih na glavnoj skupštini.

Uvođenjem mogućnosti da dioničari ostvaruju sva ili neka prava na glavnoj skupštini elektroničkim putem, pojavilo se pitanje kakve su posljedice prekida elektroničke veze za vrijeme ostvarivanja tih prava. Budući da dioničar sam odlučuje hoće li svoje pravo/prava ostvariti elektroničkim putem, sam snosi i rizik prekida elektroničke veze, što u biti znači rizik prijenosa očitovanja volje društvu. Ovo pitanje riješeno je izmjenom članka 360. st. 3. ZTD-a. Prema njemu je u točki 1. predviđeno da prekid veze u pravilu ne utječe na valjanost donesenih odluka jer se odluka glavne skupštine ne može pobijati iz razloga što je zbog tehničke

u zapisniku se navode: mjesto i vrijeme održavanja glavne skupštine, ime i prezime javnog bilježnika te način i rezultati glasovanja i utvrđenje predsjednika o donesenim odlukama. Čl. 286. st. 1. i st. 2. ZTD-a.

141 Čl. 286. st. 6. ZTD-a.

smetnje povrijeđeno pravo na korištenje elektroničke veze prilikom glasovanja ili prilikom prijenosa društvu dokaza o tome da je dana punomoć kojom se ovlašćuje punomoćnika da zastupa dioničara, osim ako se u vezi s tim prekidom veze društvu može predbaciti gruba nepažnja ili namjera, s time da se u statutu može previdjeti i strože mjerilo krivnje. Prije posljednjih izmjena i dopuna ZTD nije predviđao mogućnost ostvarivanja prava na skupštini elektroničkim putem, pa u skladu s time nije kao razlog za pobijanje odluka donesenih na glavnoj skupštini predviđao niti prekid elektroničke veze radi grube nepažnje ili namjere društva.¹⁴²

Nadalje, ZTD člankom 360. stavkom 3. točkom 2. propisuje da se odluka glavne skupštine ne može pobijati niti iz sljedećih razloga. Prvo, što su povrijeđene odredbe ZTD-a o objavljivanju poziva na glavnu skupštinu u glasilu društva ili o slanju poziva preporučenim pismom, iz razloga što su u tom slučaju odluke glavne skupštine ništavne, a ne pobojne. Drugo, što dioničko društvo čije su dionice uvrštene na uređeno tržište nije odmah nakon sazivanja glavne skupštine poduzelo sve da se na njegovim internetskim stranicama učini dostupnim sve ono što je propisano člankom 280. ZTD-a. To iz razloga jer je urednim objavljivanjem poziva za glavnu skupštinu i objavljivanjem prijedloga odluka već učinjeno dovoljno da se obavijeste dioničari. Dostupnost obavijesti na internetskim stranicama samo je dodatni način obavještavanja pa propust nema toliku važnost da bi mogao biti razlog za pobijanje donesene odluke. Treće, ako se povrijede obveze obavještavanja dioničara od strane financijskih / kreditnih institucija (skrbnika). To iz razloga što ovdje nije riječ o propustima društva, čija se glavna skupština održava, nego o pogriješkama punomoćnika prema dioničaru. Budući da znamo da dioničar sam bira punomoćnika (to vrijedi i za skrbnike) pogriješka u njihovom radu ne može biti razlog za pobijanje odluka donesenom na glavnoj skupštini.

Na kraju, prema čl. 362. točki 2. ZTD-a *osim dioničara koji je sudjelovao u radu glavne skupštine, stekao dionice prije objave dnevnog reda i svoje protivljenje odluci unio u zapisnik, odluku glavne skupštine može pobijati i dioničar koji nije sudjelovao u radu glavne skupštine ili jer mu zbog pogriješke nije bilo dopušteno da sudjeluje ili jer glavna skupština nije bila uredno sazvana ili jer dopuna dnevnog reda nije bila valjano objavljena, pod uvjetom da je stekao dionice prije nego što je objavljen dnevni red glavne skupštine.*

ZTD je prije posljednjih izmjena sadržavao gotovo istu odredbu, samo što je kao razlog kojim se opravdava nesudjelovanje dioničara predviđao *neobjavljivanje dnevnog reda* na valjan način, dok kao što vidimo nova odredba predviđa *neobjavljivanje dopune dnevnog reda* na valjan način. Naime, prema posljednjim izmjenama ZTD-a dnevni red je sastavni dio odluke o sazivanju glavne skupštine, pa se mora objaviti zajedno s objavom te odluke, u suprotnom je svaka odluka donesena na glavnoj skupštini ništava. Prema tomu, neobjavljivanje dnevnog reda od posljednjih izmjena je razlog za ništavost, pa se iz tog razloga ne može pobijati odluka. Znamo da za proglašenje ništavosti ne treba posebna legitimacija, jer to

142 Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 23., str. 36. i 37.

može zahtijevati bilo koja osoba. Međutim, kada je riječ o dopuni dnevnoga reda, ona se po prirodi stvari ne može objaviti zajedno s objavom odluke o sazivanju glavne skupštine pa dopuna dnevnog reda niti ne predstavlja sastavni dio odluke o sazivanju glavne skupštine. Iz tog razloga, neobjavljivanje dopune dnevnog reda na valjan način nije razlog za ništavost odluka donesenih na skupštini, ali može biti razlog za nesudjelovanje dioničara na glavnoj skupštini, što mu daje legitimaciju za pobijanje odluka donesenih na toj skupštini.

Treba uočiti da novelirani ZTD i kada je riječ o dioničarima koji su sudjelovali na skupštini i o dioničarima koji nisu sudjelovali na skupštini iz nekog od navedenih razloga koji opravdava njihov izostanak, predviđa da mogu pobijati odluke donesene na dotičnoj glavnoj skupštini samo ako su imali svojstvo dioničara društva prije objave dnevnog reda. To se odnosi na dnevni red koji predstavlja sastavni dio odluke o sazivanju glavne skupštine i objavljuje se skupa s njom, a ne na objavu dopune dnevnog reda. Time se želi spriječiti da nakon objave dnevnog reda netko stekne dionice s ciljem da pobijanjem odluke spriječi njeno provođenje. U starom ZTD-u nije bilo predviđeno da i dioničari koji nisu sudjelovali na skupštini iz nekog od opravdanih razloga također moraju biti imatelji dionica prije objave dnevnog reda. To je vjerojatno bilo slučajno izostavljeno, ali je pogreška ispravljena posljednjim izmjenama i dopunama ZTD-a.¹⁴³

5. ZAKLJUČAK

Implementacija Direktive rezultirala je manjim tekstualnim intervencijama u ZTD, koje su se mjestimično iskazale i kao ključne.

Dok je primjerice stari ZTD, od elektroničkih sredstava komunikacije u radu ili pripremi skupštine društva prihvaćao jedino prijenos rada skupštine zvukom i slikom, novi ZTD daje kondicije za šire korištenje informatičke tehnologije, a da pri tom ne sili društva da to primjenjuju. Uvođenje elektroničkog glasovanja svakako bi predstavljalo značajnu uštedu vremena i troškova za dioničare koji inače kane nazočiti skupštini da bi glasovali. U EU već postoje društva koja su to uvela u praksu.¹⁴⁴ No odabir elektroničkog glasovanja je dispozicija društva, koje o toj novini može odlučiti na samoj skupštini društva, ali može i ovlastiti upravu da ona donese o tomu potrebne odluke. Mogućnost delegacije rješavanja ovih pitanja na upravu smatramo učinkovitim rješenjem, jer se mijenja samo tehnička komponenta ostvarenja prava, a ne i njegov sadržaj (za što bi smatramo bila potrebna odluka skupštine).

S druge strane, kako se dioničare ne može prisiliti da elektroničkim putem ostvaruju svoja prava na skupštini društva, stvar je njihove procjene hoće li birati

¹⁴³ *Ibid.*, str. 37. i 38.

¹⁴⁴ Vidi španjolski sektor energetike (Endesa): Rules on long-distance voting and granting of proxy, http://www.endesa.es/NR/rdonlyres/e5cwnkfluprn5gaxufktmcoog4go7lcmxca2qdy22vcidq74xlnaetj5nqun53tyqhk6omwsun7k4qooexublvxigic/jg09_rules_and_voting_proceedings_and_long.pdf.

jeftiniji način ostvarenja prava (kakav može biti elektronički naspram fizičkoj nazočnosti) i izložiti se ujedno preuzimanju rizika da njihovo očitovanje volje ne dođe do društva ili će se odlučiti za klasično sudjelovanje na skupštini društva. Imajući u vidu rizike koji su imanentni elektroničkoj komunikaciji, zakonodavac je brižljivo redigirao i novi razlog za pobijanje odluka skupštine društva, a to je rizik prekida elektroničke veze uslijed kojega očitovanje dioničareve volje nije prispjelo društvu. Taj rizik snosi sam dioničar, a okolnost prekida veze u pravilu ne utječe na valjanost donesenih odluka. Naime, odluka glavne skupštine ne može se pobijati iz razloga što je zbog tehničke smetnje povrijeđeno pravo na korištenje elektroničke veze prilikom glasovanja ili prilikom slanja dokaza o danoj punomoći elektroničkim putem. Jedino gruba nepažnja (ili namjera) društva može biti razlogom da prekid veze utječe na valjanost donijetih odluka. K tomu, u statutu se može predvidjeti i strože mjerilo krivnje.

Ostala prava dioničara doživjela su manje izmjene. ZTD, primjerice kada je u pitanju rok za sazivanje skupštine, ostavlja dioničarima više vremena za pripremu za dolazak na skupštinu jer od objave poziva mora proći mjesec dana, za razliku od Direktive koja rok za objavu poziva pozicionira najkasnije 21. dan prije njezina održavanja. No, kako je rok za objavu poziva mandatoran, a identičan je roku kojeg ZTD propisuje za podnošenje prijedloga za uvrštenje nove točke dnevnog reda za dioničare uvrštenih društava, on će u nekim slučajevima biti realno neprovediv (ako se uvršteno društvo drži minimalnoga zakonskog roka za objavu poziva na skupštinu). Praksa uvrštenih društava pokazala je da do objave poziva na skupštinu uvrštenog društva primjerice u SRPI-ju dolazi i prije minimalnog zakonskog roka (u pravilu oko 40 dana prije održavanja same skupštine), što ostavlja dioničarima dostatno vremena da se pripreme za eventualne nove točke. No bilo je i primjera gdje je do objave poziva na skupštinu uvrštenog društva u SRPI-ju došlo tek 21. dan prije održavanja skupštine.

Kako ZTD obvezuje (čl. 277. st. 8.) dionička društva čije su dionice uvrštene na uređeno tržište, (a nije riječ o društvima koja su izdala samo dionice koje glase na ime i nisu poziv na glavnu skupštinu dioničarima poslala neposredno preporučenim pismom), da taj poziv dostave određenim medijima, *de lege ferenda* bilo bi korisno kao jedan od tih medija spomenuti i SRPI – jer se u njemu i inače objavljuju informacije o pozivu na skupštinu, ali temeljem drugoga zakona. Ta obveza za uvrštena društva proizlazi iz čl. 441., st. 1. ZTK-a. Prema njemu izdavatelj je obvezan propisane informacije, istodobno kada ih dostavlja medijima, dostaviti u cijelom njihovom propisanom sadržaju Agenciji i u službeni registar propisanih informacija. S obzirom na to da većina zemalja članica EU-a ima korespondentne registre za uvrštena društva, pretraživanje u njima objavljenih informacija za pojedino društvo, može biti dragocjen izvor informacija za dioničare i ostale ulagatelje.

Bitnijom izmjenom ocjenjujemo redakciju čl. 292. ZTD-a u kojem su na više mjesta uređena pojedina pitanja koja se tiču sukoba interesa. No kako je riječ o jednom od najvećih članaka u ZTD-u, u kojem su uređene osnove postupanja kreditnih / financijskih institucija kada one za dioničare ostvaruju pravo glasa, bilo

bi korisno da se pitanja koja se tiču sukoba interesa usustave u zasebnom zakonskom članku. Također, s obzirom na to da Direktiva nudi primjeričnu listu situacija u kojima se može posebno očekivati da će doći do sukoba interesa između dioničara i punomoćnika, bilo bi korisno da se ta lista usvoji i u ZTD-u. Još jedan razlog zbog kojeg bi pitanje sukoba interesa trebalo regulirati u odvojenom članku je pojava u praksi nekih novih interesno-konfliktnih situacija koje će *pro futuro* biti potrebno regulirati, odnosno prevenirati.

Ako je namjera zakonodavca probuditi aktivnost dioničara, potaknuti ih da daju upute za glasovanje, informatička tehnologija tu zaista može biti od velike pomoći, jer ona nudi mogućnost brze i kvalitetne komunikacije prije održavanja skupštine između kreditne institucije i dioničara i evidentno je u tom smislu podupiruća. U nedostatku izričitih uputa dioničara kreditno / financijska institucija treba postupati na način na koji je to propisano ZTD-om, koji uzima u obzir da ista može odstupiti od vlastitih prijedloga i od dioničarevih uputa, a da pritom ne bude dovedena u pitanje valjanost danoga glasa. Iako u pojedinim situacijama kreditna institucija mora imati potrebnu elastičnost u postupanju, jer je dužna trajno brinuti o dioničarevim interesima, smatramo da bi *de lege ferenda* trebalo izdvojiti situacije u kojima ona to ne bi mogla. Opravdano je da financijska institucija odstupi od uputa dobivenih od dioničara, ali samo ako njegove upute nisu bile imperativne naravi. Nadalje, ako je prilikom glasovanja postojao sukob interesa između financijske institucije (punomoćnika) i dioničara tada glas financijske institucije dan protivno uputi za glasovanje dobivenoj od dioničara ne bi smio konvalidirati, upravo zbog toga jer je u njegovoj podlozi sukob interesa.

Zbog toga smatramo korisnim i potrebnim da se primjeričnom listom, poput one iz Direktive opišu tipične situacije sukoba interesa i da se u tim situacijama, glasuje li punomoćnik protivno uputama, izmijeni zakonska presumpcija prema kojoj je glas u tom slučaju valjan.¹⁴⁵

145 Direktiva se evidentno zalaže za zaštitu dioničara naspram njihovih punomoćnika. Vidi preambulu direktive (par. 10). Cit. „*The proxy holder should therefore be bound to observe any instructions he may have received from the shareholder and Member States should be able to introduce appropriate measures ensuring that the proxy holder does not pursue any interest other than that of the shareholder, irrespective of the reason that has given rise to the conflict of interests.*“

Summary

SHAREHOLDERS' PARTICIPATION IN THE WORK OF THE COMPANY'S GENERAL MEETING ACCORDING TO THE COMPANIES ACT AMENDMENTS

By the most recent Companies Act amendments, that is by the Act on Amendments and Supplements to the 2009 Companies Act, which entered into force and started to be applied in practice on 1st of May, 2010., the provisions of the 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 from 11th of July, 2007, have been implemented within our legal system. Although the field of Directive implementation obliges member states to implement provisions only in respect to listed companies, this Directive is implemented in our law in a way that rules set by its provisions are also binding for companies whose shares are not admitted to trading on a regulated market, while there are same special rules imposed for listed companies. The article analyses the new legal solutions prescribed by the Companies Act regarding the aforesaid rights of shareholders in preparations for and during the meeting in relation to solutions contained within the Directive.

Key words: shareholders' rights, participation in general meeting of the company, proxy voting, voting by electronic means.

Zusammenfassung

TEILNAHME DER GESELLSCHAFTER AN DER HAUPTVERSAMMLUNG NACH DER NOVELLE DES HANDEL SGESELLSCHAFTENGESETZES

Mit der letzten Novelle des Handelsgesellschaftengesetzes, bzw. der Erbringung des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Handelsgesellschaftengesetzes aus 2009, das am 1. Mai 2009 in Kraft getreten ist, wurden in die kroatische Gesetzgebung Bestimmungen der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates Nr. 2007/36/EG über die Inanspruchnahme gewisser Gesellschafterrechte in Aktiengesellschaften, die seit dem 11. Juli 2007 für den Handel in den Markt börsennotiert sind. Obwohl der Anwendungsbereich dieser Richtlinie die Mitgliedstaaten nur in Bezug auf die Umsetzung von Bestimmungen zur börsennotierten Aktiengesellschaften verpflichtet, wurde diese Richtlinie in die kroatische Gesetzgebung so umgesetzt, dass sie auch auf Gesellschaften, deren Aktien nicht börsennotiert sind, anzuwenden ist. Darüber hinaus, wurden für börsennotierte Gesellschaften gelegentlich Sonderregelungen beibehalten. Die vorliegende Arbeit analysiert neue Lösungen des Handelsgesellschaftengesetzes

betreffend der angegebenen Gesellschafterrechte, sowohl in der Vorbereitung der Hauptversammlung, als auch bei der Hauptversammlung selbst und bringt diese in Zusammenhang mit den Lösungen aus der Richtlinie.

Schlüsselwörter: *Gesellschafterrechte, Teilnahme der Gesellschafter an der Hauptversammlung, Stimmrechtsvollmacht, elektronische Stimmabgabe.*

RIASSUNTO

PARTECIPAZIONE DEGLI AZIONISTI AI LAVORI DELL'ASSEMBLEA GENERALE DELLA SOCIETA' PER AZIONI A SEGUITO DELLA NOVELLA DELLA LEGGE SULLE SOCIETA' COMMERCIALI

A seguito dell'ultima novella della legge sulle società commerciali, e cioè con l'emanazione della legge di modifica ed integrazione della legge sulle società commerciali del 2009, che è entrata in vigore in data 1. maggio 2010, hanno trovato attuazione nella nostra legislazione le disposizioni della direttiva 2007/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 riguardante la realizzazione di determinati diritti degli azionisti di società quotate. Sebbene il campo di applicazione della direttiva obblighi gli Stati membri ad attuarne le disposizioni solo nel caso si tratti di società quotate, nel nostro diritto tale direttiva è stata recepita in maniera da venire applicata anche alle società le cui azioni non sono quotate, mentre per le società quotate in parte sono riservate soluzioni particolari. Nel lavoro si esaminano le nuove soluzioni della legge sulle società commerciali con riferimento ai menzionati diritti degli azionisti in previsione dell'assemblea e durante l'assemblea, come pure si mettono a confronto con le soluzioni della direttiva.

Parole chiave: *diritti degli azionisti, partecipazione all'assemblea della società per azioni, votazione tramite rappresentante, votazione elettronica.*

MATERIJALNOPRAVNO I KOLIZIJSKOPRAVNO UREĐENJE INTELEKTUALNOG VLASNIŠTVA NASTALOG U RADNOM ODNOSU*

Dr. sc. Romana Matanovac Vučković, viši asistent
Pravni fakultet u Sveučilišta u Zagrebu
Dr. sc. Ivana Kunda, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.77::331.104
Ur.: 17. veljače 2011.
Pr.: 1. ožujka 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Autorice polaze od teze da pravno uređenje položaja radnika naspram poslodavca u slučajevima kada je radnik stvaratelj određene intelektualne tvorevine po samoj svojoj prirodi potpada pod područja najmanje dvaju grana prava. Ta dvojakost jasno se odražava u sukobu interesa stranaka ovih odnosa. Naime, osjetljiva ravnoteža interesa u odnosu radnik-poslodavac dodatno je opterećena time što je radnik istodobno i autor, odnosno izumitelj. Složenost ove problematike dodatno podcrtava i okolnost što su određeni aspekti prava intelektualnog vlasništva – moralna prava – toliko naglašeni da ih radnopravni interesi ne mogu prevladati. Vodeći računa o sve snažnijim migracijama radnika, ali i kapitala, autorice, pored materijalnopravnog pristupa temi, ne zaobilaze ni onaj kolizijskopravni. U okviru potonjega, akcesornost poveznice koja se oslanja na radnopravni statut široko je prihvaćeno načelo. No, i u okviru sukoba zakona također se osjeća navedena dvojakost problematike, i to poglavito glede pitanja mjerodavnog prava za određivanje izvornog nositelja prava intelektualnog vlasništva. Naime, osjeća se snažno djelovanje onih interesa koji zagovaraju depačage u odnosu na ostala pitanja, neovisno o tome jesu li skloniji načelu teritorijalnosti ili univerzalnosti. Usporednopravna raščlamba, koja se ograničava na nekoliko europskih pravnih sustava, prvenstveno u ovom radu služi propitivanju kakvoće hrvatskih rješenja i u tom smislu autorice iznose određene zaključke de lege ferenda, kako u odnosu na materijalnopravna rješenja, tako i ona kolizijskopravna.

Ključne riječi: intelektualno vlasništvo, autorsko pravo, patent, izum, radni odnos, međunarodno privatno pravo.

* Suautorica Ivana Kunda zahvaljuje se uredu za obrazovanje i kulturu Vlade Sjedinjenih Američkih Država, koji joj je kroz Fulbright program postdoktorske razmjene gostujućih znanstvenika u ak. god. 2010./2011. omogućio studijski boravak na Sveučilištu Columbia u New Yorku gdje je ovaj rad djelomično nastao.

1. UVOD

Uređenje pravnog statusa intelektualnih tvorevina stvorenih u radnom odnosu otvara niz dvojbi koje pojedini zakonodavci rješavaju na različite načine. Složenost ove problematike odražava se i u činjenici da do danas nije na međunarodnome planu, kao ni u Europskoj uniji jednoobrazno uređen ili ujednačen pravni status takvih intelektualnih tvorevina. Iako bi se moglo tvrditi da različito pravno uređenje ove problematike u državama članicama Europske unije nije negativno utjecalo na ispravno funkcioniranje unutarnjeg europskog tržišta pa da je to razlogom što se do sada nije uskladila ta materija, takve tvrdnje još prije dva desetljeća u pitanje je dovela pravna književnost.¹ Budući da nema ni ujednačenih niti usklađenih europskih materijalnih pravila o uređenju pravnog položaja intelektualnih tvorevina stvorenih u izvršavanju ugovora o radu, predstojeća očekivana integracija Republike Hrvatske u Europsku uniju i s time povezana snažnija razmjena radne snage na unutarnjem tržištu kao posljedice djelovanja slobode kretanja osoba (uključujući i radnika) i slobode kretanja kapitala, svakako će aktualnim za Hrvatsku učiniti pitanje usporednopravnog i kolizijskopravnog pravnog uređenja te problematike.²

Za obradbu pravnog statusa svih vrsta intelektualnih tvorevina koje mogu nastati u izvršavanju obveza iz radnog odnosa nema dostatnog prostora u okvirima jednog rada. Stoga je pozornost u ovom radu posvećena izumima koji su prikladni za zaštitu patentom te djelima koja uživaju autorskopravnu zaštitu. Te dvije vrste intelektualnih tvorevina, koje uživaju pravnu zaštitu s djelovanjem *erga omnes*, izdvojene su iz više razloga. One se, naime, tradicionalno nalaze na suprotnim stranama glede zakonskih rješenja u ovom području, imaju izuzetnu praktičnu važnost i vrijednost, a i najzastupljenije su u pravnim propisima te pripadajućoj sudskoj praksi i pravnoj književnosti. U nedostatku harmoniziranih pravila na razini Europske unije, uspoređuju se primjeri država predvodnica pojedinih karakterističnih pravnih krugova unutar Europske unije s hrvatskim pravom. U tom smislu odabrano je njemačko pravo koje predstavlja primjer uređenja germanske podskupine kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, potom francusko pravo kao primjer romanske podskupine istog te pravo Ujedinjenog Kraljevstva kao primjer države pripadnice anglosaksonskoga pravnog kruga. Također se analiziraju i

1 Europska komisija već je 1979. godine imenovala radnu skupinu za izradu pravila kojima bi se ujednačilo uređenje pravnog statusa izumitelja radnika. Ona je bez uspjeha okončala svoje djelovanje. Vidjeti STRAUS, Josef, „Arbeitnehmer Erfinderrecht: Grundlagen und Möglichkeiten der Rechtsangleichung“, *GRUR Int*, vol. 39, br. 5, 1990., str. 353.-366., posebno str. 355.

2 Razvijaju se i brojne nove dimenzije ovih pitanja, pa tako razmjere pravnih problema koji nastaju u slučaju radnika-autora ili radnika-izumitelja na privremenom radu u drugoj državi članici Europske unije i višestrukog radnopravnog odnosa s poslodavcima u različitim državama članicama Europske unije vidjeti BARTENBACH, Kurt/VOLZ, Franz-Eugen/GOETZMANN, Markus J., „Effects of the German Law on Employees' Inventions when Posting Employees Within the European Union“, u: PRINZ ZU WALDECK UND PYRMONT, Wolrad *et al.* (ur.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World: Liber Amicorum Joseph Strauss*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2009., vol. 6, br. 5, str. 307.-327.

zakonodavna rješenja u Hrvatskoj, koja pripada srednjoeuropskoj podskupini država kontinentalnoeuropskog pravnog kruga.³

Kada je riječ o industriji, u hrvatskoj sudskoj praksi učestalo se javljaju sporovi vezani uz tehnička unaprjeđenja stvorena u izvršavanju obveza iz radnog odnosa, tj. iz ugovora o radu. No, obradba pravnog statusa te vrste intelektualnih tvorevina ostavljena je za neku drugu priliku. Između ostalog, zato što je riječ o tvorevinama u odnosu na koje prema hrvatskim propisima ne postoji jasno zakonsko uređenje u smislu pravne zaštite koja bi djelovala *erga omnes*.⁴ Također, u propisima drugih ovdje obrađenih, (ali i većine ostalih) država – s izuzetkom Njemačke, koja u okviru propisa kojim se uređuje zaštita izuma stvorenih u radnom odnosu,⁵ uređuje i pitanje pripadanja tehničkih unaprjeđenja (njem. *Technische Verbesserungsvorschläge*) – ne propisuje se pravna zaštita takvih vrsta intelektualnih tvorevina.⁶

2. IZUMI RADNIKA

Istraživanje i razvoj i u privatnom i u javnom sektoru, pretpostavljaju značajna ulaganja te je rijetko izum stvoren u radnom odnosu, tj. u izvršavanju obveza iz ugovora o radu posljedica slučaja. Puno prije, stvaranje takvog izuma posljedica je sustavnog i planiranog djelovanja poslodavca koji svoju djelatnost usmjerava prema inovacijama, izumiteljskom stvaralaštvu i novim tehnologijama. Takav poslodavac često i zapošljava stručnjake koji kao zaposlenici imaju radnu zadaću održavati i unaprjeđivati tehnološke resurse poslodavca, pa i istraživati s ciljem osmišljavanja inovativnih rješenja određenih tehničkih problema. Najčešće nije riječ o ugovorima o radu u kojima se radnik obvezuje na stvaranje izuma u određenom području industrije, već o ugovorima o radu u kojima se radnik obvezuje na izvršavanje raznovrsnih stručnih zadaća čija posljedica može biti i stvaranje izuma prikladnih za zaštitu patentom. U tom slučaju, kada je poslodavac izvršio određena ulaganja u sredstva i uvjete rada te kada radnik prima mjesečnu plaću za svoj rad, postavlja

3 Vidjeti više GAVELLA, Nikola *et al.*, *Teorijske osnove građanskog prava, Građansko pravo i pripadnost hrvatskog pravnog poretka kontinentalnoeuropskom pravnom krugu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005.

4 Spominjanje tehničkih unaprjeđenja u sadašnjem Zakonu o radu NN 149/09 i njegovom prethodniku vrlo je vjerojatno rezultat povijesnog razvoja pravnih pravila o zaštiti intelektualnih tvorevina stvorenih u organizacijama udruženog rada još prema propisima iz razdoblja socijalističkog društveno pravnog uređenja.

5 Vidjeti *infra* bilj. 9.

6 BESAROVIĆ, Vesna, *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 61. Isto i Verona koji ističe da zakonsko uređenje pravne zaštite tehničkih unaprjeđenja potječe iz sovjetskog prava te je poslije Drugog svjetskog rata preuzeto u prava drugih socijalističkih zemalja. Od zapadnih zemalja on ističe samo tadašnju SR Njemačku kao primjer države u kojoj je zakonom uređena pravna zaštita tehničkih unaprjeđenja. VERONA, Albert, *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 139.-142. Pravna zaštita tehničkih rješenja uređena je i npr. u susjednoj Srbiji o čemu vidjeti MARKOVIĆ, Slobodan, *Patentno pravo*, Nomos, Beograd, 1997., str. 350.-352.

se pitanje kakav pravni status trebaju uživati izumi stvoreni u izvršavanju obveza iz radnog odnosa, tj. iz ugovora o radu. U doktrini se pojašnjava da se ovdje sukobljavaju dva pravna načela: radnopravno načelo prema kojemu svi rezultati rada radnika za koje on prima plaću pripadaju poslodavcu, te načelo prava intelektualnog vlasništva prema kojem intelektualna tvorevina pripada njezinom stvaratelju.⁷ U sukobu ova dva načela rješenje može biti samo određeni kompromis pri čemu zakonodavci imaju široki spektar mogućnosti između dviju krajnosti. Istodobno, uz pitanje pripadanja izuma stvorenih u radnom odnosu, a kao posljedica prevage radnopravnog načela u određenim slučajevima, postavlja se i pitanje izumiteljske naknade za prava koja na takvim izumima stječe poslodavac.⁸

2.1. Njemačka

Posebnost njemačkoga prava ogleđa se u tomu što je pravni status izuma stvorenih u radnom odnosu uređen u posebnom formalnopravnom izvoru – Zakonu o izumima stvorenima u radnom odnosu (*Gesetz über Arbeitnehmererfindungen*, dalje: *ArbnErfG*).⁹ On se u odnosu na Zakon o patentu (*Patentgesetz*, dalje: *PatG*)¹⁰ primjenjuje kao *lex specialis*. *ArbnErfG* dijeli izume na one koji su stvoreni u radnom odnosu ili (državnoj, javnoj ili vojnoj) službi (njem. *gebundene Erfindungen*) te slobodne izume (njem. *freie Erfindungen*). Prvi su stvoreni za vrijeme trajanja radnog odnosa ili službe (njem. *Diensterfindungen*), i to ili u izvršavanju zadataka iz ugovora o radu ili službi, ili na temelju iskustva i djelovanja poslodavca. Svi ostali izumi pripadaju skupini slobodnih izuma.¹¹

Za izume koji se smatraju izumima stvorenima u radnom odnosu posebno je u čl. 5. *ArbnErfG* propisan postupak obavješćivanja poslodavca od radnika-izumitelja

7 Sažetak doktrinarnih rasprava vidjeti npr. MARKOVIĆ, *op. cit.*, str. 346.-348.

8 Pravno-političko opravdanje posebne naknade, povrh plaće, na koju u pravilu imaju pravo zaposlenici koji su u izvršavanju obveza iz ugovora o radu stvorili komercijalno isplativ izum rješava se primjenom dvaju načela: „načelom izvanrednog radnog doprinosa“ i „načelom protuvrijednosti za pravo iskorištavanja izuma“. Vidjeti više npr. MARKOVIĆ, *op. cit.*, str. 346.-348. i tamo navedene izvore.

9 Zakon potječe od 25. srpnja 1957., BGBl. I S. 756, a službeno se citira kao: BGBl. III S. 422-1, zadnji put mijenjan i dopunjavan u okviru tzv. male reforme 31. srpnja 2009., BGBl. I S. 2521. Navedena izmjena posljedica je sudske prakse koja je pokazala da za poslodavce postoji praktičan problem pri primjeni ranijih zakonodavnih rješenja u slučajevima kada radnik-izumitelj propusti obavijestiti poslodavca o izumu. Uslijed toga poslodavac se ne može izjasniti da želi steći pravo na izumu, što je prethodno bila pretpostavka za stjecanje prava na izumu na strani poslodavca. Naime, poslodavac je gubio prava na izumu, s učinkom *ex tunc*, ako se nije pravodobno izjasnio želi li ih steći i tada je radnik-izumitelj mogao podnijeti prijedlog za registraciju patenta u odnosu na taj izum. Primjer takvog spora pred Saveznim vrhovnim sudom odnosio se na ljepljive oznake, BGH X ZR 155/03, od 4. travnja 2006. – Haftetikett, dostupno na: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&az=X_ZR_155_03.

10 Zakon potječe od 16. prosinca 1980., BGBl. 1981 I S. 1, zadnji put mijenjan i dopunjavan 31. srpnja 2009., BGBl. I S. 2521.

11 Čl. 4. *ArbnErfG*.

s jedne strane, kao i postupanje poslodavca nakon primitka te obavijesti, s druge strane. Radnik je dužan o svojem izumu bez odgađanja obavijestiti poslodavca, a potonji ima pravo u roku od 4 mjeseca izjasniti se želi li iskoristiti zakonsku mogućnost stjecanja svih imovinskih prava na tome izumu. Ako se u spomenutom roku poslodavac izjasni pozitivno, ali i ako se uopće ne izjasni, poslodavac stječe navedena prava. Potonje se može shvatiti kao posljedica pravne predmnjeve da je poslodavac izjavio da želi steći pravo na izumu, koja se uspostavlja trenutkom kada je radnik obavijestio poslodavca o izumu. Predmnjevu može oboriti poslodavac ako se izjasni negativno, tj. ako izjavi da ne želi steći pravo na izumu o kojem ga je obavijestio radnik-izumitelj.¹² Navedeno vremenski ograničeno pravo poslodavca da stekne pravo na izumu njegovog radnika stvorenom u radnom odnosu, predstavlja značajno odstupanje od temeljnog načela iz čl. 6. *PatG* prema kojemu izumiteljsko pravo, tj. pravo na stjecanje patenta, pripada izumitelju ili njegovu pravnom sljedniku. S druge strane, u slučaju izuma stvorenog u radnom odnosu, radnikova obavijest upućena poslodavcu konstituira oborivu presumpciju prijenosa imovinskih prava na predmetnom izumu s izumitelja na poslodavca.¹³ Slijedom toga, radnik-izumitelj zadržava moralnu komponentu svog izumiteljskog prava dok imovinska komponenta toga prava prelazi na poslodavca. Ako se ne bi prihvatilo tumačenje da je ovdje riječ o oborivoj pravnoj presumpciji, moglo bi se tvrditi da je u trenutku obavješćivanja došlo do prijenosa imovinske komponente izumiteljskog prava s radnika na poslodavca na temelju zakona i pod raskidnim uvjetom: da u roku od 4 mjeseca poslodavac ne izjavi da ta prava ne želi steći. Usporedno sa stjecanjem imovinskih prava na izumu, poslodavac također stječe i obvezu podnošenja patentne prijave, izuzev ako je s radnikom-izumiteljem utanačio drugačije.¹⁴ S druge strane, radnik stječe pravo na primjerenu naknadu od poslodavca koja se određuje posebice

12 PETERSEN-PADBERG, Anja/MÜLLER Markus Georg, „Reform of the German Act on Employees’ Inventions as of 1 October 2009: Companies’ Rights to Inventions Have Been Expanded“, *Hoffman-Eitle Newsletter*, br. 5, 2009., dostupno na: http://195.30.228.55/media/he_downloads/datei/0/141/HE_Newsletter_05-2009.pdf, str. 2.-3. Navedeni autori tvrde da je ovdje riječ o pravnoj fikciji (engl. *legal fiction*) i to oborivoj. Prema hrvatskome pravu, fikcija je takva pravna činjenica za koju se zna da se nije dogodila ili da se nikad neće ni dogoditi, ali se uzima kao da se dogodila da bi mogao nastati, promijeniti se ili prestati građanskopravni odnos. Prema navedenom shvaćanju fikcije nisu oborive. S druge strane, presumpcije ili predmnjeve su činjenice koje se smatraju dokazanima, a mogu biti oborive (*praesumptio iuris*) ili neoborive (*praesumptio iuris et de iure*). Vidjeti KLARIĆ, Petar/VEDRIŠ, Martin, *Gradansko pravo*, 11. izd, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 29.-31. Ako se uzme u obzir opisano shvaćanje pojmova, ovdje bi bila riječ o oborivim presumpcijama.

13 U pravnoj književnosti koja je prethodila novim izmjenama i dopunama *ArbnErfG* iz 2009. godine, navodi se da izumiteljsko pravo nije pripadalo poslodavcu na temelju samoga zakona, već da je on imao tek zakonsko pravo u propisanom postupku steći imovinsku komponentu toga prava ugovorom od radnika, koji mu je ta prava bio dužan prenijeti ako su bile ispunjene za to propisane zakonske pretpostavke. MELULLIS, Klaus-Jürgen, u: BENKARD, Georg *et al.* (ur.), *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz*, 9. izd., C. H. Beck Verlag, München, 2006., str. 320. Vidjeti *supra* bilj. 9.

14 Čl. 17. *ArbnErfG*. Poslodavac je dužan u patentnoj prijavi navesti radnika kao izumitelja, što proizlazi iz moralne komponente izumiteljskog prava koja i dalje pripada radniku.

uzevši u obzir gospodarsku vrijednost izuma, zadaće i položaj radnika unutar poduzeća (njem. *Betrieb*), kao i mjerodavan doprinos toga poduzeća u stvaranju izuma.¹⁵

O stvaranju slobodnih izuma za vrijeme trajanja ugovora o radu ili službi radnik je također dužan detaljno obavijestiti poslodavca, osim ako je riječ o izumu koji očigledno ne pripada u područje djelatnosti poslodavca. Po primitku obavijesti poslodavac ima pravo radniku osporiti tvrdnju da je riječ o slobodnom izumu. Ako je uistinu riječ o slobodnom izumu, a ne onom koji se smatra izumom stvorenim u radnom odnosu, te ako takav izum pripada u područje djelatnosti poslodavca, za njega je predviđeno svojevrsno „pravo prvokupa“, točnije pravo da mu radnik-izumitelj ponudi najmanje neisključivu licenciju, uz primjenu razumnih uvjeta (njem. *angemessene Bedingungen*). Ako se poslodavac i radnik ne mogu suglasiti o tomu što se u konkretnom slučaju ima smatrati razumnim uvjetima ugovora o prijenosu prava na slobodnom izumu, tada to određuje sud na zahtjev bilo kojeg od njih.¹⁶

Na izume koje stvore zaposlenici za vrijeme trajanja ugovora o državnoj, javnoj ili vojnoj službi primjenjuju se, uz određene dopune, također prethodno opisana pravila. Posebna pozornost posvećena je u *ArbnErfG* i izumima koje stvore zaposlenici u javnim visokim školama. Uzevši u obzir potrebu za objavljivanjem izvornih znanstvenih radova, propisana je mogućnost da radnik u javnoj visokoj školi otkrije javnosti svoj izum stvoren u okviru njegove nastavničke i istraživačke djelatnosti, ako je on o toj svojoj namjeri na vrijeme izvjestio poslodavca.¹⁷ U tom slučaju oslobođen je opće dužnosti čuvanja poslovne tajne iz čl. 24. st. 2. *ArbnErfG*, kao i dužnosti obavješćivanja poslodavca o izumu. Ako pak nema namjeru objaviti izum javnosti, radnik je dužan o njemu obavijestiti poslodavca na način kako je prethodno opisano. Ako poslodavac stekne sva imovinska prava na izumu, slijedom prethodno opisanog postupka, radnik pridržava neisključivo pravo koristiti se izumom u svom nastavničkom i daljnjem istraživačkom radu. I naposljetku, ako poslodavac komercijalno iskoristi izum, radniku pripada 30% ostvarene dobiti. U preostalom primjenjuju se već opisana pravila o pravnom položaju izuma stvorenih u radnom odnosu.¹⁸

15 Vidjeti čl. 9. *et seq.* *ArbnErfG*. Smjernice za određivanje primjerene naknade izdaje savezni ministar nadležan za rad.

16 Čl. 18. i 19. *ArbnErfG*. Sudsku praksu o slobodnim izumima vidjeti kod MELULLIS, u: BENKARD, *op. cit.*, str. 323. i 324.

17 Čl. 42. *ArbnErfG*.

18 Do 2002. godine u *ArbnErfG* bila je propisana tzv. profesorska privilegija prema kojoj su izumi stvoreni u javnim visokim školama pripadali poslodavcu, što sada više nije slučaj. Vidjeti KUTEROVAC, Ljiljana, „Intelektualno vlasništvo i znanstvenoistraživačke institucije“, u; MATANOVAC, Romana (ur.), *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, Narodne novine/DZIV, Zagreb, 2006., str. 291.-322.; STALLBERG, Christian Gero, „The legal status of academic employees' inventions in Britain and Germany and its consequences for R&D agreements“, *Intellectual Property Quarterly*, br. 4., 2007., str. 489.-530.

Podatke o izumu radnik i poslodavac dužni su čuvati kao poslovnu tajnu.¹⁹ Za sve sporove između radnika i poslodavca u svezi s izumima iz radnog odnosa propisan je postupak pred posebnim arbitražnim tijelom (njem. *Schiedsstelle*) te nadležnim sudom.²⁰

2.2. Francuska

U francuskom patentnom pravu koje je regulirano Zakonikom o intelektualnom vlasništvu (*Code de la propriété intellectuelle*, dalje: *CPI*),²¹ kao i u njemačkom, prisutno je načelo prema kojemu pravo na stjecanje patenta ima izumitelj ili njegov singularni ili univerzalni pravni sljednik.²² Odmak od tog načela propisan je za neke od izuma radnika.

Francuski *CPI* razlikuje dvije temeljne kategorije izuma radnika: izume radnika nastale u ispunjavanju obveza iz ugovora o radu i one koji to nisu.²³ Francuski zakonodavac prvospomenute izume određuje kao izume koje radnik stvori u izvršavanju svojih obveza iz ugovora o radu izvršavajući svoj inventivni zadatak (franc. *mission inventive*, po čemu je ova kategorija izuma dobila naziv) iz radnog odnosa u okvirima svojih stvarnih radnih zadataka ili provodeći studiju i istraživanje koje mu je poslodavac izrijeком dodijelio. Izumi *mission inventive* pripadaju poslodavcu i pravo na stjecanje patenta ima poslodavac, osim ako je ugovorom o radu ugovoren pravni položaj koji bi bio povoljniji za radnika-izumitelja. Poslodavac je u tom slučaju izvorni nositelj prava na stjecanje patenta, odnosno prava na patent ili izumiteljskog prava po sili zakona, a ima i pravo odlučiti hoće li za izum uopće podnijeti patentnu prijavu ili ne. Radnik-izumitelj ima pravo na dodatnu naknadu (franc. *rémunération supplémentaire*) za takav izum. Uvjeti za isplatu dodatne naknade određuju se kolektivnim ugovorom, pravilima poslodavca ili ugovorom o radu, a prema sudskoj praksi nisu nužno povezani s iznosom plaće koju radnik-izumitelj inače prima za svoj rad.²⁴ Radnik-izumitelj ima i pravo biti kao takav naveden u patentnoj prijavi, registraciji patenta te drugim ispravama o patentu.²⁵ Riječ je o osobnom pravu izumitelja koje je neprenosivo i neotuđivo te pripada svakom izumitelju, bez obzira na to je li riječ o izumu stvorenom u radnom odnosu ili nekom drugom izumu. To osobno pravo izumitelja biti priznat i označen kao izumitelj naziva se i pravom paterniteta. Ipak, izumitelj može odlučiti da ne želi da se njegovo ime ističe u patentnoj dokumentaciji. U tom slučaju mora se poštovati volja izumitelja.

19 Čl. 24. st. 2. *ArbnErfG*.

20 Čl. 29. *ArbnErfG*.

21 Zakonik potječe od 1. srpnja 1992. godine (Zakon br. 92-597), posljednja promjena je od 1. siječnja 2011. godine, a pročišćeni tekst dostupan je na: <http://legifrance.gouv.fr/>.

22 Čl. L611-6. *CPI*.

23 Čl. L611-7. *CPI*. Tako i SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna/BOUCHE, Nicolas, „France“, u: VANHEES, Hendrik (ur.), *International Encyclopaedia of Law: Intellectual Property Volume 5*, Suppl. 24, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2004., str. 134.

24 SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 134.

25 Vidjeti čl. L611-9. *CPI*.

Izumi radnika koji nisu obuhvaćeni prethodnim određenjem kao izumi *mission inventive* pripadaju radniku-izumitelju. Ipak, mogu pod određenim pretpostavkama u cjelini ili djelomično pripasti poslodavcu, što znači da postoji i uvjetno rečeno treća kategorija izuma u francuskom patentnom pravu. Naime, ako radnik stvori izum izvršavajući svoje radne zadatke u području poslodavčeve djelatnosti, ili koristeći znanja ili tehnologiju ili druga posebna sredstva poslodavca ili njegove podatke, poslodavac može zahtijevati, proporcionalno svojem doprinosu, sva ili neka prava koja u odnosu na taj izum ili patent priznat za taj izum pripadaju njegovu radniku, u rokovima te pod uvjetima koje posebnim aktom određuje Državno vijeće (*Conseil d'Etat*).²⁶ U tom slučaju radnik ima pravo zahtijevati isplatu pravične cijene (franc. *juste prix*) koju prvenstveno određuju radnik i poslodavac ugovorom. Ako ne postignu dogovor u pogledu cijene, tada naknadu određuje posebna komisija za mirenje osnovana sukladno čl. L 615-21 *CPI* u kojoj su zastupljeni predstavnici poslodavca i radnika, a predsjedava joj sudac. Ovo tijelo određuje naknadu uzimajući u obzir sve odlučujuće elemente, a posebice doprinose radnika-izumitelja i poslodavca te industrijsku i komercijalnu korisnost izuma.²⁷ Odluka toga tijela smatra se ugovorom između poslodavca i radnika-izumitelja ako se u propisanom roku niti jedna od stranaka ne obrati tužbom nadležnom prvostupanjskom sudu (*le tribunal de grande instance*).

Bez obzira na kategoriju kojoj određeni izum radnika pripada, radnik je dužan o njemu obavijestiti poslodavca.²⁸ Također, obje strane dužne su međusobno komunicirati i razmjenjivati podatke o izumu, ali i suzdržati se od radnji kojima bi mogle ugroziti sadašnja ili moguća buduća prava u vezi s tim izumom. Tu se čini najvažnijim spomenuti suzdržavanje od bilo kakve objave izuma javnosti dok on slijedom postupka registracije patenta ne postane poznat javnosti čime ulazi u stanje tehnike.

2.3. Ujedinjeno Kraljevstvo

Temeljni propis koji uređuje pitanje materije izuma stvorenih u izvršavanju obveza iz radnog odnosa u Ujedinjenom Kraljevstvu je Zakon o patentu (*Patent Act*, dalje: *PA*).²⁹ Prema čl. 39. *PA* postoji nekoliko kategorija slučajeva u kojima izum

26 Riječ je o pravilima koja su sadržana u čl. od R611-1. do R611-20. i od R615-6. do R615-31. *CPI*. Svaki ugovor između poslodavca i radnika u pogledu izuma stvorenog u radnom odnosu, bilo da je riječ o izumima *mission inventive* ili onima koji to nisu, mora biti u pisanom obliku, pod prijjetnjom ništetnosti. Opisana odredba u suglasju je s općom odredbom iz čl. L613-6 st. 5. *CPI* koja propisuje da ugovori o prijenosu ili licenci patenta moraju biti u pisanom obliku da bi bili valjani.

27 BOUCHE, Nicolas, „France“, u: VANHEES, Hendrik (ur.), *International Encyclopaedia of Law: Intellectual Property Volume 5*, Suppl. 60, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010., str. 149.

28 *Loc. cit.*

29 Zakon potječe iz 1977. godine, a zadnji put je mijenjan i dopunjavao 1. svibnja 2006. godine. Posebnosti koje postoje u pristupu uređenju materije izuma stvorenih u izvršavanju obveza iz radnog odnosa u Ujedinjenom Kraljevstvu posljedica su činjenice da je riječ o kodificiranim pravilima *common law*. CORNISH, William R./LLEWELYN, David, *Intellectual Property:*

stvoren u radnom odnosu pripada poslodavcu. Prva među njima odnosi se na izum kojeg je radnik stvorio obavljajući svoje uobičajene radne zadatke.³⁰ Tu valja uzeti u obzir činjenicu da u ugovorima o radu nisu uvijek izriješkom navedeni pojedinačni uobičajeni zadatci odnosnog radnika te da se oni mogu s vremenom i mijenjati, a da pritom nije nužno promijeniti sam sadržaj ugovora o radu.³¹ Stoga će u slučajevima kada radnik osporava da je poslodavac stekao izum, poslodavac morati dokazivati koji su bili uobičajeni radni zadatci tog radnika.³² Drugi je slučaj kada radnik izvršava zadatke koje nisu uobičajeni, ali mu ih je poslodavac posebno povjerio. Tu se također može pojaviti pitanje dokazivanja takvih posebno povjerenih zadataka. U oba ova slučaja još se za poslodavčevo stjecanje prava na izum zahtijeva i dodatna pretpostavka – prema okolnostima može se razumno očekivati da je izum rezultat obavljanja tih (uobičajenih ili posebno povjerenih) radnih zadataka. Nadalje, izum pripada poslodavcu i onda kada ga je radnik stvorio u izvršavanju svojih radnih zadataka ako je u vrijeme njegova stvaranja imao posebnu obvezu unaprijediti poslovne interese poslodavčeva poduzeća. Postojanje te posebne obveze radnika procjenjuje se prema naravi njegovih radnih zadataka i posebnih odgovornosti koje iz naravi tih zadataka proizlaze. Posljednji slučaj javlja se kada je riječ o znanstvenom osoblju te o menadžerima ili direktorima koji su u položaju radnika.³³ U ovim slučajevima spor o pravu na izum između poslodavca i radnika može razriješiti jedino nadležni sud, uzevši u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, pri čemu je važno spomenuti da je dosadašnja sudska praksa bila sklonija poslodavcima u ovim konkretnim pitanjima. U svakom od tih slučajeva, međutim, radnik-izumitelj ima pravo biti naveden kao takav u ispravama koje se odnose na izum.³⁴ Ostali izumi pripadaju radniku te on njima može slobodno raspolagati što uključuje i mogućnost da ih posebnim ugovorom prenese ili licencira poslodavcu.

Patents, Copyrights, Trademarks and Allied Rights, 5. izd., Thomson Sweet & Maxwell, London, 2003., str. 267.

- 30 U predmetu *Harris' Patent*, sudac Falconer zauzeo je stajalište, temeljeno i na praksi *common lawa* iz razdoblja prije stupanja na snagu *PA* 1977. godine, da se navedena odredba primjenjuje na slučajeve kada je dio uobičajenih radnih zadataka radnika razmišljati o problemima kako se oni pojavljuju (engl. *to turn his mind to problems as they arose*). Navedeno prema YOUNG, David *et al.*, *Terrell on the Law of Patents*, 14. izd., Sweet & Maxwell, London, 1994., str. 36.
- 31 ROUGHTON, Ashley/COOK, Trevor/SPENCE, Michael (ur.), *The Modern Law of Patents*, Butterworths, London/Edinburgh, 2005., str. 217.
- 32 Prema odluci u predmetu *Greater Glasgow Health Boards Application*, [1996] RPC 207, smatra se da su uobičajeni zadatci arhivara kojem je pisani sadržaj istraživanja stavljen na raspolaganje radi arhiviranja tog materijala u bolničkom kliničkom registru, ograničeni na kliničke odgovornosti, a ne na stvaranje izuma kao što je izum prilagodbe postojeće opreme za neku drugu kliničku uporabu. Obična očekivanja (kao u slučaju *Greater Glasgow*) ili nada (kao u slučaju *Bradford Hospital's Application*, BL O/37/01) poslodavca izražena u ugovoru o radu da će se liječnik angažirati i u istraživanju nisu temelj za stjecanje prava na izum na strani poslodavca prema čl. 39 *PA*. Navedeno prema ANDERSON, Mark, *Technology Transfer – Law, Practice and Precedents*, London/Edinburgh, 2003., str. 434., bilj. 35.
- 33 ROUGHTON/COOK/SPENCE, *op. cit.*, str. 217.
- 34 Čl. 13. st. 1. *PA*. Vidjeti i YOUNG, *et al.*, *op. cit.*, str. 38.

U slučajevima kada izum na temelju samog zakona pripada poslodavcu ili kada je poslodavac prava u odnosu na izum stekao posebnim ugovorom o kojem je prethodno bilo riječi, radnik-izumitelj ima povrh plaće ili naknade iz posebnog ugovora s poslodavcem, pravo na dodatnu naknadu koja predstavlja pravični udio (engl. *fair share*) u koristima koje poslodavac ostvari iskorištavanjem izuma, ali tek pod pretpostavkom da izum bude zaštićen patentom.³⁵ Riječ je zapravo o dodatnoj naknadi koja pripada radniku od komercijalnog iskorištavanja izuma. U nedostatku kolektivnog ugovora u kojem bi se takva naknada odredila,³⁶ radnik se za određivanje naknade mora obratiti nadležnom sudu ili direktoru (engl. *comptroller*) Ureda za intelektualno vlasništvo Ujedinjenog Kraljevstva (*Intellectual Property Office of the United Kingdom (IPO)*). Ako izum pripada poslodavcu na temelju samog zakona, radnik-izumitelj ima pravo na naknadu uz dodatnu pretpostavku da je izum ili patent za taj izum od iznimne koristi za poslodavca imajući u vidu veličinu i prirodu poslodavčeva poduzeća.³⁷ S druge strane, ako je poslodavac prava u odnosu na izum stekao na temelju ugovora s radnikom-izumiteljem, bez obzira na to je li riječ o ugovoru o prijenosu ili licenciji, radnik ima pravo na naknadu u slučaju da je prvobitna naknada utanačena u predmetnom ugovoru nerazmjerna koristi koju je poslodavac ostvario od izuma i/ili patenta.³⁸ S obzirom na ove pretpostavke, u praksi ima vrlo malo slučajeva kada su zaposlenici ostvarili pravo na dodatnu naknadu. K tomu, zakonske odredbe se ne primjenjuju ako postoji kolektivni ugovor koji određuje naknadu.³⁹ S druge strane, u akademskim institucijama uobičajena je praksa da se koristi, koja se ostvari od komercijalnog iskorištavanja izuma koje su stvorili znanstvenici zaposleni u tim institucijama, dijeli između institucije i znanstvenika u odnosu koji je redovito unaprijed propisan općim aktima institucije ili posebno ugovoren.⁴⁰

Zakonodavac u Ujedinjenom Kraljevstvu također je smatrao neprihvatljivim da poslodavac na temelju ugovornog uglavka s radnikom-izumiteljem stekne sva prava na svim izumima radnika koji nastanu nakon sklapanja ugovora o radu. Stoga, čl. 42. *PA* propisuje da ugovorne odredbe, kojima je cilj umanjiti zaštitu koju radniku-izumitelju u pogledu njegovog izuma ili patenta za taj izum pružaju odredbe čl. 39. *PA*, ne proizvode učinke prema radniku.⁴¹ Zakonske odredbe navedenoga članka prisilne su naravi i stranke ne mogu ugovorom isključiti njihovu primjenu. Ugovorne

35 DAVIS, Colin/CHENG, Tania, „United Kingdom“, in: H. VANHEES (ed.), *International Encyclopaedia of Law: Intellectual Property Volume 5*, Suppl. 43, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008., str. 131.

36 O kolektivnim ugovorima koji bi se primijenili u takvom slučaju CORNISH/LLEWELYN, *op. cit.*, str. 269.

37 Prema odluci u slučaju *Garrison's Patent*, SRIS 0/44/97, izum nije od iznimne koristi za poslodavca kada je prihod od iskorištavanja patenta stečenog za taj izum 2-3% od ukupnog prihoda male proizvodne kompanije. Navedeno prema ANDERSON, *op. cit.*, str. 434.

38 Čl. 40. st. 1. i 2. *PA*. Vidjeti više CORNISH/LLEWELYN, *op. cit.*, str. 267.-269.

39 Čl. 40. st. 3. *PA*.

40 ROUGHTON/COOK/SPENCE, *op. cit.*, str. 219.

41 Tako ih tumači i ANDERSON, *op. cit.*, str. 437.-438.

odredbe, kojima se ipak pokušava neposredno ili posredno isključiti primjena tih zakonskih odredaba, nema učinke prema radniku-izumitelju, ali ne dovodi nužno do ništetnosti cijelog ugovora o radu ili drugog ugovora kojim radnik raspolaže svojim izumima u korist poslodavca. Takav ugovor ostaje na snazi ako se može smisleno primjenjivati i bez zabranjenih ugovornih odredbi.

2.4. Hrvatska

U hrvatskom pravnom sustavu položaj izuma stvorenih u radnom odnosu uređuje Zakon o radu (dalje: ZR)⁴² u čl. 90. i 91.⁴³ ZR razlikuje dvije temeljne kategorije izuma: izum „ostvaren na radu ili u svezi s radom“ i onaj koji to nije. Odredbe ZR-a ne pojašnjavaju pojam „izuma ostvarenog na radu ili u svezi s radom“. U pravnoj književnosti navodi se da se odredbe o izumu ostvarene u vezi s radom mogu tumačiti vrlo široko, čak i u slučaju kad izum ima izravne veze s poslovima i radnim zadacima koje obavlja radnik tijekom radnog vremena, ali je izum rezultat radnikovih radnih i istraživačkih napora u slobodnom vremenu.⁴⁴ U svakom slučaju, čl. 90. ZR-a propisuje da takav izum pripada poslodavcu. O takvom izumu radnik je dužan obavijestiti poslodavca te čuvati kao poslovnu tajnu sve podatke o njemu. Nema potrebe za sklapanjem ikakvog ugovora u pogledu takvog izuma budući da poslodavac stječe sva prava koja su propisana Zakonom o patentu (dalje: ZP)⁴⁵ na temelju izričite odredbe čl. 90. st. 3. ZR-a.⁴⁶ No, tu bi odredbu trebalo tumačiti da pravo izumitelja biti kao takav označen u patentnim ispravama, pripada izumitelju jer je čl. 13. st. 4. ZP-a izrijekom propisano da je moralno pravo izumitelja neprenosivo.⁴⁷ To znači da pravni posao kojime se prenosi moralno pravo

42 Zakon o radu NN 149/09.

43 Na istovjetan način bile su propisane odredbe o izumima stvorenim u radnom odnosu i u čl. 96. i 97. ranijeg Zakona o radu, NN 54/95, 64/95, 17/01, 82/01, 114/03, 30/04, 142/03 i 137/04-proč. Prethodno tomu, izumi stvoreni u radnom odnosu bili su uređeni u čl. 146.-156. Zakona o industrijskom vlasništvu, NN 34/81, 3/90, 20/90, 53/91, 19/92 i 61/92, koji se prije 1991. godine zvao Zakon o zaštiti izuma, tehničkih unaprjeđenja i znakova razlikovanja.

44 RUŽDJAK, Marijan/ŠRIBAR, Peter/ZUBER, Marija, *Zakon o radu s komentarom*, Inženjerski biro, Zagreb, 1995., str. 88.

45 NN 173/03, 87/05, 76/07, 30/09 i 128/10.

46 Vrhovni sud RH u presudi i rješenju pod posl. br. Revt 52/05, od 18. siječnja 2007. godine, dostupnima na: <http://www.iusinfo.com.hr> (posljednji posjet 5. veljače 2011. godine), navodi da je tužbeni zahtjev kojime se nalaže tuženiku sklapanje ugovora kojime bi se utvrdilo da je tužitelj kooplemenjivač određenih hibrida kukuruza u određenom postotku i da mu pripada razmjerna naknada iz njihove komercijalizacije, a koji bi u protivnom zamijenila presuda, nepostojeći u hrvatskom pravu. Sud dalje pojašnjava da se u takvim slučajevima može postaviti zahtjev na utvrđenje položaja kooplemenjivača i na isplatu dužne naknade, budući da je sklapanje ugovora u pravilu izraz dispozitivne volje stranaka. Valja dodati i da je odredbom čl. 14. st. 2. ZP propisano kako se poslodavac smatra pravnim sljednikom izumitelja kad mu na temelju zakona koji se primjenjuje ili ugovora o radu pripada pravo na stjecanje patenta za izum stvoren u okviru radnog odnosa izumitelja, što mu u smislu odredbe čl. 12. st. 1. ZP-a daje pravo na stjecanje patenta.

47 U tom smislu indikativna je i presuda Vrhovnog suda RH, posl. br. Rev-1027/00, od 18. rujna

izumitelja ne bi bio valjan ukoliko bi se na njega pozivalo pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, ali to dakako ne znači da izumitelj ne može svojom šutnjom i neaktivnošću prihvatiti stanje u kojem se kao izumitelj registrira osoba različita od stvarnog izumitelja. S druge strane, u slučaju izuma ostvarenog na radu ili u svezi s radom radnik-izumitelj stječe pravo na nadoknadu za svoj izum utvrđenu kolektivnim ugovorom, ugovorom o radu ili posebnim ugovorom, a ako nadoknada nije određena takvim ugovorima,⁴⁸ tada primjerenu nadoknadu određuje nadležni sud.⁴⁹

2001. godine, kojom su potvrđene nižestupanjske presude (presuda Općinskog suda u Osijeku, posl. br. Pr-424/97, od 14. lipnja 1999. godine i presuda Županijskog suda u Osijeku, posl. br. Gž-2395/99, od 2. prosinca 1999. godine), dostupna na: <http://www.iusinfo.com.hr> (posljednji posjet 5. veljače 2011. godine). Tužbeni zahtjev glasilo je, između ostalog, na utvrđenje da su tužitelji pronalazači izuma za koji su tvrdili da ga tuženik protupravno i neovlašteno iskorištava i primjenjuje u procesu proizvodnje škrobamida 20, a koji je izum patentiran na ime pravnog prednika tuženika kod kojega su tužitelji bili u radnom odnosu u vrijeme ostvarenja tog izuma. Sud je utvrdio da je izum – postupak za kontinuiranu industrijsku proizvodnju hranjiva na bazi uree za ishranu stoke bio zaštićen još pri Saveznom zavodu za patente pod br. 33826 P-1747/69, od 13. lipnja 1985. godine na ime prednika tuženika (IPK Osijek), s priznatim pravom prvenstva od 8. srpnja 1969. godine, a patent je bio na snazi od 31. prosinca 1977. godine. Također je u postupku bilo utvrđeno da je rad na proizvodnji škrobamida 20 započeo 1963. godine i da su tužitelji doprinijeli u stvaranju tog proizvoda, ali nisu bili prijavljeni kao izumitelji, već je kao prijavitelj izuma i nositelj patenta bio registriran pravni prednik tuženika. Usprkos tomu, sud nije usvojio tužbeni zahtjev sukladno odredbi čl. 67. st. 1. tada važećeg Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima (Sl. list SFRJ 44/60, 28/62 i 24/74) prema kojoj pronalazač, njegov nasljednik ili drugi pravni slijednik može tužbom kod suda tražiti za sve vrijeme trajanja patenta da se on oglasi nositeljem patenta, ako je patent izdan na ime osobe koja nije pronalazač, njezin nasljednik ili drugi pravni slijednik. Utvrdivši da je nastupila zastara prema odredbi st. 2. toga zakonskog članka jer prema savjesnom nositelju patenta zahtjev zastarijeva za dvije godine od dana upisa izdanog patenta u registar patenata, sud je odbio tužbeni zahtjev.

48 Nadoknada se može odrediti i pravilnikom. Tako je u predmetu koji se vodio pred Trgovačkim sudom u Zagrebu, posl. br. P-1047/05, u presudi od 28. rujna 2006. godine, dostupno putem www.tszg.hr (posljednji posjet 5. veljače 2011. godine) potvrđeno odlukom Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. VIII Pž-3297/07, od 7. travnja 2009. godine, (izvor: osobna arhiva), bilo nesporno da zaposlenici-izumitelji imaju pravo na nadoknadu utvrđenu Pravilnikom o inventivnoj djelatnosti poslodavca (PLIVA d.d.). Slično tome je i Vrhovni sud RH u presudi i rješenju pod posl. br. Revt 52/05, od 18. siječnja 2007. godine, dostupnima na: <http://www.iusinfo.com.hr> (posljednji posjet 5. veljače 2011. godine), utvrđuje: „Ako je tužitelj temeljem nekog općeg akta pravnog prednika tuženika kao koautor – kooplemenjivač stekao pravo na određenu naknadu razmjerno postotku koautorstva u vezi realizacije novostvorene vrste, odnosno hibrida kukuruza, radilo bi se o stečenom pravu koje bi tužiteljima pripadalo neovisno o tome što tuženik nakon izvršene pretvorbe i privatizacije svojim općim aktima nije propisao pravo na isplaćivanje takve naknade.“

49 Prema sudskoj praksi riječ je o sudovima nadležnima za sporove o intelektualnom vlasništvu, kako su oni određeni čl. 34.b Zakona o parničnom postupku, NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08 i 123/08 (trgovački sudovi). Tu ne bi bili nadležni sudovi za radne sporove iz čl. 34. Zakona o parničnom postupku (općinski sudovi), kao što je to ranije bio slučaj. Tako i u rješenju Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. VIII Pž-3297/07-4, od 7. travnja 2009. godine, (izvor: osobna arhiva).

Čl. 91. ZR-a predviđa poseban režim za izume koji, iako nisu ostvareni na radu ili u svezi s radom, pripadaju u područje djelatnosti poslodavca. Pravna književnost navodi da je ovdje riječ o izumima koji nisu ostvareni na radu, već ih je radnik ostvario radeći kod kuće u slobodno vrijeme, služeći se vlastitom literaturom, sredstvima rada i drugim potrebnim pomagalima.⁵⁰ Takvi izumi pripadaju radniku, ali istodobno u odnosu na njih poslodavac ima svojevrsno „pravo prvokupa“. Naime, radnik je dužan poslodavcu dati pisanu ponudu za ustupanje prava na izum koji je u svezi s djelatnošću poslodavca, a poslodavac je dužan u roku od mjesec dana na nju odgovoriti.

Nema posebnih odredaba o izumima stvorenima u javnoj službi ili na akademskim institucijama, pa da se i u tim slučajevima primjenjuju prethodno opisane odredbe.⁵¹ U tom smislu važno je istaknuti da je u posljednjih nekoliko godina na akademskim institucijama poput sveučilišta i instituta u Hrvatskoj usvojeno nekoliko pravilnika kojima se uređuje ova materija.⁵² Navedeni pravilnici trebali bi doprinijeti povećanju pravne zaštite i komercijalizacije svih oblika intelektualnih tvorevina nastalih na ovim institucijama i dokinuti prijašnju praksu koja je obilježena pasivnošću institucija u tim procesima.

2.5. Usporednopravni osvrt

Na temelju izloženog uočava se da promatrani pravni sustavi usvajaju u nekim aspektima iste ili slične, a u nekima aspektima različite pristupe pravnom uređivanju problematike izuma stvorenih u radnom odnosu. S nomotehničkoga stajališta zanimljivo je primijetiti da je u Francuskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu ta problematika uređena u propisima u kojima se uređuju patenti, dok jedino u Njemačkoj postoji poseban propis kojim se uređuju izumi stvoreni u radnom odnosu. U Hrvatskoj su odredbe o izumima stvorenima u radnom odnosu propisane u zakonu kojim se uređuju radni odnosi.

U svim uspoređenim sustavima izum stvoren u izvršavanju obveza iz ugovora o radu bez iznimke pripada poslodavcu. Prema hrvatskom pravu poslodavac stječe imovinska prava na izumu *ex lege*, na temelju izričitih odredaba ZR-a, bez potrebe ispunjenja ikakvih dodatnih uvjeta, pretpostavki ili sklapanja dodatnih ugovora. Ako postoji radni odnos uređen u ugovoru o radu, izum koji je stvoren u izvršavanju obveza iz toga ugovora pripada poslodavcu. Pitanje obavješćivanja poslodavca

50 RUŽDJAK/ŠRIBAR/ZUBER, *op. cit.*, str. 85.

51 Na istim načelima uređeno je i stjecanje prava na izumu stvorenom na akademskim institucijama prema nacrtu prijedloga novog Zakona o znanosti (čl. 45.-49.), dostupnom na: <http://public.mzos.hr/Default.aspx?sec=3315> (posljednji posjet 8. veljače 2011. godine).

52 Vidjeti npr. „Pravilnik o uredu za transfer tehnologije Sveučilišta u Zagrebu“ od 23. prosinca 2008. godine, dostupan na: http://technology.unizg.hr/_download/repository/Pravilnik_o_Uredu_za_transfer_tehnologije.pdf; „Pravilnik o gospodarenju intelektualnim vlasništvom na Sveučilištu u Rijeci“ od 18. svibnja 2010. godine, dostupan na: http://www.uniri.hr/files/staticki_dio/propisi_i_dokumenti/Pravilnik%20o%20gospodarenju%20IV_%20SuR-a_final_2010.pdf (posljednji posjet 8. veljače 2011. godine).

i moguće drugo postupanje kod takvih izuma ostavljene su na raspolaganje strankama ugovora o radu, a uvriježena je praksa da se uređuju pravilnicima koji se primjenjuju na odnose između poslodavaca i zaposlenika u pojedinom slučaju. Poslodavac u ovome sustavu na temelju samoga zakona izvorno stječe imovinska prava na izumu. I *PA* i *CPI* počivaju na istom načelu. U potonjem je propisano da izum stvoren u radnom odnosu izvorno pripada poslodavcu. Ujedno je radnik dužan o svakom svojem izumu obavijestiti poslodavca. U *ArbnEfrG* primjenjuje se nešto drugačije rješenje. Njime se posebno uređuje postupak obavješćivanja poslodavca o stvorenom izumu te se uz trenutak obavješćivanja vezuje zakonski prijenos imovinskih prava na izumu na poslodavca ako se on u roku od 4 mjeseca ne izjasni da takva prava ne želi steći. Riječ je o translativnom derivativnom stjecanju imovinskih prava na izumu u korist poslodavca i to na temelju zakona. To je uređenje njemačka osobitost i mogla bi se smatrati nešto povoljnijom za radnika-izumitelja, u odnosu na ostale promatrane sustave. No, ni u kojem sustavu nema zaprijetke za to da u ugovoru o radu ili na drugi način, prije ili nakon stvaranja izuma, poslodavac i radnik ugovore za radnika povoljniji položaj od onoga propisanog zakonom. Valja još napomenuti da u svim obrađenim sustavima, bez obzira na to stječe li poslodavac imovinska prava na izumu izvorno ili izvedeno, izumiteljeva moralna prava uvijek ostaju kod radnika-izumitelja.

Pitanje što se smatra izumom stvorenim u izvršavanju obveza iz ugovora o radu u svim obrađenim pravnim sustavima (osim u Hrvatskoj) u osnovi je uređeno propisom, dok se tumačenja, dakako, moraju potražiti u sudskoj praksi. U hrvatskom ZR-u nema odredaba o tome kada se smatra da je izum stvoren u izvršavanju obveza iz ugovora o radu te bi zasigurno bilo zanimljivo vidjeti kako bi hrvatski sudovi riješili to pitanje. Opravdano je očekivati da bi pitanje tumačenja pojmova „radnik“, „poslodavac“ i „ugovor o radu“ riješili primjenom propisa o radu, no dalje od toga ne može se sa sigurnošću tvrditi. Slijedom toga, možda bi bilo korisno nadopuniti ZR, uzevši u obzir njemački i francuski primjer, te detaljnije urediti kada se smatra da je izum stvoren u radnom odnosu slijedom čega pripada poslodavcu.

Uzevši u obzir promatrane sustave, izume koje radnik stvori u svoje slobodno vrijeme možemo općenito podijeliti na one koji pripadaju u područje poslodavčeve djelatnosti ili koje radnik stvori koristeći materijalne i/ili intelektualne poslodavčeve resurse, s jedne strane, te na one koje radnik stvori potpuno nezavisno o poslodavcu i koji ne pripadaju u područje poslodavčeve djelatnosti, s druge strane. O prvima je radnik-izumitelj uvijek dužan obavijestiti poslodavca. Prema *ArbnErfG* te ZR-u, poslodavac u odnosu na takve izume ima svojevrsno „pravo prvokupa“ dok prema detaljnim odredbama iz *CPI* poslodavac u odnosu na njih može steći sva ili neka imovinska prava. Iz *PA* se također može iščitati da bi i na takvim izumima u većini slučajeva poslodavac stjecao imovinska prava. U pogledu ovih izuma radnik-izumitelj nalazi se u povoljnijem položaju no što je to slučaj kod izuma koje stvori u izvršavanju ugovora o radu, budući da mu svi obrađeni pravni sustavi daju mogućnost pregovaranja s poslodavcem. Naposljetku, izumi koje radnik stvori u svoje slobodno vrijeme, potpuno nezavisno o poslodavcu te koji ne pripadaju u područje poslodavčeve djelatnosti, bez ograničenja pripadaju radniku.

Usporedbom obrađenih rješenja uočava se da po pitanju uređenja prava na naknadu i iznosa naknade koja pripada izumitelju načelno nema naočigled velikih razlika. Međutim ovaj rad nije se usredotočio na pojedinosti o utvrđivanju iznosa naknade, no može se pretpostaviti da tu postoje određene razlike. U svakom slučaju, mehanizmi njihovog utvrđivanja različito su razrađeni u propisima. Dok je francuski zakonodavac to pitanje podrobnije uređio te propisao provođenje arbitražnog postupka za određivanje iznosa naknade, koja bi u konkretnom slučaju pripadala radniku-izumitelju, njemački je usvojio nešto suzdržaniji pristup ostavljajući nadležnom ministru da pravilnikom, uz uvažavanje prethodnoga mišljenja interesnih organizacija, uredi smjernice za određivanje takve naknade. I rješenje u Ujedinjenom Kraljevstvu, koja problematici izuma stvorenih u radnom odnosu pristupa pravnotehnički na drukčiji način zbog *common law* tradicije, usmjereno je u korist radnika. S tim da se u nedostatku kolektivnog ugovora u kojem bi se takva naknada odredila, radnik može obratiti nadležnom sudu ili direktoru *IPO*. Hrvatski ZR također je odredio da se takva naknada uređuje kolektivnim ugovorom, ugovorom o radu ili posebnim ugovorom, a ako tamo nije uređena, određuje ju nadležni sud. Svi promatrani sustavi prednost daju internim aktima koji se primjenjuju na odnose između poslodavca i radnika, a podredno upućuju na sudove, odnosno druga nadležna tijela koja bi trebala utvrditi iznos predmetne naknade. No, ipak, usporedbom obrađenih rješenja može se uočiti da je nedostatak hrvatskoga propisa taj što nema podrobnijih odredbi o kriterijima za utvrđivanje naknade koja pripada radniku, kao što je to slučaj u njemačkom i francuskom pravu. Mišljenja smo da bi *de lege ferenda* na razini države trebalo odrediti okvirne kriterije za određivanje iznosa naknada koje pripadaju radnicima, posebice za izume koji dožive komercijalan uspjeh.

3. AUTORSKA DJELA RADNIKA

Za razliku od izuma stvaranih u radnom odnosu, autorska djela koja nastaju u tim okolnostima ne pretpostavljaju nužno velika ulaganja poslodavca u novcu, sredstvima i stjecanju spoznaja o stanju tehnike. Naime, dok su za praćenje trendova u razvoju tehnologije i unaprjeđenja postojećeg stanja tehnike u pravilu potrebna značajna financijska i druga materijalna ulaganja koja rijetko može podnijeti fizička osoba, ako je riječ o ozbiljnijem projektu koji stremi postizanju komercijalnog uspjeha, kod autorskog prava stvaranje samo nekih vrsta autorskih djela pretpostavlja ulaganja koja se po financijskim i tehnološkim značajkama mogu mjeriti s ulaganjima u stvaranje izuma koji mogu polučiti značajniji komercijalan uspjeh. To može, ali i ne mora, biti slučaj kod stvaranja, npr. računalnih programa, audiovizualnih djela i baza podataka. S druge strane, u stvaranju komercijalno uspješnog teksta, crteža, kompozicije te fotografije, u pravilu u većoj mjeri sudjeluje autorova kreativnost no što je potrebno novca i drugih materijalnih ulaganja. Istodobno, poslodavci često zapošljavaju kreativce koji kao zaposlenici imaju radnu zadaću stvarati autorska djela. Ni tu, kao ni kod izuma, najčešće nije riječ o ugovorima o radu u kojima se

radnik obvezuje na stvaranje autorskih djela kao takvih, već o ugovorima o radu u kojima se radnik obvezuje na izvršavanje raznovrsnih znanstvenih, književnih, umjetničkih i sličnih stručnih i kreativnih zadataka pri čemu nerijetko nastaju autorskih djela. I ovdje se, kao i kod izuma, postavljaju ista pitanja budući da poslodavac u pravilu ulaže određena sredstva i osigurava uvjete rada, s jedne strane, a radnik prima mjesečnu plaću za svoj rad, s druge strane. Stoga se valja upitati kakav pravni status trebaju uživati autorska djela stvorena u radnom odnosu. Ako se prisjetimo što je rečeno u svezi s izumima, valja uočiti da se i ovdje radnopravno načelo prema kojemu svi rezultati rada radnika za koje on prima plaću pripadaju poslodavcu suprotstavlja načelu intelektualnog vlasništva prema kojem intelektualna tvorevina pripada njezinom stvaratelju. Istodobno, uz pitanje pripadanja prava na autorskim djelima stvorenima u radnom odnosu, postavlja se i pitanje autorske naknade za ta prava koja stječe poslodavac. U cilju razumijevanja uređenja pravnog statusa autorskih djela stvorenih u radnom odnosu potrebno je, pored odredaba kojima se uređuje pitanje pripadanja autorskog prava na tim djelima, proučiti i opća načela imovinskopravnog raspolaganja autorskim djelom.

3.1. Njemačka

Jedno od temeljenih općih načela uređenja autorskog prava u Njemačkoj govori da je autorsko pravo monističko po svojem sadržaju.⁵³ Prema ovom načelu, autorsko pravo jest jedno jedinstveno subjektivno pravo kojim se štite osobni i imovinski interesi autora.⁵⁴ Dakle, autorsko pravo kao jedinstveno pravo ima svoju osobnu (moralnu) i imovinsku komponentu. No, one su tek sastavni elementi jednog jedinstvenog prava. Monističko načelo autorskoga prava na poseban način odražava se i na imovinskopravna raspolaganja autorskim pravom zaživotnim pravnim poslovima. Kada je riječ o ugovorima o raspolaganju autorskim pravom shvaćenima u okvirima monističkog načela valja razlikovati tri temeljna pojma iz njemačkoga Zakona o autorskom i srodnim pravima (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)*, dalje: *UrhG*):⁵⁵ *Verwertungsrechte*, *Nutzungsrechte* i *Nutzungsart*. Pojam *Verwertungsrechte* prevodi se na hrvatski jezik kao „imovinska autorska prava“ te sadržajno obuhvaća niz isključivih prava koja pripadaju autoru i koja ga ovlašćuju da drugima dopusti ili zabrani korištenje njegova djela u materijalnom obliku, kao i u nematerijalnom obliku javnom

53 Među prvima je monističko načelo u autorskome pravu afirmirao njemački pravnik Phillip Allfeld početkom 20. stoljeća. Tako VOGEL, Martin, u: LÖWENHEIM, Ulrich (ur.), *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck, München, 2003., str. 10. Drugi autori među glavne zagovornike monističkog načela u počecima njegove afirmacije navode još i Hubmanna te Rintelena. Vidjeti ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1980., str. 113.

54 Vidjeti npr. DIETZ, Adolf, u: LÖWENHEIM, Ulrich (ur.), *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck, München, 2003., str. 193.

55 Zakon potječe od 9. rujna 1965. godine, BGBl. I S. 1273, a zadnji puta je mijenjan i dopunjavan 17. prosinca 2008. godine, BGBl. I S. 2586.

izvedbom te preradom. Imovinska autorska prava nisu prenosiva zaživotnim pravnim poslovima.⁵⁶ S druge strane, pojam *Nutzungsrechte* prevodi se na hrvatski jezik kao „prava iskorištavanja“. U njemačkoj pravnoj teoriji prava iskorištavanja opisuju se kao „samostalne pravne pozicije“⁵⁷ koje se konstitutivnim derivativnim stjecanjem izvode iz imovinskih autorskih prava i ovlašćuju treće osobe na iskorištavanje autorskoga djela u opsegu kojeg je dopustio autor izvodeći pravo iskorištavanja iz svoga imovinskog autorskog prava. Pravo iskorištavanja osnovano za drugu osobu zaštićeno je u sukcesiji, što znači da djeluje prema trećima.⁵⁸ Također, jednom osnovano pravo iskorištavanja može se drugome prenositi zaživotnim pravnim poslovima. Pojam *Nutzungsart* na hrvatski jezik može se prevesti kao „način iskorištavanja“, što obuhvaća konkretan način na koji se djelo može u gospodarskom smislu iskorištavati na temelju stečenog prava iskorištavanja, a poglavito sadržajne, prostorne i vremenske granice iskorištavanja, kao i pitanje je li pravo iskorištavanja stečeno kao isključivo ili neisključivo. Dakle, isključiva imovinska autorska prava (njem. *Verwertungsrechte*) su neprenosiva *inter vivos* translativnom derivativnom sukcesijom. Iz njih konstitutivnim derivativnim stjecanjem nastaju prava iskorištavanja (njem. *Nutzungsrechte*) čiji sadržaj i opseg, tj. način korištenja (njem. *Nutzungsart*) je određen ugovorom te koja jesu *inter vivos* prenosiva translativnim derivativnim stjecanjem.⁵⁹ Za razliku od osnivanja prava iskorištavanja koja su samostojeća prava, kako je to prethodno opisano, mogući su i drugi načini raspolaganja imovinskim autorskim pravima, kao što su davanje dopuštenja za korištenje koje ima tek obveznopravnu narav.⁶⁰ Takva „obična“ obveznopravna ovlaštenja u praksi i pravnoj znanosti nazivaju se i licencijama.⁶¹ U pravnodogmatskom smislu, pravo iskorištavanja (njem. *Nutzungsrecht*) i dopuštenje za korištenje (njem. *schuldrechtliche Einwilligung zu Verwertungsrechten*) ne nastaju na temelju istovrsnih imovinskopravnih raspolaganja jer prvo podrazumijeva stjecanje na temelju pravnog posla raspolaganja (njem. *Verfügungsgeschäft*) i zaštićeno je u sukcesiji, dok drugo nastaje na temelju običnog obveznopravnog odnosa.

Samo autorsko pravo (njem. *Urheberrecht*) u okviru njemačkog monističkog načela neprenosivo je pravnim poslovima *inter vivos* zbog svoje osobne komponente, tj. zbog moralnih autorskih prava. Ipak, prema čl. 29. *UrhG* nekim moralnim

56 Mogu se prenositi samo za slučaj smrti i kod razvrgnuća nasljedničke zajednice. Vidjeti čl. 39. *UrhG*.

57 Naglašava se da to nisu obična prava s relativnim, tj. obveznopravnim djelovanjem, već da imaju samostalnost (njem. *gegenständliche, nichtbloßschuldrechtliche Rechtspositionen*). Ipak, ne ističe se njihova apsolutna narav. Vidjeti LÖWENHEIM, Ulrich/NORDEMANN, Jan Bernd, u: LÖWENHEIM, Ulrich (ur.), *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck, München, 2003., str. 335.

58 Čl. 33. *UrhG*. Vidjeti i LÖWENHEIM/NORDEMANN, u: LÖWENHEIM, *op. cit.*, str. 356.

59 Slično o njemačkim pojmovima *Verwertungsrechte*, *Nutzungsrechte* i *Nutzungsart* vidjeti *ibid.*, str. 335.-337.

60 Čl. 29. *UrhG*.

61 Tako LÖWENHEIM/NORDEMANN, u: LÖWENHEIM, *op. cit.*, str. 335.

autorskim pravima može se na ograničen način raspolagati. Autor može pravnim poslom *inter vivos* ovlastiti nositelja prava iskorištavanja da izmijeni djelo, njegov naslov ili oznaku autorstva.

Sada valja napomenuti da njemački *UrhG* čvrsto leži na načelu pripadanja autorskog prava fizičkoj osobi koja je djelo stvorila, tj. autoru (njem. *Schöpferprinzip*).⁶² To načelo primjenjuje se i kod autorskih djela stvorenih u radnom odnosu (njem. *Arbeitsverhältniss*) ili na temelju ugovora o javnoj službi (njem. *Dienstverhältniss*). Dakle, autor djela koje je radnik stvorio u izvršavanju svojih obveza iz ugovora o radu (ili ugovora o službi) pripada radniku, osim ako drukčije proizlazi iz odnosnog ugovora ili naravi radnog odnosa (ili odnosa uređenog ugovorom o službi).⁶³ Slijedom navedenoga, sve što je do sada rečeno o imovinskopравnim raspolaganjima autorskim pravom primjenjuje se na isti način i na ugovore o radu te ugovore o službi. Poslodavac može steći prava iskorištavanja (njem. *Nutzungsrechte*) od radnika koji, i bez obzira na to što je djelo stvorio izvršavajući svoje obveze iz ugovora o radu (službi), ostaje izvorni ovlaštenik isključivih imovinskih prava (njem. *Verwertungsrechte*) na svojem autorskom djelu. Također, radnik može u korist svojega poslodavca raspolagati i svojim moralnim autorskim pravima, ali samo u ograničenoj mjeri, kao što je to prethodno opisano.⁶⁴

Izuzetak od izloženog načela predstavlja odredba iz čl. 69.b *UrhG* u kojoj je propisano da u odnosu prema računalnom programu stvorenom u radnom odnosu isključivo poslodavac ima pravo izvršavati imovinskopравna ovlaštenja koja proizlaze iz autorskog prava na takvom računalnom programu, ako nije drukčije ugovoreno. Riječ je o usklađivanju njemačkog zakona s čl. 2. st. 3. Direktive EZ o pravnoj zaštiti računalnih programa.⁶⁵ Radi usklađivanja s pravnom stečevinom Europske unije te istodobnog održavanja monističkog načela i s tim u svezi usustavljenosti pravila o imovinskopравnim raspolaganjima autorskim pravom prema *UrhG*, zakonom se za poslodavca u ovome slučaju osnovalo isključivo pravo iskorištavanja u odnosu na sva imovinska autorska prava na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu.⁶⁶ Takvo zakonsko rješenje u njemačkoj pravnoj književnosti naziva se *cessio legis*.⁶⁷

62 Čl. 7. *UrhG*.

63 Čl. 43. *UrhG*.

64 Vidjeti više ROJAHN, Sabine, u: SCHRICKER, Gerhard (ur.), *Urheberrecht Kommentar*, 3. izd., München, 2006., str. 910.-920.

65 Direktiva Vijeća 91/250/EEZ od 14. svibnja 1991. o pravnoj zaštiti računalnih programa, OJ L 122 17.5.1991., str. 42, izmijenjena i dopunjena Direktivom 93/98/EEZ, OJ L 290 24.11.1993., str. 9. Zamijenjena je sadržajno istovjetnom Direktivom 2009/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o pravnoj zaštiti računalnih programa (pročišćeni tekst) OJ L 111 5.5.2009., str. 16.

66 NORDEMANN, Axel, u: LÖWENHEIM, Ulrich (ur.), *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck, München, 2003., str. 1071. Sudsku praksu vidjeti LOEWENHEIM, Ulrich u: SCHRICKER, Gerhard (ur.), *Urheberrecht Kommentar*, 3. izd., München, 2006., str. 1348.-1351.

67 DREIER, Thomas/SCHULTZE, Gernot, *Urheberrechtsgesetz*, 2. izd., C. H. Beck, München, 2006., str. 1067.

Pravni položaj autora u ugovorima o imovinskopravnim raspolaganjima autorskim pravom uređuje se u čl. 31. do 44. *UrhG*. Tu su propisana pravila o pisanom obliku ugovora, o raspolaganju budućim djelima te autorskoj naknadi, kao i druga pravila kojima je cilj zaštita autora kao slabije ugovorne strane. Budući da nema posebnih odredaba za radnike-autore, sve što je propisano u navedenim člancima primjenjuje se na odgovarajući način i na njih, s time da se slijedom radnog odnosa radnik može naći u nepovoljnijem položaju od autora koji to nije.⁶⁸ Tako, npr. u sudskoj praksi prevladava stajalište da je moguće i prešutno osnivanje prava iskorištavanja u korist poslodavca u slučajevima kada ugovor o radu nema odredaba kojima se uređuju međusobni odnosi poslodavca i radnika u pogledu autorskih djela stvorenih u radnom odnosu.⁶⁹

Djela koja radnik stvori u svoje slobodno vrijeme pripadaju mu bez ograničenja. No, ako bi takvo djelo pripadalo u područje djelovanja poslodavca te ako bi iskorištavanje takvog autorskog djela predstavljalo nepošteno natjecanje s poslodavcem, tada je autor dužan prava iskorištavanja ponuditi poslodavcu. Isto tako, poslodavac može zahtijevati da radnik u njegovu korist osnuje prava iskorištavanja ako je djelo stvorio koristeći se poslodavčevim sredstvima, prostorom i sličnim resursima.⁷⁰

Naposljetku valja napomenuti da se u odnosu na autorska audiovizualna djela, točnije, u ugovorima o audiovizualnoj produkciji, primjenjuje predmnjeva da se takvim ugovorom za filmskog producenta osnivaju prava iskorištavanja koja obuhvaćaju pravo stvaranja audiovizualnog djela, njegovih prerada te iskorištavanja na sve poznate načine.⁷¹ Iako je bilo prijedloga da se u *UrhG* za filmskog producenta u ovome slučaju osnuju isključiva prava iskorištavanja u odnosu na sva imovinska autorska prava na audiovizualnom djelu, kao što je to slučaj kod računalnih programa, od toga se odustalo. Dakle, u slučaju audiovizualnih djela nije riječ o *cessio legis*, već je riječ o rješenju u kojem filmski producent u sumnji ima sva isključiva prava iskorištavanja na sve poznate načine, u trenutku kada sklopi ugovor o audiovizualnoj produkciji. Riječ je o presumpciji o sadržaju ugovora o audiovizualnoj produkciji. Navedeno opće pravilo isto vrijedi i za audiovizualna djela stvorena u radnom odnosu, kada između filmskog producenta i autora filma postoji ugovor o radu.⁷²

68 Isto NORDEMANN, u: LÖWENHEIM, *op. cit.*, str. 1072.

69 Vidjeti više ROJAHN, u: SCHRICKER, *op. cit.*, str. 895.

70 NORDEMANN, u: LÖWENHEIM, *op. cit.*, str. 1072., 1077. i 1078. Sudsku praksu vidjeti ROJAHN, u: SCHRICKER, *op. cit.*, str. 920.-922.

71 Čl. 88. *UrhG*.

72 SCHWARZ, Mathias/REBER, Ulrich, u: LÖWENHEIM, Ulrich (ur.), *Handbuch des Urheberrechts*, C. H. Beck, München, 2003., str. 1431.-1432.

3.2. Francuska

Za razliku od Njemačke, u Francuskoj je autorsko pravo uređeno po dualističkom načelu.⁷³ Prema ovom načelu autorska imovinska i autorska moralna prava različite su i samostalne, iako međusobno povezane, komponente jednoga subjektivnog prava.⁷⁴ Samostalnost imovinske i osobne komponente autorskoga prava osobito dolazi do izražaja u imovinskopravnim raspolaganjima autorskim pravom *inter vivos*.⁷⁵ Moralna autorska prava nisu prenosiva zaživotnim pravnim poslovima,⁷⁶ dok imovinska autorska prava jesu.⁷⁷ Valja uočiti da *CPI* koristi izraz ustupanje ili cesija (franc. *cession*) u svrhu označivanja imovinskopravnih raspolaganja imovinskom komponentom autorskoga prava.⁷⁸ U pravnoj književnosti i praksi, ali ne i u *CPI*, koristi se i riječ licencija (franc. *licence*)⁷⁹ s ciljem da se sadržajno označi ograničeno ili djelomična cesija (franc. *cession partielle*). No, tu valja naglasiti da je riječ o kvantitativno, a ne kvalitativno ograničenom ustupanju,⁸⁰ tj. da se ustupa kvalitativno isti sadržaj pojedinih imovinskih autorskih prava kao što se ustupa i kod potpune cesije (franc. *cession totale*), ali se to ustupanje ograničuje u načinu iskorištavanja, vremenu iskorištavanja, području iskorištavanja i sl.⁸¹

CPI ne spominje ustupanje imovinskih autorskih prava kao takvih, već u pravilu govori o ustupanju pojedinih imovinskih autorskih prava koja pripadaju

73 Dualističko načelo u autorskom pravu utemeljio je njemački pravnik Josef Kohler krajem 19. stoljeća. Tako VOGEL, u: LÖWENHEIM, *op. cit.*, str. 10.; ULMER, *op. cit.*, str. 112.

74 Tako i npr. LUCAS, André/PLAISANT, Robert, „France“, u: NIMMER, Melville B./GELLER, Paul Edward (ur.), *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Co., Inc, Rel. 12-10/00 pub. 339, str. 13.; von LEWINSKI, Silke, „Urhebervertragsrecht im Frankreich“, u: BEIER, Friedrich-Karl *et al.* (ur.), *Urhebervertragsrecht: Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1995., str. 688.

75 Važno je ukazati i na uređenje trajanja imovinskih, odnosno moralnih autorskih prava. Dok su prva vremenski ograničena u trajanju (70 godina *post mortem auctoris*), druga su vječna (franc. *perpétuel*) što znači da nema vremenskog ograničenja moralnih prava (čl. L121-1. st. 3. i čl. L123-1. st. 2. *CPI*).

76 Čl. L121-1. st. 3. *CPI*.

77 Čl. L122-7. st. 1. *CPI*.

78 U tom smislu imovinska autorska prava su nenaplatno prenosiva (franc. *cessibles à titre gratuit*) ili naplatno prenosiva (franc. *cessibles à titre onéreux*). U hrvatskom pravu, cesija označuje institut kojim se prenose, odnosno ustupaju i druga subjektivna imovinska prava, a ne samo tražbine kako bi se to na prvi pogled moglo zaključiti iz odredbe čl. 80. hrvatskoga Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05 i 41/08). Vidjeti više MARKOVINOVIĆ, Hrvoje, *Ugovor o cesiji* (dis. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu), Zagreb, 2005., str. 11.-13.; MATANOVAC VUČKOVIĆ, Romana, *Prijenos i licencija žiga u svjetlu pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji* (dis. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu), Zagreb, 2010., str. 445.

79 Vidjeti LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 56.

80 Von LEWINSKI, *op. cit.*, str. 688.

81 Vidjeti SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 67. Ovi autori tvrde da se u francuskom pravu ne razlikuju cesija i licencija autorskoga prava te da se u čl. od L131-1. do L131-8. *CPI* govori upravo o cesiji. Upućuju na to da francuski pravni pisci govore o razlikama u stupnju cesije, pri čemu cesija može biti potpuna ili ograničena (djelomična).

imovinskopravnoj komponenti autorskog prava.⁸² Prilikom ustupanja pojedinih imovinskih autorskih prava primjenjuje se načelo specifikacije ili određenosti koje je propisano u čl. L131-3. st. 4. *CPI*. Sukladno ovom načelu, u ugovoru o cesiji (ustupanju) mora se navesti svako od pojedinačnih imovinskih autorskih prava te odrediti opseg i svrha takvog ustupanja, kao i njegovi teritorijalni i vremenski učinci.⁸³ No, prema čl. L122-7. st. 4. *CPI* ipak je moguće i ustupanje svih imovinskih prava koja postoje u odnosu prema jednom autorskom djelu jednim pravnim poslom, što se naziva potpuna cesija (franc. *cession totale*). Istodobno je, međutim, s ciljem zaštite autora kao slabije ugovorne strane, u istoj odredbi propisano da potpuna cesija proizvodi učinke samo uz poštivanje načela specifikacije ili određenosti. Slijedom toga, ono što nije izrijeком u ugovoru o cesiji navedeno, smatra se da nije ni ustupljeno.

Vezano uz pitanje imovinskopravnih raspolaganja autorskim pravom u Francuskoj, potrebno je dalje naglasiti da je jedno od temeljnih načela uređenja francuskoga autorskog prava i načelo pripadanja autorskoga prava naravnoj osobi koja je djelo stvorila, tj. autoru. Pravne osobe mogu autorsko pravo izrijeком ili prešutno steći samo od autora.⁸⁴ Slijedom toga, odredbu iz čl. L113-1. *CPI*, u kojoj se uređuje oboriva predmnjeva da se autorom smatra osoba pod čijim imenom je djelo objavljeno, valja tumačiti isključivo u korist naravnih, a ne pravnih osoba, što je u nizu presuda potvrdio i Kasacijski sud (*Cour de cassation*).⁸⁵

Kada je riječ o autorskim djelima stvorenima u radnom odnosu *CPI* utjelovljuje načelo da autorsko pravo na djelima stvorenima u radnom odnosu pripada radniku-autoru – osobi koja je djelo stvorila, a ne poslodavcu. Stoga, sve što je prethodno rečeno o imovinskopravnim raspolaganjima autorskim pravom u pravnim poslovima *inter vivos* valja primijeniti i na odnos radnika i poslodavca. To je potvrdio i Kasacijski sud u nizu svojih presuda.⁸⁶ Dakle, da bi poslodavac stekao ikakva imovinska autorska prava na autorskim djelima koja su njegovi zaposlenici stvorili u radnom odnosu, mora to utanačiti ugovorom o radu ili drugim ugovorom, poštujući sva do sada navedena načela, a osobito načelo specifikacije ili određenosti. U praksi su, slijedom toga, česti ugovori u kojima radnik-autor unaprijed ustupa na poslodavca imovinska autorska prava na svojim budućim djelima koja će stvoriti u radnom odnosu (franc. *cession anticipée*). Tu, međutim, valja voditi računa o odredbi čl. L131-1. *CPI* prema kojoj su ugovorne odredbe kojima se drugome

82 Prema čl. L122-1. *CPI*, imovinska autorska prava dijele se u dvije velike skupine: prava javne izvedbe (franc. *droit de représentation*) i prava umnožavanja (franc. *droit de reproduction*), koja se dalje razrađuju i određuju do čl. L122-12.

83 U sudskoj praksi, klauzula *tous droits compris* smatra se ništetnom jer je preširoka i time suprotna načelu specifikacije ili određenosti. SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 67.

84 Tako LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 42.; SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 49.

85 Presude navode LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 43, bilj. 3.; SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 61.

86 Presude navode LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 53, bilj. 63. i 64.

ustupaju imovinska autorska prava na svim budućim djelima radnika ništetne,⁸⁷ jer je ova odredba jednako primjenjiva i na ugovore između radnika i poslodavca o autorskim djelima nastalim u okviru radnog odnosa.

Za razliku od slučajeva kada ugovori o radu izrijeком predviđaju ustupanje radnikovih autorskih imovinskih prava poslodavcu, posebni problem nastaje kod ugovora o radu u kojima se pitanje autorskih prava ne spominje. To stoga što postoje tumačenja prema kojima, čak i ako u ugovoru o radu nije izrijeком ugovoreno ustupanje radnikovih imovinskih autorskih prava poslodavcu, smatra se da je takvo ustupanje prešutno ugovoreno za ona imovinska autorska prava na svim djelima koja radnik stvori u radnom odnosu, a koja su potrebna za vođenje poslodavčeva poslovanja te u opsegu koji je potreban za ostvarenje te svrhe.⁸⁸ Takvim se tumačenjima, međutim, suprotstavlja temeljno načelo iz čl. L111-1. st. 3. *CPI* u kojem je propisano da nikakav ugovor, a posebice ne ugovor o narudžbi autorskoga djela ili ugovor o radu, ni na koji način ne mogu ograničiti isključiva autorova prava koja je on stekao stvaranjem autorskoga djela.⁸⁹ Povrh toga bilo bi to protivno i prethodno spomenutom načelu specifikacije ili određenosti. Stoga se može zaključiti da prešutne cesije kao posljedica postojanja ugovora o radu nisu moguće prema francuskom pravu.

Očekivano, izuzetak od načela da autorsko pravo na autorskim djelima stvorenima u radnom odnosu pripada radniku, a ne poslodavcu predviđen je u čl. L113-9. *CPI*, kao posljedica preuzimanja odredbe čl. 2. st. 3. Direktive EZ o pravnoj zaštiti računalnih programa. Prema tim odredbama, imovinska autorska prava na *softwareu*⁹⁰ stvorenom u izvršavanju obveza iz ugovora o radu ili prema uputama poslodavca pripadaju poslodavcu ako drukčije nije određeno ugovorom između poslodavca i radnika. Međutim, ovdje poslodavac nije izvorni nositelj imovinskih autorskih prava, već je ta prava stekao na temelju zakonske cesije (franc. *cession légale*).⁹¹ U francuskoj sudskoj praksi se oboriva predmnjeva zakonske cesije tumači vrlo široko u korist poslodavca. Tako autorska imovinska prava na *softwareu* stvorenom u radnom odnosu bivaju *ex lege* ustupljena poslodavcu i onda kada je

87 Ipak, navedenu odredbu u primjeni je ublažila sudska praksa. Presude navodi *ibid.*, str. 63.

88 Francuski sudovi nižih stupnjeva priklanjali su se stajalištu o prešutnom ustupanju autorskih prava u ugovorima o radu, da bi Kasacijski sud takvu sudsku praksu dokinuo tvrdeći da ugovor o cesiji mora biti u pisanom obliku te da se mora, u skladu s načelom specifikacije ili određenosti, prilikom cesije odrediti i opseg, trajanje i svrha cesije. Vidjeti SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 65.

89 LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 54.

90 O pojmovima „računalni program“ i „*software*“ te njihovim značenjima u *CPI* i drugim propisima vidjeti KUNDA, Ivana/MATANOVAC VUČKOVIĆ, Romana, „Raspodaganje autorskim pravom na računalnom programu – materijalnopravni i kolizijskopravni aspekti“, *Zbornik PFR*, vol. 31, br. 1, Suppl., 2010., str. 85.-131.

91 Isto i LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 55. Neki autori, suprotno tomu, ukazuju da je pravno uređenje pripadanja autorskih prava na *softwareu* stvorenom u radnom odnosu uređeno po uzoru na izume stvorene u radnom odnosu, što bi impliciralo da smatraju da je u tom slučaju poslodavac izvorni nositelj imovinskih autorskih prava. SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 49.

radnik, kao menadžer u poduzeću primao jedinstvenu plaću za sav svoj rad za to poduzeće, uključujući i onaj koji je obavljao kod kuće.⁹²

Nadalje, izuzetak od načela da autorsko djelo pripada fizičkoj osobi koja ga je stvorila – autoru, propisan je u čl. L113-5. *CPI* za kolektivna djela, koja su kao posebna vrsta autorskih djela uređena u navedenom zakonu.⁹³ Ona mogu izvorno pripadati i pravnoj osobi i to onoj na čiju je inicijativu i po čijim je uputama djelo stvoreno, učinjeno dostupnim javnosti te pod čijim se imenom objavilo javnosti. Ova se situacija razlikuje od prethodno opisane situacije sa *softwareom* utoliko što je ovdje pravna osoba izvorni nositelj autorskog prava, a ne ovlaštenik imovinskih prava koja je stekao na temelju zakonske cesije (franc. *cession légale*).⁹⁴ I moralna prava na kolektivnim djelima pripadaju pravnoj osobi koja se smatra njegovim autorom,⁹⁵ dok moralna prava na *softwareu* uvijek pripadaju naravnoj osobi – autoru *softwarea*.⁹⁶ U ovim odredbama svakako se može uočiti pravna niša prema kojoj poslodavac može postati izvorni nositelj autorskih prava svojih radnika koji po njegovoj inicijativi, njegovim uputama te pod njegovim nadzorom stvaraju kolektivna autorska djela, uz daljnji uvjet da se tako stvoreno kolektivno djelo pod imenom poslodavca objavi javnosti na bilo koji način. U tom se slučaju također primjenjuje predmnjeva da je pravna osoba pod čijim je imenom djelo objavljeno ujedno i autor takvog djela. Kao čest primjer kolektivnih djela u francuskoj praksi ističu se djela stvorena u tiskanim medijima – dnevnim novinama te tjednim, mjesečnim i sličnim periodičnim publikacijama.⁹⁷ Zaposlenici koji stvaraju kolektivna djela nemaju

92 LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 55.

93 Da bi se neko djelo moglo smatrati kolektivnim djelom treba postojati inicijativa za njegovo stvaranje koja potječe od jedne naravne ili pravne osobe te ta osoba mora davati upute za njegovo stvaranje i trajno nadzirati to stvaranje. Djelo mora biti objavljeno javnosti pod imenom te osobe koja je ovlaštena na njegovo iskorištavanje, a doprinosi osoba koje su sudjelovale u stvaranju kolektivnog djela moraju u cijelosti potjecati iz izvornog koncepta osobe koja je dala inicijativu i upute za njegovo stvaranje te biti tako međusobno isprepleteni da je nemoguće razdvojiti ih. *Ibid.*, str. 49.-50.; SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 65.

94 Neki autori smatraju da nema razlike u pravnom položaju poslodavca u odnosu na *software* i kolektivna djela, te da je u oba slučaja poslodavac izvorni nositelj autorskog prava. Vidjeti SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 61.

95 U francuskoj teoriji postoje zagovornici stajališta da pravne osobe ne mogu imati moralna autorska prava, pa ni na kolektivnim djelima (Desbois), kao i zagovornici stajališta da je iz odredbe čl. L112-2. *CPI* jasno da zakonodavac nije smatrao potrebnim razdvojiti pitanje autorskih imovinskih i autorskih moralnih prava kada je uredio da autorska prava na kolektivnim djelima mogu izvorno pripadati i pravnim osobama (Lucas). No, bez obzira na prijepore o tome postoje li na kolektivnim djelima autorska moralna prava pravne osobe zajedno s autorskim moralnim pravima naravnih osoba koje su sudjelovale u stvaranju tog djela, smatra se da sva autorska moralna prava koja postoje na kolektivnim djelima može izvršavati pravna osoba ako je pod njenim imenom to djelo objavljeno javnosti. Vidjeti više LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 51.

96 U čl. L121-7. *CPI* propisana su ograničenja moralnih prava autora *softwarea* koja se primjenjuju i na *software* stvoren u radnom odnosu. Vidjeti više SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 50.

97 Tako LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 52. Kao primjeri kolektivnih djela prema sudskoj praksi navode se i enciklopedije, rječnici, elementi karoserije automobila, računalni programi,

pravo ni na kakav udio u koristi koja se ostvari od prodaje primjeraka takvih djela, na što bi inače bili ovlašteni da je riječ o drugim vrstama djela. Nemaju pravo ni na udio u koristima koje se ostvare od naknadnih izdanja ili drugih vrsta iskorištavanja kolektivnih djela. Oni naknadu za svoj rad primaju u obliku paušalne naknade, što je potvrđeno u francuskoj sudskoj praksi.⁹⁸ Kolektivnim djelom i svim autorskim pravima u odnosu prema takvom djelu upravlja isključivo poslodavac koji je i njihov izvorni nositelj.

Naposljetku, vezano uz autorska djela stvorena u radnom odnosu, valja uočiti i odredbe o audiovizualnim djelima te posebne odredbe o ugovorima o audiovizualnoj produkciji jer se i takva vrsta odnosa može pojaviti između poslodavca i radnika.⁹⁹ Producent audiovizualnog djela ne može se smatrati njegovim autorom ili suautorom, osim ako je riječ o naravnoj osobi koja je, pored preuzimanja inicijative i odgovornosti za stvaranje audiovizualnog djela u ulozi producenta, sudjelovala u stvaranju audiovizualnog djela i kao redatelj ili drugi autor iz čl. L113-7. *CPI*.¹⁰⁰ No, predmnjeva se da producent na temelju ugovora o audiovizualnoj produkciji stječe autorska imovinska prava na audiovizualnom djelu ako tim ugovorom nije drukčije uređeno.¹⁰¹ Opisane odredbe na isti način primjenjuju se i onda kada je riječ o stvaranju audiovizualnog djela u radnom odnosu gdje je jedan od autora, tj. suautora radnik, a producent je poslodavac.

3.3. Ujedinjeno Kraljevstvo

Ujedinjeno Kraljevstvo, tipična predstavnica anglosaksonskoga poimanja autorskoga prava kao *copyrighta*, bitno različito pristupa pravnom uređenju imovinskopravnih raspolaganja autorskim pravom od ovdje obrađenih primjera Njemačke i Francuske, kao i autorskim djelima stvorenim u radnom odnosu. U pravu Ujedinjeno Kraljevstvo razlikuje se pojam autorstvo (engl. *authorship*) od pojma nositelja autorskog prava (engl. *ownership*). Tako je, prema čl. 9. st. 1. Zakona o autorskom pravu, dizajnama i patentima (*Copyright, Designs and Patents Act*, dalje: *CDPA*),¹⁰² autor osoba koja je djelo stvorila, ali se istodobno u st. 2. istoga članka autorom zvučne snimka imenuje njezin proizvođač, autorom filma filmski producent i glavni redatelj, autorom emitiranja, osoba koja obavlja to emitiranje, a autorom tipografičkog razmještaja objavljenog izdanja (engl. *typographical arrangement of a published edition*), nakladnik. Slijedom navedenoga, u autorskom pravu Ujedinjenog Kraljevstva sasvim je uobičajeno da se autorom smatra pravna osoba. To je jasan

poster, vodiči za ispunjavanje formalnosti u upravnom postupku. Presude francuskih sudova navode SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 65.

98 LUCAS/PLAISANT, *op. cit.*, str. 51.

99 Na to upozoravaju i SCHMIDT-SZALEWSKI/BOUCHE, *op. cit.*, str. 66.

100 Određenje filmskog producenta vidjeti čl. L132-32. *CPI*.

101 Čl. L132-24. *CPI*.

102 Zakon potječe iz 1988. godine, višekratno je mijenjan i dopunjavao, a neslužbeni pročišćeni tekst na dan 20. siječnja 2011. godine dostupan je na: <http://www.ipo.gov.uk/cdpact1988.pdf> (posljednji posjet 8. veljače 2011. godine).

odmak od kontinentalnog autorskopavnog sustava u kojemu autor može biti samo fizička osoba koja je djelo stvorila, osim u izuzetnim slučajevima kao što je slučaj kod kolektivnih djela prema francuskom *CPI*. Istodobno, u čl. 11. *CDPA* propisano je da je izvorni nositelj autorskoga prava (engl. *first owner of a copyright*) autor, a ako je književno, dramsko, glazbeno ili umjetničko djelo ili film stvorio radnik u okviru svog radnog odnosa (engl. *in course of his employment*), autorsko pravo izvorno pripada poslodavcu, izuzev ako je ugovorom drukčije određeno.¹⁰³ Dakle, autorsko pravo Ujedinjenog Kraljevstva poslodavca čini izvornim zakonskim stjecateljem, tj. nositeljem (engl. *owner*) autorskih prava na djelima koja je ostvario njegov radnik pod pretpostavkom da su nastala u okviru radnog odnosa, iako je radnik autor (engl. *author*) takvih djela.

Sam radni odnos se u čl. 178. *CDPA* opisuje kao odnos koji je uređen ugovorom o službi ili vježbeništvu (engl. *contract of service or apprenticeship*), pri čemu valja voditi računa da pojam „ugovora o službi“ u pravu Ujedinjenog Kraljevstva ne obuhvaća samo državnu, javnu i sličnu službu, već sve radnopravne odnose i time zapravo predstavlja pojam čije je značenje usporedivo s pojmom „ugovora o radu“ u hrvatskom pravu. S obzirom na to, očekivano je da se u pravu Ujedinjene Kraljevine razvila bogata sudska praksa povodom pitanja je li neki odnos prema činjenicama konkretnog slučaja uređen ugovorom o službi (engl. *contract of service*) te pripadaju li, slijedom toga, prava na autorskim djelima stvorenima u takvom odnosu poslodavcu. Načelno, to je slučaj kada radnik postupa izvršavajući zadatke iz ugovora o službi po uputama i pod nadzorom poslodavca te za to prima plaću.¹⁰⁴

3.4. Hrvatska

Hrvatsko uređenje pravnog statusa autorskih djela stvorenih u radnom odnosu prije stupanja na snagu hrvatskoga Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima 2003. godine (dalje: ZAPSP),¹⁰⁵ u pogledu pripadanja autorskog djela stvorenog u radnom odnosu, tj. u izvršavanju obveza iz ugovora o radu, bio je bliži shvaćanjima karakterističnima za angloamerički sustav *copyrighta*, no kontinentalnoeuropskim

¹⁰³ Ovo načelo primjenjuje se u pravu Ujedinjenog Kraljevstva još od autorskopavnih propisa iz 1911. godine do danas. O njemu se posebno raspravljalo i prije stupanja na snagu *CDPA* 1988. godine, budući da se u stručnim krugovima pojavilo pitanje treba li ga mijenjati u korist radnika. No, Whitfordova komisija za autorsko pravo i pravo dizajna (*Whitford Committee on Copyright and Design Law*) koja je djelovala između 1974. i 1977. godine u svojem je Izvješću od 1977. godine zaključila da ako je osoba zaposlena da bi stvarala autorska djela i ako ona za to prima plaću u skladu sa svojim radnim zadacima, tada svaki rezultat njezinog rada treba pripasti poslodavcu, ako nije drukčije ugovoreno. Također, ova je Komisija zaključila da takvom radniku u načelu ne treba pripasti nikakva dodatna naknada. Vidjeti GARNETT, Kevin/DAVIES, Gillian/HARBOTTLE, Gwilym, *Copinger and Skone James on Copyright*, 15. izd., Sweet & Maxwell, London, 2005., str. 217., bilj. 14.

¹⁰⁴ Pojediniosti o tome kada se smatra da je neki odnos uređen ugovorom o službi (engl. *contract of service*) i u čemu je razlika prema ugovoru o djelu (engl. *contract for service*), te pripadajuću sudsku praksu vidjeti više *ibid.*, str. 218.-221.; CORNISH/LLEWELYN, *op. cit.*, str. 471.

¹⁰⁵ NN 167/03 i 79/07.

shvaćanjima sustava autorskoga prava. Poslodavac je, prema čl. 20. prijašnjega Zakona o autorskom pravu (dalje: ZAP) iz 1978. godine,¹⁰⁶ imao zakonom ustanovljeno isključivo pravo tijekom pet godina iskorištavati u okviru svoje redovite djelatnosti autorska djela što su ih u izvršavanju obveza iz radnog odnosa stvorili njegovi zaposlenici. Istodobno je, međutim, radnik-autor imao pravo na posebnu naknadu u skladu s kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu, razmjerno doprinosu što ga je korištenje njegova djela imalo na povećanje gospodarskih koristi koje ostvaruje poslodavac ili obavljanje djelatnosti i izvršavanje zadataka poslodavca. Navedenim je zakonom poslodavac istodobno bio određen izvornim zakonskim nositeljem autorskog imovinskog prava na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu. U čl. 19.-22. ZAP-a bila su uređena i druga pitanja pravnog položaja autorskih djela stvorenih u radnom odnosu. Između ostalog, poslodavac je bio dužan poštovati moralno pravo paterniteta svoga radnika-autora, a radnik nije u odnosu na stručna izvješća, referate, službene akte ili slične radove koje je stvorio u izvršavanju obveza iz ugovora o radu stjecao nikakva, pa ni moralna autorska prava.¹⁰⁷

Neki su autori za prijašnji ZAP tvrdili da se ne drži dosljedno nijednog od autorskopравnih načela zastupljenih u kontinentalnoeuropskim sustavima, ni dualističkog, ni monističkog, zaključivši da translativni prijenos imovinskih autorskih prava prema tomu propisu nije bio moguć.¹⁰⁸ Drugi su držali da taj propis nedvojbeno počiva na dualističkom načelu autorskoga prava te su, po uzoru na francuski *CPI* i francusku pravnu književnost, objašnjavali da je translativni prijenos autorskoga prava bio moguć.¹⁰⁹ Spominjane odredbe kojima se uređuje pravni status autorskih djela stvorenih u radnom odnosu govore u prilog drugoga stajališta. Dok je za računalne programe stvorene u radnom odnosu bilo jasno određeno da imovinska autorska prava izvorno pripadaju poslodavcu,¹¹⁰ a za stručna izvješća, referate, službene akte i slična djela da radnik nema nikakvih autorskih prava, u odnosu na druga autorska djela bila je propisana zakonska cesija (*cessio legis*) imovinskih prava u korist poslodavca u trajanju od pet godina. Prema sudskoj praksi, nakon

106 NN 53/91, 58/93 i 9/99-proč.

107 To je potvrđeno i u sudskoj praksi, npr. u presudi Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. Pž-4127/94 od 7. veljače 1995. godine, *Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske*, 1994.-2004., broj 9. Međutim, nije jasno određeno, pa je slijedom toga i dalje sporno, je li poslodavac na takvim djelima stjecao ikakva autorska prava. Tako i von LEVINSKI, Silke, „Works created under an employment contract“, *Zbornik HDAP*, vol. 5, 2004., str. 113.-125., posebno str. 115.

108 GLIHA, Igor, *Autorsko pravo – zbirka propisa s uvodnim tekstom i stvarnim kazalom*, Zagreb, 2000., str. 11.-13.

109 HENNEBERG, Ivan, „Utjecaj teorija o pravnoj naravi autorskog prava na zakonodavstva o autorskom pravu s posebnim osvrtom na hrvatsko zakonodavstvo“, *Zbornik HDAP*, vol. 5, 2004., str. 1.-11, posebno str. 2.

110 Odredbe iz čl. 20. st. 5. ZAP glasila je: „Uz iznimku odredaba iz ovoga članka, na računalnom programu stvorenom u pravnoj osobi, odnosno kod poslodavca, nositelj autorskog imovinskog prava jest pravna osoba odnosno poslodavac.“ Suprotno tomu, von Lewinski smatra da je tu riječ o *cessio legis*. Von LEVINSKI, *op. cit.*, str. 115.

isteka petogodišnjega razdoblja autorska imovinska prava vraćala su se radnicima-
autorima, i to bez obzira je li radni odnos još trajao ili ne.¹¹¹

ZAPSP, koji kao i prethodni ZAP ima prednost pred ZR-om sukladno načelu *lex specialis derogat legi generali*, je donio značajan zaokret u uređenju pravnog statusa autorskih djela stvorenih u radnom odnosu. U suvremenoj pravnoj teoriji zastupa se jedinstveno stajalište da ovaj propis počiva na monističkom načelu pa se odredbe o imovinskopравnim raspolaganjima autorskim pravom u ZAPSP-u¹¹² u velikoj mjeri poklapaju s odgovarajućim odredbama njemačkoga UrhG koji je, uostalom, poslužio kao neposredan uzor za uređenje ovoga dijela hrvatskog zakona. Zbog toga se opće odredbe o imovinskopравnim raspolaganjima autorskim pravom prema hrvatskom ZAPSP-u ovdje neće posebno pojašnjavati.¹¹³ Nastavno na navedeno, pravni status autorskih djela stvorenih u radnom odnosu uređen je uz poštivanje temeljnog načela da autorsko pravo uvijek pripada fizičkoj osobi koja ga je stvorila – autoru. Isto je predviđeno i u čl. 75. ZAPSP-a za autorska djela stvorena u radnom odnosu. Prema toj odredbi autorsko djelo stvoreno u radnom odnosu jest takvo djelo koje za vrijeme trajanja radnog odnosa kod određenog poslodavca stvori radnik-autor izvršavajući svoje obveze ili po uputama toga poslodavca. Odnosi u pogledu takvih autorskih djela uređuju se u ZAPSP-u, ugovorom o radu ili drugim aktom kojim se uređuje radni odnos poput pravilnika.¹¹⁴ Slijedom navedenoga, valja zaključiti

111 „[B]udući da je djelo stvoreno u radnom odnosu, tj. radi se o autorskom djelu što ga je načinio tužitelj u izvršavanju svoje radne obveze kao djelatnik HTR-a. U smislu odredbe čl. 20. st. 1. Zakona o autorskom pravu, HRT kao pravna osoba ima isključivo pravo za vrijeme od pet godina iskorištavati autorsko djelo tužitelja stvoreno u radnom odnosu, a isto proizlazi i iz pravilnika o autorskim i izvođačkim pravima HRT-a. Kako nije protekao zakonom predviđeni rok od pet godina, jer je film proizveden 1995., a tužba podnijeta 16. prosinca 1997., tužitelj nije legitimiran za podnošenje tužbe u odnosu na navedeni film.“ Presuda Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. Pž-3268/00 od 9. siječnja 1999. godine, *Ing registar sudske prakse 2001.*, br. 2, sk., 3, str. 3. „Pravna osoba – organizacija za radiodifuziju – ima, i bez odobrenja autora, isključivo petogodišnje pravo iskorištavanja autorskog djela koje je stvorio njezin radnik-autor u obavljanju svojih radnih dužnosti. Po proteku roka od pet godina autorima filma, i to, piscu scenarija, redatelju i glavnom snimatelju pripadaju autorska prava među kojima i naknada za korištenje autorskog djela, što je organizacija za radiodifuziju dužna poštovati.“ Presuda Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. Pž-2321/99 od 15. lipnja 1999. godine, *Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004.*, br. 9., odluka br.132, str. 104, 105. „Autor koji u izvršavanju svojih radnih obveza za vrijeme radnog odnosa izradi fotografije, stječe autorsko pravo na njima i uživa pravnu zaštitu pet godina nakon stvaranja pojedine fotografije. Visina naknade utvrđuje se u omjeru s naknadom što bi je autor dobio da je onaj koji je iskorištavao djela zatražio dozvolu autora i platio ugovorenu naknadu za iskorištavanje autorskog djela.“ Presuda Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. Pž-4123/94 od 13. veljače 1996. godine, *Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004.*, br. 9., odluka br.134, str. 105, 106.

112 Sustavno o tome vidjeti GLIHA, Igor, „Raspolaganje autorskim pravom (i srodnim pravima)“, *Zbornik HDAP*, vol. 5, 2004., str. 97.-110.

113 Upućuje se ovdje na doktrinu, npr. GLIHA, Igor, „Prava na autorskim djelima nastalim u radnom odnosu i po narudžbi“, *Zbornik PFZ*, vol. 56, posebni br., 2006., str. 791.-836.

114 Budući da se režim pravnog uređenja autorskih djela stvorenih u radnom odnosu izmijenio, u čl. 202. st. 6. ZAPSP-a propisana je prijelazna odredba da se stari ZAP u pogledu tih pitanja

da poslodavac koji želi steći ikakva prava iskorištavanja na autorskim djelima koje u izvršavanju svojih obveza iz ugovora o radu stvori njegov radnik, mora to izrijekom ugovoriti sa svojim radnikom.¹¹⁵ U tom slučaju radnik ugovorom o radu ili drugim ugovorom za poslodavca osniva pravo iskorištavanja njegovoga autorskog djela. Riječ je o derivativnom konstitutivnom stjecanju. Ako poslodavac propusti ugovorom urediti ovo pitanje na opisani način, radnik zadržava svoje autorsko pravo, bez ograničenja.¹¹⁶ Budući da o tomu nema nikakvih posebnih odredbi, u svemu ostalome vezano uz raspolaganje autorskim pravom na djelima stvorenim u radnom odnosu, primjenjuju se opća pravila o imovinskopravnim raspolaganjima autorskim pravom osnivanjem prava iskorištavanja. Također, u nedostatku posebnih propisa, sve navedeno jednako je primjenjivo i na slučajeve kada su radnici zaposleni na akademskim institucijama.

U pravnoj književnosti ističe se da ovaj zaokret u uređenju pravnog statusa autorskih djela stvorenih u radnom odnosu valja tumačiti u korist radnika-autora, zato što on time stječe snažniju pravnu poziciju za pregovore s poslodavcima u svojim autorskim pravima.¹¹⁷ Ipak, nakon nekoliko godina primjene ZAPSP-a, primjećuje se da se dobra namjera zakonodavca pretvorila u svoju suprotnost. Praksa pokazuje da radnici, nemajući u stvarnosti dobru pregovaračku poziciju, u pravilu potpisuju ugovore o radu (ili u takvim ugovorima pristupaju pravilnicima o radu) u kojima za poslodavce osnivaju vremenski, prostorno i sadržajno neograničena prava iskorištavanja za sva svoja autorska djela koja stvore za vrijeme trajanja radnog odnosa,¹¹⁸ i to nerijetko bez ikakve dodatne naknade osim redovite plaće. Kao posljedica takvih ugovora radnici-autori u cijelosti ostaju bez ikakvih imovinskih koristi od svojih autorskih djela stvorenih u radnom odnosu. Ako bi se željelo ostvariti stvarnu volju zakonodavca u pogledu cilja odredaba iz čl. 75. i 76. ZAPSP-a, valjalo bi de lege ferenda razmisliti o dopuni navedenih odredaba kojima bi se za radnike-autore propisale određene zaštitne odredbe prisilne naravi, kao što se to čini u propisima drugih država koji su ovdje obrađeni.

primjenjuje još tri godine nakon stupanja na snagu ZAPSP-a.

115 U slučaju kada poslodavac stekne prava iskorištavanja na djelu stvorenom u radnom odnosu on je aktivno legitimiran i za vođenje sudskih postupaka s ciljem zaštite tih djela od zlouporabe. „Poslodavac je nositelj prava iskorištavanja autorskog djela koje su stvorili njegovi zaposlenici u izvršavanju obveza iz radnog odnosa (čl. 76. ZAPSP-a) pa uživa pravnu zaštitu toga prava. Zato je legitimiran i za podnošenje prijedloga za određivanje privremene mjere protiv svakoga tko povrjeđuje njegovu pravo ili neposredno prijeti da će mu ga povrijediti (čl. 185. ZAPSP-a).“ Presuda Visokog trgovačkog suda RH, posl. br. nije naveden, od 19. svibnja 2005. godine, *Izbor odluka Visokog trgovačkog suda RH*, 2005., br. 10, odluka 22.

116 Vidjeti čl. 76. ZAPSP.

117 Pozitivne strane toga uređenja za radnike-autore osobito ističu von LEWINSKI, *op. cit.*, str. 116. i 117.; GLIHA, Igor, „O korištenju autorskih djela i izvedbi s osvrtnom na one nastale u radnom odnosu“, *Zbornik HDAP*, vol. 6, 2005., str. 79.-90., posebno str. 86. i 87.

118 Ne bi se moglo reći da je to u suprotnosti s odredbom iz čl. 52. st. 3. ZAPSP-a prema kojoj je odredba ugovora o osnivanju prava iskorištavanja na svim autorovim budućim djelima ništetna, budući da ovdje nije riječ o svim budućim djelima, već samo o onim koja su stvorena za vrijeme trajanja ugovora o radu.

Posebne odredbe o pravnom statusu računalnih programa stvorenih u radnom odnosu u ZAPSP-u su, u okviru procesa usklađivanja hrvatskoga prava s pravom Europske unije, također propisane uzimajući u obzir čl. 3. st. 2. Direktive EZ o pravnoj zaštiti računalnih programa, ali i monističko načelo autorskoga prava. Na temelju čl. 108. ZAPSP-a, poslodavac je isključivo ovlašten izvršavati sva imovinska prava na programu kojeg je radnik stvorio u izvršavanju obveza iz ugovora o radu ili slijedeći upute poslodavca, osim ako je ugovorom drukčije određeno. Riječ je o *cessio legis*, tj. zakonom su u korist poslodavca osnovana isključiva prava iskorištavanja, prostorno, vremenski i sadržajno neograničena, što se prema učincima može poistovjetiti s prijenosom ili ustupanjem imovinske komponente autorskoga prava.

I naposljetku, valja ukazati i na odredbe čl. 118. ZAPSP-a u kojima se uređuje ugovor o audiovizualnoj produkciji. Primjenjujući ih na slučaj kada je poslodavac ujedno i filmski producent, valja zaključiti da će on na temelju ugovora o audiovizualnoj produkciji steći sva imovinska prava radnika-autora doprinosa u audiovizualnom djelu i to u opsegu koji je potreban radi ispunjenja svrhe ugovora. Suprotno se mora izrijeком ugovoriti. Riječ je o stjecanju prava iskorištavanja na strani poslodavca – filmskog producenta na temelju zakona, u slučaju kada postoji ugovor o audiovizualnoj produkciji. Navedeno se, međutim, ne odnosi na suautore audiovizualnog djela, poput glavnog redatelja, scenarista, autora dijaloga, glavnog snimatelja te skladatelja glazbe posebno skladane za korištenje u tom audiovizualnom djelu te glavnog animatora, odnosno crtača kada je animacija, odnosno crtež bitan element audiovizualnog djela. U pogledu njihovoga zajedničkog autorskog prava na audiovizualnom djelu potrebno je u ugovoru o audiovizualnoj produkciji izrijeком ugovoriti osnivanje prava iskorištavanja u korist poslodavca – filmskog producenta, pri čemu stranke imaju slobodu urediti taj odnos s obzirom na potrebe pojedinačnog slučaja.

3.5. Usporednopravni osvrt

Usporedbom obrađenih pravnih sustava lako se može uočiti temeljna razlika u pristupu rješavanju problema određivanja ovlaštenika autorskih prava na djelima stvorenima u radnom odnosu u kontinentalnoeuropskim autorskopравnim sustavima, s jedne strane, te u Ujedinjenom Kraljevstvu, s druge strane. Dok se prvi spomenuti sustavi, koji se još nazivaju i sustavi *droit d'auteur*, priklanjaju načelu intelektualnog vlasništva prema kojem autorsko pravo, pa i na onim djelima koja su stvorena u radnom odnosu, pripada fizičkoj osobi koja je djelo stvorila – autoru, anglosaksonski copyright pristup priklanja se radnopravnom načelu da autorska prava na takvim djelima pripadaju poslodavcu. U hrvatskom autorskopравnom zakonodavstvu se do njegovih temeljitih izmjena 2003. godine, te suprotno sadašnjem stanju, primjenjivalo načelo karakteristično za anglosaksonski pristup. Poslodavac je tijekom razdoblja od 5 godina na temelju zakona imao pravo iskorištavanja autorskoga djela stvorenog u radnom odnosu. S druge strane, u Njemačkoj, Francuskoj te (danas) u

Hrvatskoj poslodavac si mora ugovorom o radu ili drugim ugovorom sklopljenim s radnikom priskrbiti pravo iskorištavanja autorskoga djela nastalog u radnom odnosu jer na temelju zakona, osim u iznimnim slučajevima, ne stječe nikakvu mogućnost iskorištavanja takvih autorskih djela.

Budući da u njemačkom, francuskom i hrvatskom zakonodavstvu nema posebnih odredaba o tomu na koji način u ugovorima o radu valja urediti pitanje raspolaganja autorskim pravom u korist poslodavca, primjenjuju se opće odredbe o raspolaganju autorskim pravom. Na pravnodogmatska shvaćanja o naravi takvih raspolaganja u pojedinim pravnim sustavima presudan utjecaj imaju učenja, odnosno teorije o monističkom i dualističkom uređenju sadržaja autorskoga prava. Ako je riječ o monističkoj teoriji, koja je utjelovljena u *UrhG* i *ZAPSP*, poslodavac može ugovorom od radnika steći tek prava iskorištavanja koja se konstitutivnom derivativnom sukcesijom osnivaju na imovinskoj komponenti autorskoga prava. Ako je riječ o dualističkoj teoriji, na kojoj se temelji *CPI*, tada poslodavac može potpunom ili ograničenom cesijom steći imovinska autorska prava. U potonjem slučaju riječ je o translativnoj derivativnoj sukcesiji. Međutim, u samim ekonomskim učincima opisana pravna raspolaganja u bitnome se ne razlikuju.

U kontinentalnoeuropskim sustavima izvorni nositelj autorskog prava na djelima stvorenima u radnom odnosu, osim u iznimnim slučajevima, uvijek ostaje radnik koji je djelo stvorio, što je u suglasju s temeljnim načelom autorskoga prava da je autor fizička osoba koja je djelo stvorila. Navedeni izuzetak predstavljaju kolektivna djela uređena u *CPI* za koja autorsko pravo može pripadati i pravnoj osobi, pa tako i poslodavcu. Nadalje, *UrhG*, *CPI* te *ZAPSP* sadrže opće odredbe o autorskom ugovornom pravu koje su usmjerene na stvaranje povoljnijega pravnog položaja za autora, što se može primijeniti i na autora-radnika. To su npr. odredbe o zabrani raspolaganja imovinskom komponentom autorskoga prava na svim budućim autorovim djelima ili obvezatan pisani oblik autorskih ugovora. No, tu valja uočiti da je ponekad sudska praksa sklona i takve odredbe tumačiti u korist poslodavca, kada je riječ o autorskim djelima stvorenima u radnom odnosu. To je npr. slučaj u Njemačkoj gdje se (za razliku od Francuske) priznaju i prešutna raspolaganja imovinskom komponentom autorskoga prava na autorskim djelima stvorenim u radnom odnosu. Hrvatska se sudska praksa o tom pitanju, prema dostupnim izvorima, do danas nije imala priliku odrediti. Ovdje valja uočiti i načelo specifikacije propisano u *CPI* po kojem je francusko pravo povoljnije za autora-radnika od hrvatskoga i njemačkoga prava u kojima se ovo načelo ne primjenjuje. S druge strane, prema autorskom pravu Ujedinjenog Kraljevstva, autor može biti i pravna osoba. To opće načelo primjenjuje se i na autorska djela stvorena u radnom odnosu pa je s time u skladu i uređenje prema kojem autorsko pravo na takvim autorskim djelima na temelju zakona izvorno pripada poslodavcu, ako nije ugovoreno drukčije.

Pravni status pripadanja autorskoga prava na računalnim programima stvorenim u radnom odnosu jedno je od rijetkih pitanja koje je na usklađen način uređeno na razini Europske unije. Prema tome uređenju imovinska komponenta autorskoga prava na takvim djelima na temelju zakona pripada poslodavcu, s tim da

postoje koncepcijske razlike u načinu pravnog uređenja te gospodarske posljedice, u različitim autorskopравnim sustavima. Te razlike proizlaze iz različitosti koncepta na kojem se temelje pojedini autorskopравni sustavi. Tako se prema *UrhG* i *ZAPSP*-a za poslodavca zakonom osnivaju isključiva, prostorno, vremenski i sadržajno neograničena prava iskorištavanja na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu. Prema *CPI* poslodavac zakonskom cesijom stječe imovinska prava na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu, dok je prema *CDPA* poslodavac izvorni nositelj autorskoga prava na računalnom programu stvorenom u radnom odnosu. U gospodarskom smislu, u svim opisanim sustavima poslodavac ima isključivo i neograničeno pravo iskorištavanja računalnoga programa stvorenom u radnom odnosu. Naravno, uvijek je moguće ugovoriti i drukčije.

Poseban pravni status imaju i audiovizualna djela, pa tako i ona koja su stvorena u radnom odnosu. Prema *UrhG*, producent (pa time i producent-poslodavac) na temelju ugovora o audiovizualnoj produkciji u sumnji stječe isključiva prava iskorištavanja audiovizualnog djela. S druge strane, prema *CPI*, producent na temelju ugovora o produkciji stječe imovinska autorska prava na audiovizualnom djelu. Opisane razlike potječu od koncepcijskih razlika između monističkog i dualističkog načela, kako su prethodno pojašnjene. Nadalje, prema *CDPA*, producent se smatra autorom audiovizualnog djela i izvorni je nositelj autorskoga prava na takvome djelu. Za razliku od opisanih rješenja koja kod stjecanja prava na audiovizualnim djelima favoriziraju producenta (pa time i producenta-poslodavca), bilo da je riječ o propisivanju pravne predmnjeve, zakonske cesije ili izvornog pripadanja autorskoga prava, hrvatski *ZAPSP* usmjeren je zaštititi autora. Dok za doprinose audiovizualnom djelu producent već na temelju zakona stječe prava iskorištavanja u trenutku sklapanja ugovora o audiovizualnoj produkciji, s autorima audiovizualnih djela mora to posebno ugovoriti. U pogledu njihovih autorskih prava ne postoje predmnjeve ili zakonske odredbe o ikakvom stjecanju u korist producenta.

4. MJERODAVNO PRAVO

Prethodne usporedbe pojedinih nacionalnih odredbi kojima se uređuju pitanja iz područja stvaranja predmeta zaštite patentom i autorskim pravom u okviru radnog odnosa jasno su razotkrile razinu međusobnog nesuglasja, poglavito u pitanjima pravnih režima koji se primjenjuju na situacije različite po tomu u kojoj sferi djelatnosti nastaje određeni predmet zaštite te s time povezano pitanje izvornog nositelja prava i prava na dodatnu naknadu. U međunarodno obilježenim slučajevima, navedena nesuglasja mogu stvoriti pravnu nesigurnost za poslodavce i radnike. Stoga nije potrebno posebno pojašnjavati potrebu za detaljnijim upoznavanjem kolizijskopравnih rješenja koja trebaju dati odgovor na pitanje koje je pravo mjerodavno u konkretnom slučaju.

Za razliku od materijalpravnog uređenja gdje se razlikuju autorsko pravo od patenta (i ostalih prava industrijskog vlasništva), u kolizijskopравnom smislu takvo razlikovanje nije pravilo. Pored toga, postoje određene odredbe kojima

se ujednačava ova materija, i to poglavito na europskoj razini pa to obuhvaća i države koje su predmet obradbe u ovom radu. I ovdje je, međutim, prisutan sukob dvaju prethodno spomenutih načela: radnopravnog načela i načela intelektualnog vlasništva. Pored toga pojavljuje se sa svojim zahtjevima još i načelo međunarodnog privatnog prava – načelo najuže veze, koje teži povezati određeni pravni odnos s njemu prirodno najbližijom državom, odnosno pravnim sustavom. U europskoj pravnoj književnosti čini se da je prevladalo radnopravno načelo u odnosu prema načelu intelektualnog vlasništva za većinu pitanja koja se postavljaju.¹¹⁹ Posljedica toga jest da su pitanja u vezi s intelektualnim tvorevinama koje se štite pravima intelektualnog vlasništva stvorenima u radnom odnosu načelno podvrgnuta pod radnopravni statut (*lex contractus*).¹²⁰ Prema tomu, ovaj pristup karakterizira „akcesorna poveznica“ (njem. *akzessorische Anknüpfung*, franc. *rattachement accessoire*) koja upućuje na neki drugi statut, u ovom slučaju radnopravni i koja se koristi umjesto samostalne poveznice za određenu kategoriju vezivanja, u ovom slučaju prava intelektualnog vlasništva na tvorevinama nastalima u okviru radnog odnosa. Ovaj pristup općenito se opravdava postojanjem ugovornog odnosa između radnika i poslodavca koji predstavlja okvir nastanka neke tvorevine. Kod prava na izumima opravdava se time što, bez obzira na razlike u pretpostavkama i načinima stjecanja u usporednom pravu, poslodavac stječe odnosna prava što je u skladu s temeljnom odrednicom radnog prava da poslodavac stječe prava na svim rezultatima rada njegovih radnika.¹²¹

S ovim u vezi valja pojasniti da opisana prevaga *radnopravnog načela* nije, prema nekim autorima, apsolutna i ne uključuje sva pitanja koja se mogu pojaviti u okviru ovog odnosa radnika i poslodavca. Neka od temeljnih pitanja su: je li riječ o intelektualnoj tvorevini koja se može štiti pravom intelektualnog vlasništva (njem. *Schutzobjekt*), tko je nositelj prava na toj intelektualnoj tvorevini poput autorskoga djela, odnosno izuma (njem. *Schutzsubjekt*), tj. tko je izvorni nositelj prava i je li u slučaju da je odgovor u korist radnika-autora, odnosno radnika-izumitelja, to pravo zakonom prešlo na poslodavca ili poslodavac ima određena druga prava u pogledu te intelektualne tvorevine (autorskoga djela, odnosno izuma). Slijede zatim i pitanja prava radnika na korištenje intelektualne tvorevine, prava radnika na dodatnu naknadu i način njezinog utvrđivanja, obveze poslodavca na patentiranje izuma i slično.

119 Drobniig je smatrao da se pitanje izvornog nositelja prava može odvojeno kolizijskopravno promatrati u odnosu na doseg prava koje je mjerodavno za bitna pitanja prava intelektualnog vlasništva. DROBNIG, Ulrich, „Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterial güterrechten im Kollisionsrecht“, *RabelsZ*, vol. 40, br. 2, 1976., str. 200.

120 NORDEMANN-SCHIFFEL, Anke, „Zur internationalen Anwendbarkeit des neuen Urhebervertragsrechts“, u: LOEWENHEIM, Ulrich (ur.), *Copyright in the Information Age – Festschrift für Wilhelm Nordemann*, C. H. Beck, München, 2004., str. 485.; NISHITANI, Yuko, „Contracts Concerning Intellectual Property Rights“, u: FERRRARI, Franco/LEIBLE, Stefan (ur.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier de Gruyter, Berlin/New York, str. 74.

121 BARTENBACH/VOLZ/GOETZMANN, *op. cit.*, str. 315.

Dio pravne književnosti smatra da se određena od ovih pitanja (može li se intelektualna tvorevina štititi pravom intelektualnog vlasništva i tko je izvorni nositelj prava intelektualnog vlasništva) ne mogu nikako odvojiti od prava koje je neovisno o radnom odnosu mjerodavno za bit ili srž prava intelektualnog vlasništva, a to prema prevladavajućem stajalištu jest pravo države zaštite (*lex loci protectionis*),¹²² s time da postoje i određeni poretki i teoretičari koji samo za autorsko pravo prednost daju pravu države podrijetla (*lex loci originis*).¹²³ Nasuprot tome, drugi teoretičari drže da i ova pitanja, bez obzira na njihovu povezanost sa samom biti prava intelektualnog vlasništva, valja podvrgnuti radnopravnom statutu.¹²⁴ Pritom ističu da se time posebno doprinosi očuvanju materijalpravne konzistentnosti jer se ne dopušta *depeçage* i time sprječava primjena kontradiktornih odredbi dvaju prava, kao i da je to logični nastavak autonomije volje stranaka da izaberu kome pripada pravo na intelektualnoj tvorevini.¹²⁵

Bez obzira koju od opcija prihvatili, sasvim je jasno da ovdje nije riječ o pitanjima ugovorne naravi, nego o pitanjima pretpostavki za zaštitu nekim pravom intelektualnog vlasništva, subjekta koji stječu ta prava, pretpostavki za izvorno i derivativno zakonsko stjecanje te s time povezanih zakonskih prava na korištenje, dodatnu naknadu ili obveze na patentiranje, a onda nakon toga i pitanja eventualnog zakonskog prava na ugovorno stjecanje i s time povezanih zakonom propisanih naknada. Dakle, sadržajno se nijednom od ovih pitanja ne može pripisati ugovorno svojstvo. Stoga je potrebno pojasniti da primjena prava mjerodavnog za radnopravni

122 Vidjeti npr. MANKOWSKI, „Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation“, *op. cit.*, str. 74.; Metzger, Axel, „Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Revaluation of Territoriality“, u: BASEDOW, Jürgen/KONO, Toshiyuki/METZGER, Axel (ur.), *Intellectual Property in the Global Arena – Intellectual Property in the Global Arena. Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010., str. 157.-178., posebno 160. *et seq.*

123 Vidjeti npr. DREYFUSS, Rochelle/BECKSTEIN, Frank, „The ALI Project on Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes“, u: LEIBLE, Stefan/OHLY, Ansgar (ur.), *Intellectual Property and Private International Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009., str. 24.; NISHITANI, *op. cit.*, str. 79.; RICKETSON, Sam/GINSBURG, Jane C., *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond, Volume I*, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 357. *et seq.*

124 BIRK, Rolf, „Das international Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland“, *RabelsZ*, vol. 46, 1982., str. 417.; MOURA VICENTE, Dário, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Brill Academic Pub, 2009., str. 246.; NORDEMANN, W./NORDEMANN, J. B., „Die US-Doktrin des ‚work made for hire‘ im neuen deutschen Urhebervertragsrecht – ein Beitrag insbesondere zum Umfang der Rechtseinräumung für Deutschland“, u: OHLY, Ansgar/BODEWIG, Theo/DRIER, Thomas (ur.), *Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht: Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2009., str. 479.; TORREMANS, Paul, „Authorship, Ownership and Works Created by Employees: Which Law Applies?“, *EIPR*, vol. 27, 2005., str. 223.; ULMER, Eugen, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht: Rechtsvergleich*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1975., str. 41., navedeno prema NISHITANI, *op. cit.*, str. 80., bilj. 139.

125 MOURA VICENTE, *op. cit.*, str. 246.-247. Ovaj autor pritom napominje da se moralna prava i dalje trebaju prosuđivati prema pravu države zaštite (*lex loci protectionis*).

odnos (*lex contractus*) nije posljedica karakterizacije prethodno navedenih pitanja kao ugovornih, nego djelovanja (ne)kodificiranog kolizijskog pravila prema kojem je za ta pitanja mjerodavno isto ono pravo koje je mjerodavno za ugovor o radu.¹²⁶ Slijedom toga, da bismo utvrdili koje pravo je mjerodavno za pravo na autorskom djelu ili patentu i s time povezana pitanja potrebno je zapravo primijeniti kolizijske odredbe koje uređuju ugovore o radu i tu je vidljivo djelovanje prethodno spomenute akcesorne poveznice. Ograničeni izuzetak od navedenog kolizijskog pravila posljedica je jedne specifične odredbe koja izravno kao kategoriju vezivanja navodi „pripadanje prava na europski patent ako je izumitelj u radnom odnosu“.

4.1. Europska patentna konvencija

Konvencija o priznavanju europskih patenata (Europska patentna konvencija, dalje: EPK),¹²⁷ jedan je od rijetkih pravnih izvora koji sadrži posebnu kolizijsku odredbu za izume radnika i stoga je, usprkos svojoj ograničenosti u polju primjene, nezaobilazna u okviru rasprave o pravu mjerodavnom za intelektualne tvorevine nastale u radnom odnosu. Naime, odredba čl. 60. st. 1. EPK-a primjenjuje se samo na one slučajeve koji su uređeni EPK-om, tj. u kojima se podnosi prijava za europski patent temeljem EPK-a,¹²⁸ i to samo na pitanje kome pripada pravo na europski patent, a ne i na bilo koje drugo pitanje o kojima je prethodno bilo riječi, kao što je pravo poslodavca na ponudu za isključivu licenciju ili pravo radnika na dodatnu naknadu. Dakle, u čl. 60. st. 1. EPK-a pod nazivom „Pravo na europski patent“ propisano je da to pravo pripada izumitelju ili njegovu pravnom sljedniku. Dalje se predviđa da je za određivanje kome pripada pravo na europski patent, ako je izumitelj u radnom odnosu, mjerodavno „pravo države u kojoj radnik pretežito obavlja svoju djelatnost“ (engl. *mainly employed*, franc. *exerce l'activité principale*, njem. *überwiegend beschäftigt ist*). Ako se ne može odrediti država u kojoj radnik

¹²⁶ Kodificirana takva pravila mogu se naći u odredbama čl. 122. st. 3. švicarskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu, iz 1987. godine (*Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé – LDIP*), *FF* 1988-I, 4-56, 1992-III, 929; *BBl* 1988-I 5-60; *Ffi* 1988-I 5-56, i čl. 34. st. 2. austrijskoga Zakona o međunarodnom privatnom pravu, iz 1978. godine (*Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht – IPR-Gesetz*), popis izmjena i dopuna, kao i pročišćeni tekst na dan 10. veljače 2011. dostupni na: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426> (posljednji posjet 6. veljače 2011. godine).

¹²⁷ Konvencija o priznavanju europskih patenata (Europska patentna konvencija) sastavljena u Münchenu 5. listopada 1973. godine, u tekstu kako je izmijenjena i dopunjena Aktom kojim se mijenja članak 63. EPK od 17. prosinca 1991. godine i odlukama Upravnog vijeća Europske patentne organizacije od 21. prosinca 1978. godine, 13. prosinca 1994. godine, 20. listopada 1995. godine, 5. prosinca 1996. godine, 10. prosinca 1998. godine i 27. listopada 2005. godine i Akt kojim se mijenja i dopunjuje Konvencija o priznavanju europskih patenata (Europska patentna konvencija), sastavljen u Münchenu 29. studenoga 2000. godine, NN MU 8/07. EPK je na snazi u Hrvatskoj od 1. siječnja 2008. godine.

¹²⁸ To, međutim, ne znači da se ovo pitanje može meritorno rješavati pred Europskim patentnim uredom. U pravilu će to biti u stvarnoj nadležnosti sudova, s time da se međunarodna nadležnost takvog suda utvrđuje prema postupovnim pravilima na snazi u državi suda.

pretežito obavlja svoju djelatnost, mjerodavno je „pravo države u kojoj poslodavac ima poslovno sjedište uz koje je radnik vezan“ (engl. *the employer has the place of business to which the employee is attached*, franc. *l'établissement de l'employeur auquel l'employé est attaché*, njem. *der Arbeitgeber den Betrieb unterhält, dem der Arbeitnehmer angehört*).¹²⁹ Dakle, primarna poveznica je mjesto gdje radnik pretežito obavlja svoj rad, dok je podredna poveznica poslovno mjesto poslodavca uz koje je radnik vezan.¹³⁰ Temeljem ove odredbe može se zaključiti da kolizijskopravna autonomija volje nije dopuštena.

Nužno je istaknuti da pravna književnost nije složna u ocjeni dopušta li ova kolizijska odredba *renvoi* ili ne. Pojedini autori smatraju da je riječ o kolizijskom pravilu koje ne isključuje *renvoi* i prema tomu uopće ne daje konačan odgovor na pitanje materijalno pravo koje države je mjerodavno.¹³¹ Naime, konačan odgovor o mjerodavnom materijalnom pravu dale bi tek kolizijske odredbe države u kojoj je radnik pretežito obavljao rad, odnosno u kojoj je poslovno sjedište poslodavca uz koje je radnik vezan. Nasuprot tomu, druga skupina autora mišljenja je da ova odredba isključuje *renvoi* i ne omogućava upućivanje na nacionalna kolizijska pravila države u kojoj je radnik pretežito obavljao rad, odnosno u kojoj je poslovno sjedište poslodavca uz koje je radnik vezan.¹³² Posljedica ovoga drugog tumačenja bila bi da upućivanje u čl. 60. st. 1. EPK-a na prava navedenih država vodi samo do odredbi materijalnog prava te države, zaobilazeći njezine kolizijske odredbe i pravila. Iako ovo nije mjesto za dublju raspravu o ovom pitanju, čini se da samo uključivanje ove odredbe u EPK-o ukazuje na namjeru njezinih autora za unošenjem određene više razine pravne sigurnosti i predvidljivosti rješenja u slučajevima izuma stvorenog u radnom odnosu. Stoga bi nerazumljivo bilo kada bi se takva svrha, koja se uobičajeno želi postići ujednačavanjem konvencijskim odredbama, ugrozila dopuštanjem *renvoi*. Također, *renvoi* kao institut ima svoja ograničenja s obzirom na vrstu pravnog odnosa i uobičajeno se dopušta samo u pitanjima osobnog statusa, obiteljskim i nasljednim odnosima, dok se za druge vrste pravnih odnosa smatra neprimjerenim. Naposljetku, i jezično tumačenje vodi istom zaključku jer, za razliku od odredbi u uredbama koje se odnose na intelektualno vlasništvo, ova odredba ne sadrži izričitu naznaku da se uputa na određeno pravo treba razumjeti kao uputa na njegov cjelokupni pravni korpus, uključujući i kolizijske odredbe.¹³³

129 Vidjeti više CRONAUER, Axel, *Das Recht auf das Patent im Europäischen Patentübereinkommen*, Carl Heymaans Verlag, Köln, 1988.; GOETZMANN, Markus J., *Die Harmonisierung des Arbeitnehmererfindungsrechts in der Europäischen Union*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008., str. 58.-70.

130 Držimo da je prilikom prijevoda odredbe u dijelu prve poveznice pojam „djelatnost“ trebalo prevesti kao „rad“, a u dijelu druge poveznice pojam „poslovno sjedište“ kao „poslovno mjesto“.

131 STRAUS, Joseph, „Die international-privatrechtliche Beurteilung von Arbeitnehmererfindungen im europäischen Patentrecht“, *GRUR Int*, br. 1, 1984., str. 1.-7., posebno str. 4.-6.

132 SINGER, Margarete/STAUDER, Dieter, *European Patent Convention: A Commentary, Volume 1*, 3. izd., 2003., str. 184 *et seq.*

133 Usporediti čl. 97. st. 2. Uredbe Vijeća (EZ) 40/94 od 20. prosinca 1993. o žigu Zajednice, OJ L11/1, 14.10.1994., str. 1., dok je dugački popis svih izmjena i dopuna dostupan na: <http://>

4.2. Uredba Rim I

Uredba (EZ) br. 593/2008 Europskog parlamenta i Vijeća od 17. lipnja 2008. o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose (dalje: Uredba Rim I),¹³⁴ temeljni je pravni izvor kolizijskog ugovornog prava u Europskoj uniji. Uredbu Rim I primjenjuju sudovi država članica Europske unije nezavisno o tomu je li prema njezinim odredbama potrebno primijeniti pravo države članice Europske unije ili treće države kao mjerodavno pravo. Njezino materijalno polje primjene proteže se na sukob zakona u ugovornim odnosima u građanskim i trgovačkim predmetima.¹³⁵ Iz navedenog slijedi da Uredba Rim I ne uređuje izravno pitanje sukoba zakona kod prava na autorskom djelu, odnosno patentu nastalom u radnom odnosu, i s time povezana pitanja, ali kao što je prethodno pojašnjeno, spomenuta pitanja uređuje posredno jer se temeljem akcesorne poveznice primjenjuju njezine kolizijske odredbe o pravu mjerodavnom za ugovore o radu.

4.2.1. Autonomija volje stranaka i njezina ograničenja

Prvenstvena kolizijska odredba utvrđuje da je volja ugovornih strana o primjeni mjerodavnog prava jedno od temeljnih načela kolizijskopravnog sustava za ugovorne odnose što je i izraženo u njezinom čl. 3.¹³⁶ Izbor mjerodavnog prava može biti izričit i prešutan, za cijeli ili samo dio ugovora. Prešutni izbor mjerodavnog prava postoji ako je jasno iskazan ugovornim uglavcima ili okolnostima slučaja. *Electio tacita* utvrđen je u odluci talijanskoga suda (*Pretura di Milano*) u predmetu *Giannantonio v. Società Imprese Industriali s.p.a.*¹³⁷ Ovdje je sud zaključio da stranke nisu izabrale libijsko pravo kao mjerodavno, već talijansko pravo jer su stranke u ugovoru uredile svoj odnos u brojim odredbama na način izrazito sličan talijanskom zakonu

eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&model=guicheti&numdoc=31994R0040; čl. 88. st. 2. Uredbe Vijeća (EZ) 6/2002 od 12. prosinca 2001. o dizajnu Zajednice, OJ L 3, 5.1.2002, str. 1., dok je popis svih izmjena i dopuna dostupan na: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&model=guicheti&numdoc=32002R0006.

134 OJ L 117 4.7.2008. str. 6., L 177, 4.7.2008., str. 6. *corrigendum*. Uredba Rim I stupila je na snagu 23. srpnja 2008. godine i primjenjuje se na ugovore sklopljene nakon 17. prosinca 2009. i na postupke pokrenute nakon 17. rujna 2009. godine čime je zamijenila Rimsku konvenciju o pravu mjerodavnom za ugovorne odnose iz 1980. godine, OJ C 334, 30.12.2005., str. 1.

135 Budući da je njezino polje primjene *ratione materiae* usporedivo i komplementarno s Uredbom (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Rim II), OJ L 199, 31.7.2007., str. 40., ovdje se upućuje na pojašnjenja KUNDA, Ivana, Uredba Rim II: ujednačena pravila o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze u Europskoj uniji, *Zbornik PFR*, vol. 28, br. 2, 2007., str. 1269.-1324.

136 O autonomiji volje stranaka u Uredbi Rim I vidjeti više LEIBLE, Stefan, „Choice of the Applicable Law“, u: CASHIN RITAINE, Eleanor/BONOMI, Andrea (ur.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Genève, 2008., str. 61.-75.; MANKOWSKI, Peter, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge, *Internationales Handelsrecht*, 2008., str. 134. *et seq.*

137 5. siječnja 1995. godine, *RIDI* 1996, 503.

br. 300 od 20. ožujka 1970. godine (*legge n. 300 del 20 maggio 1970*), koji se još naziva i Zakonikom radnika (*Statuto di lavoratori*), dok je otkaz ugovora opisan istim riječima koje koristi odredba čl. 2119. Građanskog zakonika (*Codice civile*). Na temelju navedenoga sud je zaključio da su stranke prešutno izabrale talijansko pravo kao mjerodavno za cijeli njihov odnos iz ugovora o radu. Izbor mjerodavnog prava prema Uredbi Rim I može se i naknadno ugovoriti, a može se i mijenjati već prethodno ugovoreno mjerodavno pravo. Naknadne promjene imaju retroaktivni učinak pa se primjenjuju na cjelokupni pravni odnos od njegova začetka do prestanka. Pritom, Uredba Rim I propisuje određena ograničenja retroaktivnosti motivirana pravnom sigurnošću prema kojima naknadne promjene mjerodavnog prava temeljem stranačkog raspolaganja ne utječu, međutim, na valjanost ugovora u pogledu oblika i na stečena prava trećih osoba.¹³⁸

Osim u čl. 3. st. 3. i 4. predviđenih ograničenja autonomije volje stranaka (nemogućnost ugovornog izbjegavanja primjene prisilnih odredbi prava one države s kojom jedinom postoji veza i odredbi europskog prava kada veza postoji samo s državom ili državama članicama Europske unije), javljaju se za ugovore o radu i dodatna ograničenja u posebnim odredbama čl. 8. Uredbe Rim I za pojedinačne ugovore o radu. Tako je čl. 8. st. 1. Uredbe Rim I propisano da izbor mjerodavnog prava ne može za posljedicu imati lišavanje radnika zaštite koja mu pripada prema prisilnim odredbama prava koje bi bilo mjerodavno da stranke nisu koristile mogućnost izbora prema st. 2., 3. i 4. ove Uredbe. Riječ je ovdje o prisilnim odredbama (*ius cogens*) inače mjerodavnog prava prema objektivnoj poveznici, odnosno onima koje se ugovorom ne mogu isključiti iz primjene.¹³⁹ Ovim odredbama, koje se mogu nazvati „zaštitnim odredbama“,¹⁴⁰ postavljaju se najniži standardi zaštite radnika, s time da se ne priječi mogućnost primjene povoljnih odredbi za radnika ako su one dio izabranog prava.¹⁴¹ Naime, *raison d'être* ovih odredbi koje štite radnike (kao i potrošače u usporedivom čl. 6. Uredbe Rim I) je priroda samog pravnog odnosa u kojem se nalazi i učestalost takvih slučajeva u praksi, što zahtijeva visoki stupanj predvidljivosti i učinkovitosti kolizijskopravnog

138 Čl. 3. st. 2. Uredbe Rim I.

139 Tako i MAUER, Reinhold/SADTLER, Susane, „Die Vereinheitlichung des internationalen Arbeitsrechts durch die EG-Verordnung Rom I“, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, vol. 54, br. 8, 2008., str. 544.-547., posebno str. 545.

140 Upućuje se ovdje na različito shvaćanje pojmova „zaštitne odredbe“ u odnosu na neke druge autore poput KLASIČEK, Damir, „Prisilni propisi u međunarodnom privatnom pravu“, *Pravni vjesnik*, vol. 16, br. 3-4, 2000., str. 23.-32, posebno str. 27. *et seq.*; ID., Primjena stranog prava, *Zbornik PFZ*, vol. 51, br. 3-4, 2001., str. 535.-555., posebno str. 545.; ID., Primjena stranog prava – kada i kako?, *PuG*, vol. 39, 2001., str. 231.-233.; ID., Autonomija u međunarodnom privatnom pravu – novije tendencije, *Zbornik PFZ*, vol. 56, br. 2-3, 2006., str. 689.-714., posebno str. 703. *et seq.* Ovdje se korištenjem pojma „zaštitne odredbe“ ne radi jasna razlika između istinskih „zaštitnih odredbi“ koje su obične kogentne odredbe, i „međunarodno (prevladavajuće) prisilnih odredbi“ ili „pravila neposredne primjene“ koja, osim što su kogentne odredbe, su i toliko bitne za državu koja ih je donijela da se primjenjuju bez obzira na inače mjerodavno pravo. O potonjima vidjeti više *infra* poglavlje 4.2.4.

141 Vidjeti t. 35. preambule Uredbe Rim I.

procesa.¹⁴² S gledišta interesa koji se njima štite, očigledno je da su radnici potrebiti posebne zaštite od poslodavčevog nametanja određenog mjerodavnog prava, koja se ovdje uspostavlja korektivnim mehanizmom u čl. 8. st. 1.¹⁴³ Ovaj mehanizam uklanja, ne samo informacijsku asimetriju između radnika i poslodavca koja se ne može razumno grugačije prevladati zbog velikih troškova povezanih s time,¹⁴⁴ nego i širu pregovaračku asimetriju snaga između radnika i poslodavca gdje je u pravilu radnik taj koji ima izraženiju potrebu sklopiti ugovor pod uvjetima koje ponudi poslodavac. Odredbe koje na ovaj način ograničavaju autonomiju volje stranaka su zapravo zaštita radnika od izbora mjerodavnog prava, koji je zapravo poslodavčev odabir i koji bi radnika stavio u nepovoljniji položaj negoli da se primjenjuje materijalno pravo mjerodavno kada nema izbora. Ilustrativna je odluka francuskoga Žalbenog suda u Douai (*Cour d'appel de Douai, chambre sociale*) u predmetu *Triopon c/ Soc. Argenerias Schiavon SAS*, od 13. travnja 2001. godine, u kojoj je spor nastao iz radnog odnosa između francuskoga radnika i talijanskoga poslodavca za koji je bila ugovorena mjerodavnost talijanskoga prava. Primjenjujući tadašnju Rimsku konvenciju, francuski sud je odlučio da zaštitne odredbe francuskog prava, jer rad se uobičajeno obavljao u Francuskoj, imaju prednost pred izabranim pravom jer su povoljnije za radnika. U okviru teme ovog rada, pozornost se može skrenuti na prevladavajuće mišljenje u pravnoj književnosti prema kojem se zaštitnim odredbama smatraju i odredbe o izumima (i drugim intelektualnim tvorevinama) radnika jer štite radnike,¹⁴⁵ pa je njihova sloboda ugovaranja u toj mjeri sužena.

4.2.2. Pravo mjerodavno u nedostatku izbora

U mjeri u kojoj su radnik i poslodavac propustili iskoristiti mogućnost izbora mjerodavnog prava za ugovor o radu, primjenjuje se pravo države u kojoj se rad uobičajeno obavlja, ili ako to nije slučaj, pravo države iz koje se rad uobičajeno obavlja (*lex loci firmæ laboris*).¹⁴⁶ Ova potonja poveznica novina je u odnosu na tekst prethodne Rimske konvencije o pravu mjerodavnom za ugovorne obveze

142 BONOMI, Andrea, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato, Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle legge italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998., str. 179.

143 RINZE, Jens, „The Scope of the Party Autonomy under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations“, *JBL*, vol. 38, 1994., str. 412.-430., posebno str. 421.-423.

144 GRUNDMANN, Stefan, „The Structure of European Contract Law“, *ERPL*, vol. 4, 2001., str. 520.

145 MAGNUS, Ulrich, u: von STAUDINGER, Julius, Hermann, (ur.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art. 30 EGBGB*, 13. izd. 2002., Gruyter, para. 79.; GAUM, W., „Patent- und Urheberrecht: Arbeitnehmererfindungen und Hochschullehrerprivileg in Verträgen der Universitäten mit Industriepartnern aus der Europäischen Gemeinschaft – Geltung ausländischen Rechts“, *GRUR*, vol. 93, br. 11, 1991., str. 805.-807., posebno str. 806.

146 Čl. 8. st. 2. Uredbe Rim I.

(dalje: Rimska konvencija).¹⁴⁷ Uvedena je posebice imajući u vidu posadu zrakoplova i slične radnike kod kojih ne postoji mjesto gdje uobičajeno obavljaju rad, ali postoji mjesto iz kojeg se njihov rad organizira, odakle oni primaju upute za rad, gdje podnose svoja izvješća o radu, prolaze sigurnosne provjere vezane uz rad i slično. Odredbom se također pojašnjava da se mjesto gdje se rad uobičajeno obavlja ne smatra promijenjenim ako je radnik na privremenom radu u drugoj državi. Što se podrazumijeva pod privremenim radom nije dio pravne norme, već je dodatno opisano u preambuli Uredbe Rim I. Tu stoji da se rad u drugoj državi smatra privremenim ako se očekuje da će radnik opet nastaviti svoj rad u državi podrijetla nakon što obavi svoje radne zadatke u toj stranoj državi. Pritom nije per se odlučujuća činjenica što je radnik zaključio novi ugovor o radu s izvornim poslodavcem ili s drugim poslodavcem, koji pripada istoj grupi trgovačkih društava kojoj pripada i izvorni poslodavac.¹⁴⁸ Iz ovoga slijedi da se prosudba uobičajenog nasuprot privremenom radu ne svodi na jednostavno prebrojavanje mjeseci provedenih u jednoj ili drugoj državi, već na utvrđivanje namjera stranaka. Naime, čimbenici koji su odlučujući u okviru ovog ex ante pristupa su: radnikova namjera za povratkom (*animus revertendi*) i poslodavčeva namjera za pozivanjem radnika natrag na rad (*animus retrahendi*).¹⁴⁹ Također se navodi da pojam „nastaviti“ rad (engl. *resume*, franc. *reprendre*, njem. *wiederaufnehmen*) treba široko tumačiti. On svakako uključuje redovitu situaciju u kojoj je radnik rad uobičajeno obavljao u određenoj državi porijekla, potom je bio upućen na privremeni rad u inozemstvo, te je na kraju nastavio svoj rad u državi podrijetla. No valja ovom odredbom obuhvatiti i situacije u kojima radni odnos otpočne privremenim radom u inozemstvu, a tek se nakon toga nastavi uobičajenim radom u državi podrijetla. Isto tumačenje valja primijeniti i u slučajevima ako je radni odnos okončan za vrijeme dok je radnik bio na privremenom radu u inozemstvu, a kamo je bio upućen nakon uobičajenog obavljanja rada iz države podrijetla.¹⁵⁰ U suprotnom diskriminirali bi se navedeni radnici, a i poslodavci bi tada imali poticaj da na ovaj jednostavni način zaobiđu primjenu strožega radnopravnog režima države s kojom doista postoji najuža veza koja se ogleda u uobičajenom radu na njezinom teritoriju. U odnosu na drugu rečenicu t. 36. preambule Uredbe Rim I u pravnoj književnosti već su se istaknuli prigovori koji prvenstveno zamjeraju spominjanje „grupe trgovačkih društava“. Prije svega, postavlja se pitanje njezina određenja, a potom i razloga da se iz dosega ove točke preambule isključe sve one situacije u kojima nije riječ o „grupi trgovačkih

147 OJ L 266, 1980., str. 1., OJ C 334, 2005., str. 1.-proč.

148 T. 36. preambule Uredbe Rim I.

149 MANKOWSKI, „Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulations“, u: FERRARI, Franco/LEIBLÉ, Stefan (ur.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers, München, 2009., str. 185.-186.

150 MAX PLANCK INSTITUTE FOR FOREIGN AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW (WORKING GROUP ON ROME I), „Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention into a Community instrument and its modernization“, *RabelsZ*, vol. 68, br. 1, 2004., str. 94.

društava“, ali je riječ o na drugi način povezanim poslodavcima.¹⁵¹

U rijetkim slučajevima u kojima nije moguće utvrditi mjerodavno pravo prema upravo opisanoj odredbi, Uredba Rim I predviđa da je ugovor o radu podvrgnut pravu države u kojoj se nalazi mjesto poslovanja poslodavca preko kojeg je radnik zaposlen. Ova poveznica zacijelo je više priklonjena interesima poslodavca od prethodne.¹⁵² Stoga je i europski zakonodavac smatra krajnjim čimbenikom u kaskadi za određivanje materijalnog prava mjerodavnog za radnopravne odnose. U pravnoj teoriji postavilo se pitanje tumačenja pojma koji je ovdje preveden kao „zaposlen“ (engl. *engaged*, franc. a *embauché*, njem. *eingestellt hat*). Naime, odredba bi se mogla tumačiti oslanjanjem na čin sklapanja ugovora o radu, a možda i „regrutiranje“, dok bi se s druge strane mogla tumačiti oslanjanjem na organizacijsku integraciju radnika, unutarnju organizaciju i unutarnje upute. Čini se da je trenutačno brojčana prevaga u korist prvoga navedenog tumačenja, iako se ističu zamjerke jer takav pristup omogućava poslodavcu manipulaciju mjerodavnim pravom tako što će formalno potpisivanje ugovora smjestiti u određenu državu, dok će svi bitni elementi radnog odnosa biti smješteni u drugoj državi.¹⁵³

4.2.3. Klauzula izuzeća

Na kraju, Uredba Rim I omogućava odstupanje od prava mjerodavnog za ugovore o radu utvrđenog prema poveznicama iz čl. 8. st. 2. i 3., ako iz svih okolnosti slučaja proizlazi da je ugovor o radu uže povezan s nekom drugom državom. U takvom slučaju ne primjenjuje se pravo one države koje bi bilo mjerodavno prema objektivnim poveznicama, nego pravo druge države s kojom postoji uža veza. Čini se da je ova klauzula izuzeća dobrodošla upravo zbog nekih od gore navedenih zamjerki koje bi mogle dovesti do nezadovoljavajućih rezultata, no pritom treba voditi računa o tomu da je namijenjena za uporabu samo u onim rijetkim slučajevima u kojima sve okolnosti slučaja to opravdavaju.

4.2.4. Međunarodno (prevladavajuće) prisilna pravila

U okviru određivanja prava mjerodavnog za radnopravne odnose svakako se moraju spomenuti i međunarodno prisilna pravila (pravila neposredne primjene, engl. *overriding mandatory rules*, *internationally mandatory rules*, njem. *Eingriffsnormen*, franc. *loi de police*, *règles d'application immédiate*), odnosno kako ih se naziva u samom tekstu Uredbe Rim I, prevladavajuće prisilne odredbe (engl. *overriding mandatory provisions*).¹⁵⁴ Stoga što u usporednoj sudskoj praksi

151 MANKOWSKI, „Employment Contracts“, *op. cit.*, str. 191.-193.

152 *Ibid.*, str. 178.

153 *Ibid.*, str. 193.-196.

154 Vidjeti više u KUNDA, Ivana, *Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws: The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2007.; ID., „Međunarodno prisilna pravila: određenje pojma u europskom ugovornom međunarodnom privatnom pravu“, u: KOSTIĆ-MANDIĆ,

postoji snažna tendencija redovite primjene radnopravnih odredbi države suda (*lex fori*) i u sporovima s međunarodnim obilježjem,¹⁵⁵ što nije prihvatljivo imajući u vidu prethodno kolizijske odredbe, osim u izuzetno rijetkim slučajevima kada su takve odredbe prava države suda međunarodno (prevladavajuće) prisilnog karaktera. Riječ je o izravnoj primjeni materijalnih odredbi koje su međunarodno (prevladavajuće) prisilne prirode na neko sporno pitanje, a da se pritom uopće ne ulazi u kolizijskopravno upućivanje. U čl. 9. st. 1. Uredbe Rim I, te se odredbe određuju kao one čije se poštivanje smatra u tolikoj mjeri ključnim od strane neke države za očuvanje njezinog političkog, društvenog ili gospodarskog ustrojstva da su primjenjiva na bilo koju situaciju koja potpada pod njezin domašaj, bez obzira na pravo inače mjerodavno za ugovor. Nadalje, čl. 9. st. 2. Uredbe Rim I previđeno je da ništa u samoj Uredbi ne priječi primjenu prevladavajuće prisilnih odredbi ako su one dio prava države suda (*lex fori*). U st. 3. propisuje se da se učinak može dati prevladavajuće prisilnim odredbama prava države gdje se obveza iz ugovora treba ispuniti ili je ispunjena, u mjeri u kojoj te prevladavajuće prisilne odredbe čine ispunjavanje te obveze nezakonitim, pri čemu valja voditi računa o prirodi i svrsi tih odredbi i o posljedicama njihove primjene ili neprimjene.

Kao što je prethodno rečeno, nije rijetkost da se upravo odredbe radnopravnih propisa sa stajališta domaćeg poretka označavaju kao prisilne u tolikoj mjeri da se primjenjuju u svakom slučaju koji potpada pod polje primjene odnosnog propisa, pa i onda kada je ugovor o radu podvrgnut pravu neke druge države. No ne mogu sve odredbe nekog zakona o radu biti takvog karaktera, već samo one za koje se analizom utvrdi da posjeduju potrebne kvalitete. Pitanje identifikacije ovih odredbi izuzetno je osjetljivo, poglavito zato što zakonodavac uobičajeno ne propisuje takvo svojstvo ovih nadprisilnih pravila, već ga treba dokučiti tumačenjem svake pojedine materijalpravne odredbe. U tom smislu može se navesti odluka u predmetu *Branczyk v. Gramegna and Grand Duché de Luxembourg*.¹⁵⁶ Luksemburški Žalbeni sud (*Cour d'appel*) preinačio je odluku nižeg suda smatrajući da su odredbe koje se odnose na nezakoniti otkaz sadržane u luksemburškom zakonu primjenjive bez obzira na inače za ugovor o radu mjerodavno kalifornijsko pravo, jer imaju obilježje međunarodno prisilnih odredbi iz tadašnjeg članka 7. st. 2. Rimske konvencije (danas čl. 9. st. 2. Uredbe Rim I). I čl. 94. st. 1. Zakona o zaposleničkim pravima (*Employment Rights Act*)¹⁵⁷ Ujedinjenog Kraljevstva iz 1996. godine, kojime se predviđa pravo radnika da mu ne bude nezakonito otkazan ugovor o radu, također

Maja (ur.), *V. konferencija međunarodnog privatnog prava: Međunarodno privatno pravo i zaštita stranih investitora*, 18.-20. listopada 2007., Bečići, Crna Gora, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2008., str. 254.-282.

155 MANKOWSKI, „Employment Contracts“, *op. cit.*, str. 202.-204.

156 *Cour d'appel de Luxembourg*, 24. rujaa 1998. godine, odluka neobjavljena, navedena prema WILDERSPIN, Michael, „The Rome Convention: Experience to date before the courts of Contracting States“, u: LANDO, Ole/MAGNUS, Ulrich/NOVAK-STIEF, Monika (ur.), *Angehung des materiellen und des internationalen Privatrechts in der EU/Harmonisation of Substantive and International Private Law*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003., str. 129.

157 Dostupno na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/94> (posljednji posjet 6. veljače 2011. godine).

se, prema mišljenju Doma lordova za žalbe (*House of Lords of Appeals*) u predmetu *Serco Limited v. Lawson*,¹⁵⁸ smatra međunarodno prisilnim pravilom. Također je indikativna i već prethodno navedena odluka talijanskoga suda (*Pretura di Milano*) u predmetu *Giannantonio v. Società Imprese Industriali s.p.a.*¹⁵⁹ Ovdje je sud zaključio da su stranke prešutno izabrale talijansko pravo kao mjerodavno pravo, ali je u svojem obrazloženju također naveo da, kada to i ne bi bio slučaj i kada bi se primjenjivalo libijsko pravo kao što je tvrdio poslodavac, da su odredbe čl. 18. Zakonika radnika (zakona br. 300 od 20. ožujka 1970. godine), koje se odnose na vraćanje nezakonito otpuštenog radnika na radno mjesto, međunarodno prisilnog karaktera i kao takva bi se primijenila neovisno koje bi pravo bilo inače mjerodavno za ugovor o radu.

Ovdje još valja uputiti na t. 34. preambule Uredbe Rim I koji navodi da odredbe same Uredbe o pojedinačnim ugovorima o radu ne bi trebale priječiti primjenu međunarodno (prevladavajuće) prisilnih odredbi države u koju je radnik upućen sukladno Direktivi 96/71/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. prosinca 1996. o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga.¹⁶⁰ U pravnoj književnosti postavlja se pitanje na koji način ovo treba razumjeti imaju li se u vidu prethodno navedene odredbe čl. 9. st. 2. i 3. Uredbe Rim I. Naime, kada je riječ o prisilnim odredbama iz ove Direktive, one se uvijek mogu primijeniti ako su dio prava države suda- No kada to nije slučaj tada bi trebale proći test koji postavlja st. 3., tj. trebale bi ispunjenje ugovora činiti nezakonitim u državi gdje on treba biti ili je bio ispunjen.¹⁶¹ Također se navodi tvrdnja da bi, čak i da nema rec. 34., odredbe ove Direktive imale prednost temeljem čl. 23. Uredbe Rim I, jer prema njemu prednost u primjeni imaju posebne europske kolizijskopravne odredbe.¹⁶² Ovo, dakako, ovisi o kvalifikaciji odredbi iz Direktive kao kolizijskim odredbama što može biti upitno, a još više načinu na koji su te odredbe pretočene u nacionalno zakonodavstvo koje se izravno primjenjuje, za razliku od direktiva.

4.3. Hrvatsko međunarodno privatno pravo

U nedostatku odredbi u međunarodnim konvencijama,¹⁶³ odgovor na pitanje koje je pravo mjerodavno za autorska djela i izume nastale u radnom odnosu kada se takav spor vodi pred hrvatskim sudom valja potražiti u Zakonu o rješavanju

158 Puni naziv slučaja je *Serco Limited v. Lawson, Botham (FC) v. Ministry of Defence, Crofts and others v. Veta Limited and others and one other action*, [2006] UKHL 3, dostupno na <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060126/serco.pdf> (posljednji posjet 6. veljače 2011. godine).

159 5. siječnja 1995. godine, *RIDI* 1996, 503.

160 OJ L 18, 21.1.1997., str. 1.

161 MANKOWSKI, „Employment Contracts“, *op. cit.*, str. 184.

162 *Loc. cit.*

163 O manjku kolizijskih odredbi u međunarodnim konvencijama o intelektualnom vlasništvu vidjeti KUNDA/MATANOVAC VUČKOVIĆ, *op. cit.*, poglavlje 3.2.

sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (dalje: ZRSZ).¹⁶⁴ S obzirom na to da u ZRSZ-u postoji pravna praznina jer nijedna od odredbi se izravno ne određuje u odnosu na ovo pitanje, prema njegovom čl. 2. valja odgovarajuće primijeniti odredbe i načela ovog zakona, načela pravnog poretka Republike Hrvatske i načela međunarodnog privatnog prava.¹⁶⁵ Bez mogućnosti da u okviru ovog rada podrobnije pojasnimo tijek argumentacije, dostatno je reći da se za popunjavanje ove praznine valja osloniti na akcesornu poveznicu koja vodi do prava mjerodavnog za ugovore o radu jer se čini da je to u skladu s navedenim načelima popunjavanja pravnih praznina u ZRSZ. Na ugovorne odnose primjenjuju se poglavito odredbe čl. 7., 8., 14., 17. te 19.-23. ZRSZ-a. One su, kao i glavina kolizijskih pravila, nadahnute prvenstveno načelom najuže veze,¹⁶⁶ a i načelom autonomije volje karakterističnom za ugovorne odnose. U nastavku se podrobnije obrađuju odredbe koje su od posebnoga značaja za ugovore o radu i pitanja koja se ovdje obrađuju.

4.3.1. Autonomija volje stranaka

Odredba čl. 19. ZRSZ-a propisuje mjerodavnost prava koje su ugovorne strane izabrale, ako u ZRSZ-u ili nekom međunarodnom ugovoru nije drukčije uređeno. S obzirom na to da je izričaj ove odredbe zbog svoje jednostavnosti ujedno i neograničavajući,¹⁶⁷ u teoriji se ona tumači tako da ostavlja široki prostor ugovornim stranama u izboru mjerodavnog prava. Stranački izbor mjerodavnog prava može biti izričit ili prešutan.¹⁶⁸ Kako odredba čl. 19. ZRSZ-a ne pojašnjava što se podrazumijeva pod prešutnim izborom potrebno ju je tumačiti sukladno s drugim kolizijskim odredbama hrvatskih zakona.¹⁶⁹ Pored navedenoga, volja ugovornih strana iz čl. 19. ZRSZ-a može mjerodavnim određivati pravo neke države u odnosu na cijeli ugovor ili samo na neki njegov dio.¹⁷⁰

164 Sl. I. SFRJ 43/82, 72/82 i NN 53/91.

165 Podrobnije o popunjavanju pravnih praznina vidjeti KUNDA, Ivana, *Pravo mjerodavno za povrede prava intelektualnog vlasništva*, (dis., Pravni fakultet u Zagrebu), Zagreb, 2008., poglavlje 4.3.2.

166 O osnovnom načelu upućivanja na mjerodavno pravo vidjeti SAJKO, Krešimir, *Međunarodno privatno pravo*, 4. izm. i dop. izd., Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 13.; KLASIČEK, Damir „Temeljna načela međunarodnog privatnog ugovornog prava“, *Pravni vjesnik PFO*, br. 1-2., 2001., str. 203.-221.

167 Klasiček prigovara ovakvom „nedovoljno preciznom“ načinu propisivanja autonomije volje stranaka jer ostavlja određena pitanja nerazriješenima. KLASIČEK, „Autonomija u međunarodnom privatnom pravu“, *op. cit.*, str. 695.

168 Tako i SAJKO, *op. cit.*, str. 144., s pozivom na odredbe materijalnog ugovornog prava iz Zakona o obveznim odnosima.

169 Vidjeti čl. 975. i 978. Pomorskog zakonika, NN 181/04, 76/07 i 146/08, te čl. 178. st. 1. Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu, NN 132/98, 63/08 i 134/09.

170 Tako i SAJKO, *op. cit.*, str. 148. Usporediti čl. 3. st. 1. *in fine* Uredbe Rim I.

4.3.2. Pravo mjerodavno u nedostatku izbora

Ne izaberu li ugovorne strane izriješkom mjerodavno pravo ili se njihova namjera o tomu ne može s dostatnom sigurnošću utvrditi iz okolnosti slučaja, primjenjuje se objektivna poveznica podređenog kolizijskog pravila. Ono je u ZRSZ-u propisano tehnikom postavljanja predmnjeva koje upućuju na mjerodavno pravo za pojedinačne ugovore, ukupno njih devetnaest, te opću dvadesetu predmnjevu, koje se mogu oboriti utvrdi li se da postoje posebne okolnosti što ukazuju na to da je ugovor u užoj vezi s nekim drugim pravom.

Kao što je prethodno pojašnjeno, radnopravni statut proteže se i na barem neka od pitanja koja nastaju u vezi s autorskim djelom, izumom i dr. nastalima u okviru radnog odnosa. Stoga ovdje valja uputiti na odredbu čl. 20. t. 19. ZRSZ-a koja navodi da se kao mjerodavno primjenjuje „za imovinska potraživanja iz ugovora o radu – pravo države u kojoj se rad obavlja ili se obavljao.“ Iako ponešto drukčijim riječima od Uredbe Rim I i ova poveznica upućuje na *lex loci laboris* kao pravo mjerodavno za radnopravne odnose, ali s jednom bitnom razlikom koja se ogleda u određenju kategorije vezivanja. Naime, ona je u ZRSZ-u ograničena samo na „imovinska potraživanja iz ugovora o radu“. Nije nam poznat izvor koji bi pojašnjavao postupak izrade nacrtu ZRSZ-a, a niti sudska praksa koja bi izriješkom ponudila tumačenje pojma „imovinska potraživanja iz ugovora o radu“ radi njihova odjeljivanja od neimovinskih potraživanja iz ugovora o radu. Ono što možemo uočiti iz jedne od sudskih odluka u radnopravnom sporu s međunarodnim obilježjem jest da su hrvatski sudovi u svim stupnjevima postupka i na zahtjev za utvrđenje nezakonitosti otkaza ugovora o radu danog temeljem čl. 106. st. 1. t. 3. vremenski relevantnog Zakona o radu,¹⁷¹ i na zahtjev za sudske raskid ugovora o radu tužiteljice po čl. 116. st. 2. istog Zakona, primijenili hrvatsko pravo.¹⁷² No koliko to može biti pokazatelj ičega osim već spomenute usporednopravne tendencije primjene *lex fori* na radnopravne sporove, ostaje upitno jer se u odluci Vrhovnog suda RH ne nazire da je ona temeljena na kolizijskopravnoj analizi, dok je u njoj jasno obrazloženo pitanje imuniteta od jurisdikcije i međunarodne nadležnosti s obzirom na postojanje međunarodnog obilježja predmeta koje se sastojalo u činjenici da je poslodavac bila pravna osoba sa sjedištem u Sjedinjenim Američkim Državama.

U nedostatku pojašnjenja u izvorima i sudskoj praksi, preostaje samo pokušaj rekonstrukcije namjere zakonodavca u odnosu na čl. 20. t. 19. ZRSZ-a. Slijedeći logično pravilo o kvalifikaciji pojmova iz ZRSZ-a pomoću pojmova i njihovih značenja u okviru hrvatskog prava, ovdje pozornost valja usmjeriti posebno k odredbama ZR-a. Može se zaključiti da se među imovinska potraživanja ubrajaju, primjerice isplata plaće i naknade plaće, naknade za ugovornu zabranu natjecanja s poslodavcem, troškova i drugih novčanih potraživanja, te isplata naknade štete

¹⁷¹ NN 35/95.

¹⁷² Presuda Vrhovnog suda RH, posl. br. Revr 286/03-2, od 21. prosinca 2005. godine, dostupna na www.sudacka-mreza.hr (posljednji posjet 7. veljače 2011. godine), kojom je potvrđena presuda Županijskog suda u Splitu, posl. br. Gž-1832/01 od 16. prosinca 2002. godine, a kojom je pak potvrđena presuda Općinskog suda u Splitu, posl. br. P-1539/99.

koju je radnik prouzročio poslodavcu ili trećoj osobi, a koju je poslodavac toj trećoj osobi naknadio. S druge strane, neimovinska potraživanja uključivala bi, primjerice utvrđenje postoji li radni odnos, je li ugovor o radu sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme, zabrane zapošljavanja maloljetnika mlađih od određene dobi, zabrane zapošljavanja određenih kategorija osoba na određenim poslovima, zatim pitanje radnog vremena, nenovčane komponente prava na odmor radnika (godišnji, tjedni, dnevni, stanku i dr.), prava na dopuste (porodajni i dr.), prava trudnica i majki, te prava radnika koji su privremeno ili trajno nesposobni za rad, temelji za otkazivanje ugovora o radu i postupak koji se pritom mora slijediti, zaštita privatnosti i dostojanstva radnika te zabrana diskriminacije u zapošljavanju i na radu, odnosno stavljanja radnika u nepovoljniji položaj od drugih radnika.

Primjenjujući ista načela, u okviru ovoga rada valja reći i kojoj kategoriji pripadaju pitanja koja se odnose na prava intelektualnog vlasništva na tvorevinama nastalima u radnom odnosu. Nije sporno da prava intelektualnog vlasništva imaju imovinskopravna obilježja, no valja uočiti da ona imaju i osobnopravnu sastavnicu koja je posebno izražena kod autorskoga prava u vidu njegove višeslojne moralne sastavnice, ali i kod patenta u obliku paternitetskoga prava izumitelja. Prema tomu, moglo bi se zaključiti da pitanja tko je izvorni nositelj prava na intelektualnoj tvorevini (poput autorskog djela, odnosno izuma) nastaloj u okviru radnog odnosa, prvenstveno tko je izvorni nositelj tog prava, ne bi moglo biti označeno kao imovinskopravno pitanje jer je ono izravno povezano s ostvarivanjem sadržaja moralne komponente prava intelektualnog vlasništva, poglavito autorskog prava. Naime, u sustavima *droit d'auteur*, kojem pripada i hrvatski pravni sustav, sadržaj te moralne komponente je upravo takav da je namijenjen samo jednoj osobi, a to je fizička osoba koja je neposredni stvaratelj intelektualne tvorevine i u načelu je neprenosiv. Za razliku od toga pitanja obveze radnika da poslodavcu prijavi nastanak izuma, zakonsko pravo poslodavca da mu prvom bude ponuđeno neograničeno ili ograničeno stjecanje prava u pogledu te intelektualne tvorevine, prava radnika na korištenje intelektualne tvorevine koja je pripala poslodavcu temeljem zakona, prava radnika na dodatnu naknadu i način njezinog utvrđivanja, obveze poslodavca na patentiranje izuma su pitanja koja se svakako mogu okarakterizirati kao imovinskopravna. Slijedom toga, ova potonja bi posredno akcesornom poveznicom potpadala pod pravo mjerodavno prema odredbi čl. 20. t. 19. ZRSZ-a, dok bi ova neimovinska ostala izvan njezinog dosega i podvrgnuta pravu države suda, ali samo ako je to pravo države zaštite (ili podrijetla, ako se prihvati takvo gledište), dok bi u slučaju da je sporno pravo takvo da se štiti i ima učinke na teritoriju neke druge države, mjerodavno uvijek bilo pravo svake te druge države.

Preostaje osvrnuti se i na dio odredbe čl. 20. ZRSZ-a kojom se propisuje „ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo“. U hrvatskoj pravnoj teoriji postoje različita mišljenja o tome kakva je priroda ove odredbe, no mišljenja smo da izričaj i svrha odredbe upućuju na to da je riječ o klauzuli izuzeća (izbjegavajućoj klauzuli).¹⁷³ Ukoliko bi posebne okolnosti slučaja koji se odnosi na pitanje

173 Vidjeti KUNDA/MATANOVAC VUČKOVIĆ, *op. cit.*, poglavlje 3.3.2.3. O klauzuli izuzeća

imovinskih potraživanja iz ugovora o radu ukazivale na to da postoji uža veza tog odnosa s pravom različitim od prava države gdje se rad obavlja ili se obavljao, tada se rezultat upute kolizijskog pravila korigira u korist prava s kojim postoji uža veza. Slijedom toga, misaoni postupak tijela primjene jest da prvo utvrdi da nije bilo izbora mjerodavnog prava, potom da utvrdi na koje pravo upućuje odredba čl. 20. t. 19. ZRSZ-a, i na kraju, ispitujući sve odlučujuće okolnosti slučaja, procijeni ukazuju li one na primjenu nekog drugog prava kao uže povezanog s radnim odnosom.

4.3.3. Zaključak

Raščlamba kolizijskih odredbi pokazuje da gotovo i ne postoje takve posebne odredbe koje bi izravno uređivale pitanja koja se odnose na prava intelektualnog vlasništva na tvorevinama nastalima u radnom odnosu, već se u teoriji sugerira korištenje akcesorne poveznice koja se nadovezuje na poveznicu za ugovore o radu. Također ne postoji niti ujednačeno poimanje granice dosega poveznice za ugovore o radu u ovim pitanjima, odnosno s druge strane, područja koje je nerazdvojno povezano sa samom srži prava intelektualnog vlasništva da mora biti podvrgnuto pravu države zaštite (ili, prema nekim stajalištima, pravu države porijekla). Ovdje, dakle postoji široki prostor pravne neodređenosti, a time i pravne nesigurnosti koji bi prema našem mišljenju trebalo ispuniti odgovarajućim odredbama u hrvatskom pravu.

Povrh toga, valja istaknuti da sudovi promatranih europskih država nerijetko zanemaruju međunarodno obilježje i primjenjuju domaće radno pravo u radnim sporovima općenito, a poglavito kada su u pitanju osnovna prava radnika. Ipak, sve učestalije kod drugih manje ključnih pitanja dopuštaju primjenu stranog radnog prava. ZRSZ je sličan ishod kolizijskopavnog procesa našim sudovima zajamčio svojom odredbom koju je ograničio na imovinskopravna potraživanja iz ugovora o radu, ostavljajući ostala pitanja postrance. Za takve odnose ZRSZ predviđa prvenstveno autonomiju volje stranaka i podredno pravo države u kojoj se rad obavlja ili obavljao, s time da je potonje pravo moguće zamijeniti pravom s kojim postoji uža veza ako na to ukazuju posebne okolnosti slučaja. Europski zakonodavac je usporedivim, ali složenijim kolizijskim sustavom u Uredbi Rim I, propisao da stranke prvenstveno mogu izabrati mjerodavno pravo, ali ne i tako da spriječe primjenu povoljnijih pravila prava koje bi u nedostatku izbora bilo mjerodavno. Ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, primjenjuje se pravo države u kojoj, odnosno iz koje se rad uobičajeno obavlja, a ako se to ne može utvrditi onda pravo države u kojoj je poslovno mjesto poslodavca preko kojeg je radnik zaposlen. Primjena prava utvrđenih kao mjerodavnih temeljem ovih objektivnih poveznica može se otkloniti da bi se primijenilo drugo pravo s kojim postoji uža povezanost. Međutim, postoji i daljnja mogućnost za primjenu međunarodno prisilnih odredbi

općenito vidjeti SAJKO, *op. cit.*, str. 156.-160.; ŽUPAN, Mirela, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006., str. 27. *et. seq.*

države suda, odnosno (u nešto restriktivnijem obliku) treće države u kojoj je mjesto ispunjenja ugovora, pa sud umjesto stranog mjerodavnog prava može na određena ključna pitanja primijeniti domaće, odnosno pravo treće države u kojoj je mjesto ispunjenja ugovora.

Slijedom navedenog vidljivo je da ne postoje bitne razlike u ishodima hrvatskoga i europskoga kolizijopravnog procesa, jer oba omogućavaju podvrgavanje nekih ključnih pitanja pod pravo države suda. Razlika svakako postoji u nomotehničkom smislu. U Hrvatskoj je kategorija vezivanja sužena na imovinska potraživanja iz ugovora u radu, za razliku od Europske unije gdje je kategorija vezivanja široko postavljena kao pojedinačni ugovor o radu. Takva širina u Uniji je nadomještena mogućnošću poziva na međunarodno prisilne odredbe.

5. OPĆI ZAKLJUČAK DE LEGE FERENDA

Pri usporedbi materijalopravnih rješenja promatranih pravnih sustava primijećene su određene neadekvatnosti u okviru hrvatskoga prava. To se ne odnosi na načelna pitanja jer su ona, prema našem mišljenju, zadovoljavajuće riješena imajući u vidu interese radnog prava i prava intelektualnog vlasništva, odnosno autorskog i patentnog prava. Navedene neadekvatnosti poglavito postoje u odnosu na izume i ogledaju se u tomu što hrvatsko pravo na minimalistički način određuje okolnosti pod kojima je određen izum „stvoren u radu ili u svezi s radom“. Po uzoru na njemački i francuski model takav bi se nedostatak mogao ukloniti dopunom odredbi ZR-a. Time bi se povećala pravna sigurnost za poslodavce i radnike. Posebno je to značajno za gospodarstvo ako bi se time mogli izbjeći sporovi jer oni nisu u interesu niti jedne od zainteresiranih stranaka. Naime, svaka odgoda radnji usmjerenih iskorištavanju izuma, kao posljedica spora o tome tko je ovlaštenik na imovinskim pravima, predstavlja gubitak sredstava, a posebno vremena koje može biti presudni čimbenik u uspješnosti iskorištavanja izuma. Pored toga, uočava se da je pitanje iznosa naknade jedan od najčešćih predmeta sporova koji u odnosu na izume stvorene u radu ili u svezi s radom nastaju u Hrvatskoj. To ukazuje da po tom pitanju postoji nerazmjer u očekivanjima poslodavaca i radnika. Pored toga, veliki dio poslodavaca nije svojim općim aktima ili ugovorima s radnicima propisala odgovarajuće odredbe. Slijedom toga, poželjno bi bilo na razini države odrediti okvirne kriterije za određivanje iznosa naknada koje pripadaju radnicima, posebice za izume koji dožive komercijalan uspjeh.

Mišljenja samo da, kao i u odnosu na materijalnopravno uređenje izuma, i kolizijske odredbe hrvatskoga prava zahtijevaju dopune kako bi se ovo područje što jasnije uredilo. Pritom se ne misli na odredbe koje propisuju pravo mjerodavno za radnopravne odnose gdje akcesorna poveznica vodi i do prava mjerodavnog za intelektualne tvorevine nastale u radnom odnosu. Naime, odredbe Uredbe Rim I bit će izravno primjenjive i zamijenit će u tom dijelu ZRSZ od trenutka ulaska Hrvatske u Europsku uniju pa bi izmjene postojećih odredbi bile nesvršishodne usporede li se vrijeme i sredstva koja bi se na to utrošila i razdoblje u kojima bi

mogle biti na snazi kao nacionalne odredbe. Ono što bi svakako trebalo predvidjeti u hrvatskom zakonu su: kolizijska odredba koja se odnosi na izvorno stjecanje prava intelektualnog vlasništva i koja bi utjelovila načelo prava države zaštite, te kolizijska odredba za pitanja intelektualnih tvorevina nastalih u radnom odnosu koja bi kodificirala akcesornu poveznicu. Osim toga, ukazujemo i na nasušnu potrebu naših sudaca i pravnih praktičara da se detaljno upoznaju s odredbama Uredbe Rim I, pa tako i ovima koje su predmet raščlambe u ovom radu, jer se očekuje da će uskoro biti izravno primjenjive u Hrvatskoj. To uključuje i pažljivo praćenje razvoja sudske prakse Suda pravde Europske unije i nacionalnih sudova država članica kako bi se na taj način osigurala što viša razina ujednačenosti u primjeni odredbi Uredbe Rim I.

Summary*

**SUBSTANTIVE LAW AND CONFLICT OF LAWS REGULATION
OF THE INTELLECTUAL PROPERTY CREATED IN THE
COURSE OF EMPLOYMENT ****

The authors of this paper build on the hypothesis that rules regulating the relationship between employees and their employers where employee creates a subject matter protectable by an intellectual property right, can be characterised as belonging to no less than two branches of law. This twofold nature is clearly reflected in the divergence between the parties' interests. The sensitive balance of interests in the employee-employer relationship is disturbed by the fact that the employee is at the same time the author or the inventor. The mentioned tension is further aggravated by the fact that certain aspects of the intellectual property rights – moral rights – are so vital that they may not be overcome by interests inherent in labour law. In the light of the intensifying mobility of employees and capital, the authors approach the topic not only from the perspective of substantive law, but also from the perspective of the conflict of laws. Within the latter field, the accessory connecting factor relying on the law applicable to employment contracts seems to be a widely accepted principle. However, here as well the tension between the two branches of law is strongly felt, in particular concerning the question of the law applicable to determining the original owner of an intellectual property right. Namely, compelling interests advocate in favour of *depaçage* from other issues, irrespective whether there is an inclination towards the principle of territoriality or to the principle of universality. The comparative legal analysis, limited in this paper to several European legal systems, is primarily aimed at probing the quality of provisions contained in Croatian statutes and in that sense the authors present certain conclusions *de lege ferenda*, both in relation to substantive law and conflict of laws.

Key words: *intellectual property, copyright, patent, invention, employment, private international law.*

* Translated by Ivana Kunda

** Co-author Ivana Kunda would like to express her gratitude to the U.S. Department of State Bureau of Educational and Cultural Affairs, which enabled, through the Fulbright program for postdoctoral exchange of visiting scholars in the academic year 2010/2011, her stay and research at the Columbia University in New York where this paper was partially written.

Zusammenfassung

**MATERIELLRECHTLICHE UND KOLLISIONSRECHTLICHE
REGELUNG DES IM ARBEITSVERHÄLTNIS ENTSTANDENEN
GEISTIGEN EIGENTUMS *****

In der vorliegenden Arbeit wird die These aufgestellt, dass die Regelung der Rechtslage eines Arbeitnehmers dem Arbeitgeber gegenüber, in Fällen wenn der Arbeitnehmer Erfinder geistiger Arbeit ist, zu wenigstens zwei Rechtsgebieten gehöre. Dieser zweifältige Aspekt widerspiegelt sich in einem Interessenkonflikt der Parteien. Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer gleichzeitig Autor, bzw. Erfinder ist, belastet zusätzlich den empfindlichen Interessenausgleich im Arbeitnehmer-Arbeitgeber Verhältnis. Darüber hinaus sind einige Aspekte der Urheberrechte, nämlich moralische Rechte, dermaßen betont, dass arbeitsrechtliche Interessen nicht überwiegen können. Mit Berücksichtigung der steigenden Arbeiters- sowie Kapitalmigration, stellen die Autorinnen neben dem materiellrechtlichen, auch den kollisionsrechtlichen Ansatz dar. Im Rahmen des Letzteren scheint die verknüpfende Akzessorietät, welcher arbeitsrechtlicher Status zu Grunde liegt, ein breit akzeptiertes Prinzip zu sein. Bei den Konflikten von Gesetzen ist die zweifältige Seite dieses Problems spürbar, insbesondere in Hinsicht auf die Frage des anwendbaren Rechts für die Feststellung des ursprünglichen Inhabers des Urheberrechts. Weiterhin sei eine starke Befürwortung von *depaçage* seitens der zwingenden Interessen bemerkbar, ungeachtet dessen, ob sie mehr dem Territorialitäts- oder dem Universalitätsprinzip neigen. Diese rechtsvergleichende Analyse beschränkt sich auf einige europäische Rechtssysteme und untersucht die Qualität kroatischer Regelungen. Dabei ziehen die Autorinnen Schlüsse *de lege ferenda* sowohl in Bezug auf die Erfindung, als auch auf kollisionsrechtliche Lösungen allgemein.

Schlüsselwörter: *Geistiges Eigentum, Urheberrecht, Patent, Erfindung, Arbeitsverhältnis, internationales Privatrecht.*

*** Die Mitautorin Ivana Kunda bedankt sich an dieser Stelle bei dem U.S. Regierungsamt für Ausbildung und Kultur, weil ihr durch das Fulbright-Postdoktorandenprogramm für den Austausch der Gastwissenschaftler für das akademische Jahr 2010/2011 ein Forschungsaufenthalt bei der Columbia Universität in New York ermöglicht wurde, und während dessen diese Arbeit teilweise geschrieben wurde.

Riassunto

LA DISCIPLINA DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE NEL RAPPORTO DI LAVORO TRA REGOLE DI DIRITTO SOSTANZIALE ED INTERNAZIONALPRIVATISTICO ****

Le autrici partono dalla tesi che la disciplina giuridica della posizione del lavoratore rispetto al datore di lavoro nei casi in cui il lavoratore è creatore di un determinato prodotto intellettuale rientri come minimo in due distinti rami del diritto. Tale duplicità si riflette chiaramente nel conflitto d'interessi delle parti di tali rapporti. Precisamente, il delicato equilibrio d'interessi nel rapporto lavoratore-datore di lavoro è gravato dal fatto che il lavoratore è al contempo anche autore, ovvero inventore. La circostanza che taluni aspetti del diritto di proprietà intellettuale – i diritti morali – siano sì accentuati, che nemmeno gli interessi paritari possono avere il predominio, senza dubbio contribuisce a sottolineare la complessità della questione. Considerata la sempre crescente migrazione dei lavoratori, come anche del capitale, le autrici affiancano ad un approccio di diritto sostanziale al tema d'indagine, altresì un'analisi di carattere internazionalprivatistico. Al riguardo, l'accessorietà del collegamento che si fonda sul rapporto di lavoro rappresenta un principio ormai consolidato. Tuttavia, nei conflitti di leggi, altresì, si percepisce la menzionata ambivalenza della questione; ciò in particolare con riguardo alla questione del diritto applicabile ai fini dell'individuazione del titolare originario della proprietà intellettuale. Precisamente, si avverte l'operare deciso di quegli interessi, che sostengono il *depaçage* rispetto alle altre questioni, e ciò a prescindere che siano più favorevoli al principio di territorialità od a quello di universalità. L'analisi comparata, la quale si limita ad alcuni ordinamenti giuridici europei, nel presente contributo è volta alla valutazione della qualità delle soluzioni croate; in proposito le autrici presentano alcune conclusioni *de lege ferenda*, specie con riferimento alle invenzioni, così come in generale con riferimento a soluzioni internazionalprivatistiche.

Parole chiave: *proprietà intellettuale, diritto d'autore, brevetto, invenzione, rapporto di lavoro, diritto internazionale privato.*

**** La co-autrice Ivana Kunda desidera ringraziare l'Ufficio per l'educazione e la cultura del Governo degli Stati Uniti, il quale tramite il programma Fullbright di scambio post-dottorato di studiosi ospiti nel corso dell'anno accademico 2010/2011 le ha consentito il soggiorno di studio presso la Columbia University di New York dove tale saggio in parte è stato redatto.

NOVA NAČELA UPRAVNOG POSTUPKA (S POSEBNIM NAGLASKOM NA RAZMJERNOST, LEGITIMNA OČEKIVANJA I STEČENA PRAVA)

Dr. sc. Marko Šikić, docent
Lana Ofak, dipl. iur.
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UDK: 35.077.3
Ur.: 22. prosinca 2010.
Pr.: 4. ožujka 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se razmatraju nova načela upravnog postupka prema Zakonu o općem upravnom postupku koji je stupio na snagu 1. siječnja 2010. Posebna pozornost posvećena je načelu razmjernosti, zaštiti stečenih prava i legitimnih očekivanja stranaka. Analizira se njihova primjena na pojedine institute Zakona o općem upravnom postupku upućujući i na neka komparativna rješenja u europskoj upravnosudskoj praksi (francuski Državni savjet, Europski sud pravde). Ističe se važnost ispravnog razumijevanja načela za tumačenje postupovnih normi i popunjavanje pravnih praznina.

Ključne riječi: *Zakon o općem upravnom postupku, načelo razmjernosti, zaštita stečenih prava, zaštita legitimnih očekivanja stranaka.*

1. UVOD

Donošenje i stupanje na snagu novoga Zakona o općem upravnom postupku¹ za hrvatsku javnu upravu od izuzetnog je značaja.

Naime, 1991. Zakonom o preuzimanju Zakona o općem upravnom postupku u Republici Hrvatskoj² izrijekom je, uz niz izmjena i dopuna, u pravni sustav Republike Hrvatske preuzet bivši jugoslavenski savezni Zakon o općem upravnom postupku u pročišćenom tekstu iz 1986.³ S obzirom na činjenicu da je u bivšoj državi Zakon o općem upravnom postupku donesen 1956.⁴ te da se niti jednom od

1 Zakon o općem upravnom postupku (NN 47/09) stupio je na snagu 1. siječnja 2010. (u nastavku rada: ZUP).

2 NN 53/91, 103/96 (u nastavku rada: ZUP-1991). Nakon preuzimanja, a do donošenja novog ZUP-a, jedina izmjena u tekstu ZUP-a-1991 učinjena je 1996. kada je Ustavni sud Republike Hrvatske (u nastavku rada: Ustavni sud RH) kao neustavne ukinuo odredbe kojima se dopuštalo donositeljima rješenja da u obrazloženju ne iznose razloge za primjenu diskrecijske ocjene.

3 Službeni list SFRJ br. 47/86.

4 Službeni list FNRJ br. 52/56.

izmjena i dopuna (1965., 1977., 1978. i 1986.) nije diralo u samu koncepciju zakona te u temeljna načela i ključne postupovne odredbe,⁵ vidljivo je kako je u hrvatskom pravnom poretku u upotrebi više od pola stoljeća bio, u osnovi, isti zakonski tekst kojim se uređivao opći upravni postupak.

Iz polustoljetne primjene ZUP-a-1991 u hrvatskom pravu proizašla je bogata upravna i upravno-sudska praksa te veliki broj kvalitetnih znanstvenih i stručnih radova, komentara ZUP-a te udžbenika u kojima su se razmatrali razni aspekti upravnog postupka.⁶

Donošenjem i stupanjem na snagu novog ZUP-a hrvatska javna uprava stavljena je pred veliki izazov. Zakonodavac je želio opći upravni postupak pojednostavniti te ga lišiti svih nepotrebnih postupovnih odredbi, što je rezultiralo bitno manjim opsegom ZUP-a u odnosu na dotadašnji,⁷ no i stvorilo potrebu za popunjavanjem spomenutih praznina kao i interpretaciju pojedinih odredbi. Iako osnovna struktura te pojedina postupovna rješenja ZUP-a slijede logiku ZUP-a-1991, ipak će velik dio ranije prakse i znanstvenih i stručnih radova imati ponajprije pravno-povijesno značenje. ZUP zahtijeva znanstvenu i stručnu analizu niza novih postupovnih instituta te pred javnopravnim tijelima, kao i pred sudovima, stoji izuzetno odgovorna i važna zadaća stvaranja nove upravne, upravno-sudske te ustavno-sudske prakse. Od znanstvene i stručne javnosti očekuje se da će analizom odredbi ZUP-a pružiti potrebnu pomoć i smjernice u razvoju kvalitetne prakse.⁸ Prilikom ispunjavanja opisanih zadaća od iznimne će važnosti biti ispravno razumjeti i primijeniti temeljna načela ZUP-a.

Opća načela prava dobro su poznat izvor prava u državama kontinentalne Europe čiji se pravni sustavi temelje na tradiciji rimskog prava. Ona pružaju prikaz vrijednosti i osnovnih standarda koja nadležna tijela koriste prilikom tumačenja pisanih pravnih pravila i popunjavanja pravnih praznina. Prije svega, opća načela obuhvaćaju pravila koja su dovoljno opća, poput „prava na ravnopravnost“ ili „načelo pravne sigurnosti“, da bi bila široko prihvaćena.⁹ Perić pravi razliku između tri vrste općih pravnih načela.¹⁰ U prvu skupinu spadaju opća načela prava koja su se tijekom pravne povijesti razvila kod naroda koji su imali osobit stupanj pravnog

5 O navedenom v. više u: Medvedović, Dragan, *Bitne razlike novog Zakona o općem upravnom postupku prema prijašnjem Zakonu o općem upravnom postupku*, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 20.

6 V. *ibid.*

7 „Novi ZUP ima 171 članak, sadrži 17.208 riječi te 97.987 znakova (bez bjelina). U usporedbi s prijašnjim ZUP-om bitno je kraći. Naime, stari ZUP imao je 290 članaka. Nominalno ih je bilo 298, ali je nekoliko članaka bilo bez sadržaja budući da su stavljeni izvan snage prilikom preuzimanja 1991. godine. Stari ZUP imao je 27.810 riječi i 149.018 znakova (bez bjelina)“ V. Medvedović, *op. cit.* (bilj. 5), str. 22.

8 V. *ibid.*

9 Shaw, Jo, *Law of the European Union*, Palgrave, Basingstoke, Hampshire, 2000., str. 332.

10 Perić, Berislav, *Država i pravni sustav*, Informator, Zagreb, 1994., str. 181. O vrstama, stupnjevima, listama načela u pravu v. osobito: Miličić, Vjekoslav, *Opća teorija države i prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1999., str. 116.-124.

razvoja (tzv. opća načela prava priznata kod svih civiliziranih naroda).¹¹ Drugoj skupini pripadaju načela na kojima se temelji pravni poredak pojedine države (opća načela konkretnog pravnoga sustava i poretka). Pod tim načelima Perić razumijeva sva ona načela koja su, redovito, navedena u temeljnoj grani svakoga pravnoga sustava, a to je ustavno pravo ili ustav.¹² U treću vrstu pravnih načela ubrajaju se ona koja predstavljaju osnovicu pojedinim granama prava unutar konkretnog pravnog sustava.¹³ U tom smislu Borković ističe da temeljna načela ZUP-a predstavljaju “osnovnu polugu cjelokupnog upravnog postupka”¹⁴. Perićevoj podjeli općih načela prava dodali bismo i ona koja postaju od izrazite važnosti za Republiku Hrvatsku, a to su opća načela prava Europske unije (u nastavku rada: EU) koja čine jedan od izvora tog prava.¹⁵ Premda bismo tu vrstu mogli podvesti pod drugu skupinu, jer u biti predstavlja opća načela jednog pravnog sustava (EU), ipak ju zbog njezinoga značaja i za potrebe ovog rada posebno ističemo.

1.1. Osnovna načela upravnog postupka

Osnovna načela sadržana su u prvom dijelu ZUP-a pod naslovom „Temeljne odredbe“, i to u glavi I. pod naslovom „Opće odredbe“. ZUP sadrži sljedeća načela: načelo zakonitosti, načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, načelo pomoći stranci, načelo utvrđivanja materijalne istine, načelo samostalnosti i slobodne ocjene dokaza, načelo učinkovitosti i ekonomičnosti, načelo pristupa podacima i zaštite podataka, načelo prava stranke na pravni lijek, načelo zaštite stečenih prava stranaka i načelo službene uporabe jezika i pisma.

Usporedimo li navedena načela sa ZUP-om-1991 možemo primijetiti kako se među načelnim odredbama ne spominje konačnost rješenja, što je u skladu s očitom željom zakonodavca da pojam konačnosti „izbriše“ iz hrvatskoga upravnog postupka.¹⁶ Međutim, s obzirom na to da se konačnost i dalje izričito spominje u

11 „Takva su načela duboki sediment pravnog iskustva i umijeća, pravne filozofije i logike, ona su najvrjednija riznica-bлаго pravnog razmišljanja i zaključivanja, i ne može biti dobrog i sposobnog pravnika koji ta načela ne bi poznavao i postupao po njima u svom profesionalnom radu. Mogli bismo reći da su ona, jer su nataložena pravna mudrost kroz vjekove, čak i iznad svih drugih pravnih načela...“, V. u: *ibid.*

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 V. Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 403.

15 V. o tome Hartley, Trevor C., *Temelji prava Europske zajednice: uvod u ustavno i upravno pravo Europske zajednice*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 133-135; Čapeta, Tamara; Rodin, Siniša, *Osnove prava Europske unije*, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 16-17.

16 “Iz kruga načela izostavljeno je staro načelo konačnosti rješenja (čl. 11a). To se načelo nije nalazilo u izvornom tekstu ZUP-a. Ono je uneseno u ZUP tek na temelju Zakona o preuzimanju ZUP-a u Republici Hrvatskoj 1991. godine. U stvari, tu se i ne radi o načelu, nego se odredbom čl. 11a samo utvrđivao pojam konačnosti rješenja. Budući da se u novom ZUP-u ne koristi izraz konačna odluka ili konačno rješenje, nije bilo potrebno definirati konačnost ni među načelima ni bilo gdje drugdje u tekstu.“ V. Medvedović, *op. cit.* (bilj. 5), str. 31. Rasprava o potrebi

odredbama nekih posebnih zakona, koji reguliraju pojedina pitanja upravnog postupka, ispravno razumijevanje tog instituta i dalje je relevantno sve dok se i u njima ne „izbriše“ konačnost. Ti posebni zakoni, doneseni za vrijeme važenja ZUP-a-1991, ne sadrže definiciju konačnosti, budući da je to bilo uređeno spomenutim čl. 11a. ZUP-a-1991.¹⁷ Stupanjem na snagu novog ZUP-a, koji više ne sadrži pojam konačnosti, faktički je nastala pravna praznina, koju smatramo da bi se trebalo popuniti shvaćanjem konačnosti sukladno njezinoj definiciji iz ZUP-a-1991.¹⁸

Nadalje, ZUP uvodi i dva načela koja su, zapravo, nova samo po nazivu, ali imaju veliku sadržajnu vezu s odredbama ZUP-a-1991. Riječ je o načelu prava stranke na pravni lijek¹⁹ koje se, proširujući ga, temelji na načelu prava na žalbu iz ZUP-a-1991, te o načelu zaštite stečenih prava stranaka koje gotovo u potpunosti odgovara odredbi koja je uređivala institut pravomoćnosti.²⁰

ZUP ne sadrži odredbu kojom bi se utvrđivalo načelo saslušanja stranke, a koje je načelo izrijeком predviđao ZUP-1991. Iako se navedeno načelo može „pronaći“ u čl. 30. ZUP-a²¹ mišljenja smo kako je zakonodavac pogriješio kada je propustio

„izbacivanja“ pojma konačnosti iz hrvatskog upravno-postupovnog prava zasigurno prelazi opseg našeg rada. No, željeli bismo samo naglasiti kako je očito zakonodavčevo „vrludanje“ kada pojam konačnosti želi zamijeniti nekim drugim izrazom. U nekim se situacijama, tako, primjerice, zakonodavac služi izrazom „rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba“ (v. čl. 123. st. 1. ZUP-a) dok se u drugoj situaciji govori o mogućnosti korištenja izvanrednih pravnih lijekova „i nakon isteka roka za žalbu“ (v. čl. 129. st. 1. ZUP-a).

- 17 „Rješenje protiv kojeg nema redovnog pravnog lijeka u upravnom postupku (konačno u upravnom postupku), a kojim je stranka stekla kakvo pravo, odnosno kojim su stranci određene kakve obveze, može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima koji su zakonom predviđeni.“ (čl. 11a. ZUP-a-1991).
- 18 Pojedini autori, objašnjavajući da se radi o gotovo istim pojmovima, smatraju da se u primjeni odredaba posebnih propisa konačan akt treba shvaćati kao izvršni akt prema novom ZUP-u. V. Bienenfeld, Josip, *Primjena Zakona o upravnim područjima prostornog uređenja i gradnje nakon stupanja na snagu novog Zakona o općem upravnom postupku*, u: *Primjena Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 283. i Đerđa, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010., str. 60. Budući da postoji bitna razlika između trenutka nastupa izvršnosti te trenutka nastupa konačnosti u situaciji kada žalba nema odgodni učinak (u kom slučaju rješenje postaje izvršno danom dostave rješenja stranci, a konačno tek danom dostave rješenja o odbacivanju ili odbijanju žalbe), apeliramo da se ta dva instituta nastave razlikovati i odvajati, u skladu sa ZUP-om-1991. V. o pravomoćnosti, konačnosti i izvršnosti u: Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 469-470.
- 19 Čl. 12. ZUP-a pod naslovom „Pravo stranke na pravni lijek“ određuje: „(1) Protiv prvostupanjske odluke, odnosno ako javnopravno tijelo nije o upravnoj stvari riješilo u propisanom roku, stranka ima pravo žalbe, ako zakonom nije drukčije propisano. (2) Protiv drugostupanjske odluke, odnosno protiv prvostupanjske odluke protiv koje nije dopuštena žalba može se pokrenuti upravni spor. (3) Protiv upravnog ugovora ili drugog postupanja javnopravnog tijela ili pružatelja javnih usluga stranka ima pravo na prigovor.“
- 20 Poput instituta konačnosti, niti institut pravomoćnosti u ZUP-u nije bio ustrojen kao pravno načelo. V. također u Medvedović, op. cit. (bilj. 5), str. 28.
- 21 Čl. 30. ZUP-a pod naslovom „Izjašnjavanje stranke“ određuje: „(1) U postupku stranci se mora omogućiti izjašnjavanje o svim činjenicama, okolnostima i pravnim pitanjima važnim za rješavanje upravne stvari. (2) Bez prethodnog izjašnjavanja stranke postupak se može provesti

obvezu saslušanja stranke utvrditi kao jedno od temeljnih načela upravnog postupka jer je tako ozbiljno narušena postupovna pozicija stranke.²² Mišljenje autora je da bez obzira što među osnovnim načelima ne možemo pronaći načelo saslušanja stranke, kako je od izuzetne važnosti odredbu čl. 30. ZUP-a, kojom se uređuje izjašnjavanje stranke, smatrati načelom.²³

Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa te načelo pristupa podacima²⁴ jedina su dva nova načela koja je zakonodavac uredio u novom ZUP-u. Međutim, i ova su načela, iako ne izrijekom navedena, bila prisutna u odredbama ZUP-a.

Našu analizu usmjerit ćemo na tri načela - načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, načelo zaštite stečenih prava i načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka. Iako potonje načelo nije izričito navedeno kao jedno od temeljnih načela upravnog postupka, ono to svakako jest, što će u radu biti pokazano. Glavni je cilj rada utvrditi značenje tih načela i pokazati kako je njihovo razumijevanje nužno za pravilnu primjenu ZUP-a. Iako se važnost načela ogleda i u njihovoj primjeni prilikom ocjene suglasnosti zakona s Ustavom, odnosno drugih propisa s Ustavom i zakonom, ta će se tema ostaviti po strani jer bi se njezinim razmatranjem znatno prešli okviri odnosno temeljna svrha ovog rada.

2. NAČELO RAZMJERNOSTI

Pravna i politička teorija smatraju kako se razvoj načela razmjernosti temelji na zasadama škole prirodnog prava i rane liberalne misli XVII. stoljeća, odnosno na shvaćanju kako su ciljevi države ograničeni svrhom stvaranja društvene zajednice. Pojedinci, naime, ulaze u društvenu zajednicu kako bi zajednički štitili svoje živote, slobodu i imovinu. Prema tomu sama je svrha osnivanja društvene zajednice u zaštiti temeljnih prava koja, pak, imaju podrijetlo u prirodnom stanju.²⁵ Ako sama

samo ako se usvaja zahtjev stranke ili ako odluka u postupku nema negativan učinak na pravne interese stranke ili kad je tako propisano zakonom.“

- 22 Ranija je upravno-pravna teorija u načelu saslušanja stranke nalazila „crvenu nit koja se provlači kroz čitav postupak“ te ga je smatrala „inspiracijom demokratski raspoloženog zakonodavca da stranku suprotstavi samovolji organa u posebnosti verzije *audiatur et altera pars* te učini osebujnim suradnikom u zakonitom odlučanju pravnog pitanja“. V. Ivančević, Velimir, *Institucije upravnog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983., str. 383.
- 23 Stajalište je Ustavnog suda Republike Hrvatske kako jednakost svih pred zakonom zajamčena čl. 14. st. 2. Ustava Republike Hrvatske može biti povrijeđena ako stranci u postupku nije bila dana mogućnost biti saslušani. V. odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III/1005/1999 od 17. lipnja 2002.
- 24 „(1) Javnopravna tijela dužna su strankama omogućiti pristup potrebnim podacima, propisanim obrascima, internetskoj stranici javnopravnog tijela i pružiti im druge obavijesti, savjete i stručnu pomoć. (2) U postupku se moraju zaštititi osobni i tajni podaci, sukladno propisima o zaštiti osobnih podataka, odnosno tajnosti podataka.“ (čl. 11. ZUP-a pod naslovom „Načelo pristupa podacima i zaštite podataka“).
- 25 O navedenom opširnije v. u: Rodin, Siniša, *Načelo proporcionalnosti – porijeklo, ustavno utemeljenje i primjena*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2(2000), str. 33. Rodin navodi

društvena zajednica prema pojedincima primjenjuje prisilu, takva prisila mora biti racionalna i usmjerena ostvarivanju legitimnih ciljeva zajednice, odnosno upravo zaštiti života, zdravlja i imovine. Primjena navedene prisile prema pojedincu mora biti najmanjeg mogućeg intenziteta potrebnog za postizanje društvenog cilja koji se želi postići prisilom.²⁶

Ističe se, nadalje, kako je najveću potvrdu i razvoj načelo razmjernosti doživjelo u pravnoj filozofiji Rudolpha von Iheringa izraženoj u njegovom djelu „Cilj u pravu“. Ihering, naime, ističe kako svako ljudsko djelovanje, pa tako i djelovanje zakonodavca mora težiti ostvarenju određenog cilja. Načelo razmjernosti čvrsto je povezano s legitimnošću ciljeva djelovanja države kao i s racionalnošću njezina djelovanja. Tako će normativna regulacija biti legitimna ako je racionalno usmjerena postizanju legitimnih regulatornih ciljeva. Sami će regulatorni ciljevi, pak, biti legitimni ako za cilj imaju zaštitu osobnih prava građana.²⁷

Načelo razmjernosti izraženo je u ustavnim odredbama velikog broja suvremenih država. Načelo razmjernosti utvrđuje, tako i Ustav Republike Hrvatske²⁸ u čl. 16.²⁹ i 17.³⁰

Od izuzetne je važnosti za Republiku Hrvatsku i činjenica da je načelo razmjernosti jedno od temeljnih načela prava EU-a³¹ u kojem se sadržaj načela

misli filozofa Johna Lockea iz njegovog djela „Two Treatises of Government“.

26 V. *ibid.*, str. 34.

27 V. *ibid.*, str. 34. i 35.

28 NN br. 85/10 – pročišćeni tekst (u nastavku rada Ustav RH).

29 „Slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje.

Svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.“ (čl. 16. Ustava RH).

30 „U doba ratnog stanja ili neposredne ugroženosti neovisnosti i jedinstvenosti države, te velikih prirodnih nepogoda pojedine slobode i prava zajamčena Ustavom mogu se ograničiti. O tome odlučuje Hrvatski sabor dvotrećinskom većinom svih zastupnika, a ako se Hrvatski Sabor ne može sastati, na prijedlog Vlade i uz supotpis predsjednika Vlade, Predsjednik Republike.

Opseg ograničenja mora biti primjeren naravi pogibelji, a za posljedicu ne može imati nejednakost osoba s obzirom na rasu, boju kože, spol, jezik, vjeru, nacionalno ili socijalno podrijetlo.

Niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države ne može se ograničiti primjena odredbi Ustava o pravu na život, zabrani mučenja, surovog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, o pravnoj određenosti kažnjivih djela i kazni, te o slobodi misli, savjesti i vjeroispovjedi.“

(čl. 17. Ustava RH). O načelu razmjernosti u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske v. u: Rodin, op. cit. (bilj. 25), str. 45.-52., Šernhorst, Nevenka, *Pravno uređenje i primjena načela razmjernosti u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Godišnjak, 8(2001), str. 231.-249., Kačer, Hrvoje, *Povreda prava razmjernosti – komentar novije odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske*, Pravo i porezi, 18(2009), 7-8, str. 22.-27., Lukačević-Subotić, Željka, *Primjena načela razmjernosti s osvrtom na odluku Ustavnog suda broj: U-III-168/1999 i rješenje Ustavnog suda broj: U-I-951/2000*, Hrvatska pravna revija, 2(2002), str. 119.-126. i Veić, Petar, *Značenje načela razmjernosti za policijsko pravo*, Policijska i sigurnost, 6(1997), str. 306.

31 O navedenom v. više u: Masliszewska – Nienartowitz, Justyna, *The Principle of Proportionality in the European Community law – General Characteristic and Practical Application*, Pravni vjesnik, 1(2008), str. 89.-98., Omejec, Jasna, *Ustavno i konvencijsko jamstvo prava vlasništva*,

razmjernosti promatra kroz tri kriterija: primjenjivost (legitimnost cilja koji se želi postići ograničenjem prava), nužnost ograničenja te razmjernost u užem smislu (postojanje ravnoteže između važnosti društvenih ciljeva koji se ograničavanjem žele postići i zahvata u zajamčena prava).

2.1. Načelo razmjernosti prema ZUP-u

Načelo razmjernosti uređeno je u čl. 6. ZUP-a pod naslovom „Načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa“:

„(1) Pravo stranke može se ograničiti postupanjem javnopravnih tijela samo kad je to propisano zakonom te ako je takvo postupanje nužno za postizanje zakonom utvrđene svrhe i razmjerno cilju koji treba postići.

(2) Kad se na temelju propisa stranci nalaže kakva obveza, prema njoj će se primjenjivati one mjere za ispunjenje obveze koje su za nju povoljnije, ako se takvim mjerama postiže svrha propisa.

(3) Pri vođenju postupka javnopravna tijela dužna su strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, vodeći pri tome računa da ostvarivanje njihovih prava ne bude na štetu prava trećih osoba niti u protivnosti s javnim interesom.“

U analizi citirane odredbe najprije je moguće zaključiti kako je zakonodavac st. 1. čl. 6. izrekao temeljno značenje načela razmjernosti u vođenju postupka. U st. 2. i 3. istoga članka načelo razmjernosti zakonodavac je razradio razdjeljujući situacije u kojima se strankama nameću obveze od onih u kojima stranke ostvaruju određena prava, uzimajući pri tomu u obzir i pitanje javnog interesa te prava trećih osoba.

Propisujući, tako, načelo razmjernosti kao jedno od osnovnih načela upravnog postupka zakonodavac u čl. 6. st. 1. ZUP-a „vagu“ na kojoj su na jednoj strani prava stranaka, a na drugoj „šire“ svrhe i ciljevi koje traže ograničavanja prava stranaka, promatra iz gledišta načela zakonitosti.³² Određuje se, tako, kako mogućnost ograničavanja prava stranaka mora biti propisana zakonom, te kako do ograničavanja može doći samo zbog zakonom utvrđenih svrha i ciljeva. Najuzi smisao načela razmjernosti ogleda se u propisivanju kako postupanje kojim se ograničava pravo stranke mora biti nužno te razmjerno cilju koji se želi postići.

U spomenutoj razradi načela razmjernosti zakonodavac, najprije, u st. 2. čl. 6. načelno određuje na koji se način strankama u postupku moraju nalagati obveze. Tijela javne uprave su, tako, dužna primjenjivati one mjere za ispunjenje obveze koje su za stranke povoljnije, ako se takvim mjerama postiže svrha propisa.³³

U okviru uređivanja načela razmjernosti, naposljetku, zakonodavac je st. 3. čl.

u: Liber amicorum in honorem Jadrano Crnić, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 170.-175. i Josipović, Tatjana, *Načela europskog prava u presudama Suda Europske Zajednice*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 25.-29.

32 Načelo zakonitosti propisano je u čl. 5. ZUP-a.

33 I tekst ZUP-a, uređujući načelo zaštite prava građana i zaštitu javnog interesa, sadržavao je gotovo identičnu odredbu u svom čl. 5. st. 3.

6. ZUP-a odredio kako su pri vođenju postupka tijela javne uprave dužna strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava. S obzirom na to da se zadaća tijela javne uprave ne iscrpljuje samo u šticeanju prava stranaka, nego ima i šire društveno značenje, zakonodavac u st. 3. čl. 6. propisuje kako tijela javne uprave moraju tijekom postupka voditi računa da ostvarivanje prava stranaka ne bude na štetu prava trećih osoba niti u protivnosti s javnim interesom.³⁴

Mišljenja smo kako čl. 6., kojim je utvrđeno načelo razmjernosti u zaštiti prava građana i javnog interesa i čl. 7. ZUP-a kojim se utvrđuje načelo pomoći stranci, predstavljaju svojevrsno jedinstvo jer se i čl. 7. razrađuju opće postavke načela razmjernosti. Članak 7. ZUP-a pod naslovom „Načelo pomoći stranci“, naime, određuje: „Kad ovlaštena službena osoba (u daljnjem tekstu: službena osoba) tijekom postupka sazna ili ocijeni da stranka ima osnovu za ostvarenje nekog prava, upozorit će je na to, kao i na posljedice njezinih radnji ili propuštanja u postupku, a brinut će se i da neznanje odnosno neukost stranke i drugih osoba koje sudjeluju u postupku ne bude na štetu prava koja im po zakonu pripadaju.“³⁵

Smatramo kako je zakonodavac citiranom odredbom želio produbiti dužnost aktivnog šticeanja prava stranke jer službene osobe u tijelima javne uprave ne smiju stranku šutke prepuštati „stihiji“ upravnog postupka, već su ju dužna upozoravati na sve posljedice koje bi njezina neaktivnost ili moguće postupovno neznanje ili neukost mogle proizvesti.³⁶

Također, željeli bismo istaknuti i vrlo blisku povezanost načela razmjernosti s načelom prava stranke na pravni lijek, načelom zaštite stečenih prava stranaka, kao i s načelom saslušanja stranke (koje, kako smo istakli, treba „pronaći“ u odredbi čl. 30. ZUP-a).

S obzirom na činjenicu da cjelokupan zakonski tekst koji slijedi nakon temeljnih općih i načelnih odredbi zapravo predstavlja razradu takvih odredbi u nastavku ćemo rada razmotriti je li zakonodavac zaista načelo razmjernosti proširio i izvan samog načelnog određenja.

2.1.1. Načelo razmjernosti u postupanju i ovlastima drugostupanjskog tijela povodom žalbe

Sukladno čl. 115. st. 3. ZUP-a drugostupanjsko tijelo može odbiti žalbu, rješenje poništiti u cijelosti ili djelomično ili ga zamijeniti. Članak 116. i 117. uređuju, tako, mogućnosti odbijanja žalbe te poništavanja rješenja.

Članak 118. u st. 1., pak, uređujući mogućnost izmjene rješenja, propisuje kako drugostupanjsko tijelo ne može izmijeniti prvostupanjsko rješenje na štetu stranke

34 I ovdje je zakonodavac gotovo u potpunosti slijedio tekst ZUP-a-1991. (V. čl. 5. st. 1. ZUP-a-1991.). O načelu zaštite prava građana i javnog interesa opširnije v. u: Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 403. i 404.

35 Čl. 7. ZUP-a svojevrsna je „kombinacija“ čl. 5. st. 2. i čl. 14. ZUP-a-1991.

36 O načelu pomoći stranci v. u: Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 407. i 408.

koja je izjavila žalbu, dok u st. 2. propisuje kako se iznimno prvostupanjsko rješenje ipak može izmijeniti na štetu stranke. Do takve izmjene, naime, može doći samo iz razloga zbog kojih bi se to rješenje moglo oglasiti ništavim ili poništiti i to samo ako nije drugačije propisano.

Uređujući mogućnost izmjene rješenja zakonodavac je, tako, propisao samo načelnu zabranu *reformatio in peius* i iznimke od navedene zabrane, dok nije uredio pitanje *reformatio in melius*, kao ni razloge zbog kojih drugostupanjsko tijelo uopće može izmijeniti prvostupanjsko rješenje.

Mišljenja smo kako neuređivanje navedenih pitanja predstavlja pravne praznine koje će se morati popuniti, zakonskim izmjenama ili razvojem upravne prakse. Smatramo kako se u popunjavanju navedenih pravnih praznina osobita pozornost treba usmjeriti na načelo razmjernosti. Također, s obzirom na to da je zakonodavac uređenje cjelokupne problematike žalbe očito temeljio na odredbama ZUP-a-1991, mišljenja smo kako je nužno promotriti kako je navedeni zakon uredio pitanje izmjene rješenja.

ZUP-1991 je, tako, *ratio* same izmjene rješenja uredio u čl. 243. st. 2.³⁷ Njime je odredio da do izmjene rješenja dolazi u situacijama kada je zakonita rješenja moguće izmijeniti sredstvima koja su za stranku povoljnija, a da se postigne svrha zbog koje su rješenja donesena. Navedenom je odredbom, zapravo, zakonodavac u prvom redu omogućio reagiranja drugostupanjskog tijela kada utvrdi da se svrha rješenja kojima se strankama nameću obveze mogla postići i nekim, po stranku, blažim mjerama. Ovakvo je zakonsko rješenje zakonodavac temeljio na načelu zaštite prava građana i zaštite javnog interesa, svojevrsnom „pretku“ načela razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa iz novoga ZUP-a.

Pitanje *reformatio in melius*, bilo je uređeno čl. 244. st. 1. ZUP-a-1991 koji je propisivao da u cilju pravilnoga rješavanja stvari drugostupanjsko tijelo može izmijeniti prvostupanjsko rješenje u korist stranke koja je izjavila žalbu i mimo zahtjeva postavljenog u žalbi, ali u okviru zahtjeva postavljenog u prvostupanjskom postupku – pod uvjetom da se time ne vrijeđa prava drugih osoba.³⁸

Smatramo kako nema nikakve zapreke da se pravne praznine koje u bitnome otežavaju mogućnost izmjene rješenja prema odredbama novog ZUP-a, ne popune analognom primjenom čl. 243. st. 2. i 244. st. 1. ZUP-a-1991. Mišljenja smo da načelo razmjernosti utemeljeno čl. 6. ZUP-a ovakvu analogiju omogućava i, štoviše, potiče.

37 „(2) Ako drugostepeni organ utvrdi da je rješenje pravilno u pogledu utvrđenih činjenica i u pogledu primjene zakona, ali da se svrha zbog koje je rješenje doneseno može postići i drugim sredstvima povoljnijima za stranku, izmijenit prvostepeno rješenje u tom smislu.“ (čl. 243. st. 2. ZUP-a).

38 O izmjeni prvostupanjskog rješenja prema ZUP-u opširnije v., primjerice, u: Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 464. i 465. i Krijan, Pero, *Komentar Zakona o općem upravnom postupku*, Novi informator, Zagreb, 2006., str. 445.–452.

2.1.2. Načelo razmjernosti kod ukidanja zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo

Člankom 130. ZUP-a³⁹ uređeno je izvanredno pravno sredstvo ukidanja zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo. I primjenom ovog pravnog sredstva tijela javne uprave interveniraju u zakonita rješenja, ali samo u situacijama kada je ukidanje omogućeno posebnim zakonom, kada tijela javne uprave iskorištavaju ovlasti koje im proizlaze iz pridržaja ukidanja u rješenju i u situacijama kada je ukidanje rješenja potrebno zbog otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost.

U trećoj navedenoj situaciji do izražaja dolazi postupovna razrada načela razmjernosti. Vidljivo je, naime, kako je uređenjem instituta ukidanja zakonitih rješenja, kojima je stranka stekla neko pravo, zakonodavac želio uspostaviti ravnotežu između prava koje su pojedinci stekli određenim upravnim aktima i mogućeg utjecaja kojega bi takva prava mogla imati na određena, pojedinačna ili opća dobra. Tako je ukidajući zahvat u konkretne, zakonite akte kojima su stranke stekle određena prava moguć samo radi zaštite života i zdravlja ljudi te javne sigurnosti. Opasnost za navedena dobra mora biti teška i neposredna, a zadaća je tijela javne uprave prije nego što rješenja ukinu pokušati život i zdravlje ljudi te javnu sigurnost zaštititi sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava stranaka. Konačno, zakonodavac je strankama, koji trpe zbog ukidanja zakonitih rješenja, kojima su stekle određena prava, omogućio i pravo na naknadu stvarne štete.⁴⁰

2.1.3. Načelo razmjernosti u postupku izvršenja

Izvršenje je izuzetno bitna faza u upravnom postupku jer tek izvršenjem upravni akt počinje proizvoditi svoje djelovanje u stvarnosti. U situacijama kada se upravnim aktima građanima nameću obveze, ili im se određena prava umanjuju izuzetno je važno prilikom izvršenja voditi računa o načelu razmjernosti. Upravo zbog toga je zakonodavac čl. 145. ZUP-a posebno naglasio potrebu pridržavanja ovoga načela jer je navedeni članak naslovio „Razmjernost u izvršenju“ te njime

39 Čl. 130. ZUP-a pod naslovom „Ukidanje zakonitog rješenja kojim je stranka stekla neko pravo“ glasi: „(1) Zakonito rješenje kojim je stranka stekla kakvo pravo može se ukinuti u cijelosti ili djelomično:

1. ako je ukidanje tog rješenja dopušteno zakonom,
2. ako sadržava pridržaj ukidanja, a stranka nije ispunila obvezu iz rješenja ili je nije ispunila u roku,
3. ako je to potrebno 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.

(2) Kad je rješenje ukinuto radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, stranka ima pravo na naknadu stvarne štete.“

40 ZUP je izvanredno pravno sredstvo, u osnovi, istog sadržaja nazivao izvanrednim ukidanjem. O izvanrednom ukidanju v. više u: Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 474. i 475.

odredio: „Izvršenje se provodi na način i primjenom sredstava koja su najblaža za izvršenika, a dovode do cilja izvršenja.“

2.1.4. Načelo razmjernosti u materiji upravnih ugovora

Veliku novost u hrvatskom upravno-postupovnom pravu, kao i u hrvatskom pozitivnom pravu, predstavlja uređenje upravnih ugovora.⁴¹

Uređujući navedenu materiju ZUP je zauzeo samo načelna stajališta te uredio nužna pitanja vezana za sklapanje i izvršavanje upravnih ugovora, dok je detaljniju razradu prepustio posebnim zakonima.⁴² U okviru navedenoga pristupa materiji upravnih ugovora, zakonodavac je prepoznao važnost primjene načela razmjernosti prilikom raskida upravnih ugovora, te je u čl. 153. (naslovljenom „Raskid upravnog ugovora“) u st. 3. propisao:

„(3) Javnopravno tijelo može jednostrano raskinuti upravni ugovor i kad je to potrebno radi 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.“

3. NAČELO ZAŠTITE STEČENIH PRAVA I LEGITIMNIH OČEKIVANJA STRANAKA

Načelo zaštite stečenih prava uvriježeno je načelo upravnog postupka u Republici Hrvatskoj. Uvedeno je 1956. godine među osnovna načela tadašnjeg ZUP-a.⁴³ S druge strane, načelo zaštite legitimnih očekivanja, koje svoje podrijetlo vuče iz njemačkoga prava, gdje zauzima ustavni rang,⁴⁴ nije izrijeком navedeno kao jedno od načela ZUP-a. Međutim, postojanje toga načela u hrvatskom pravnom poretку potvrdio je Ustavni sud RH u svojoj odluci br. U-IIIB/4366/2005 od 5. travnja 2006. u kojoj je naveo: „Najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske su vladavina prava i poštivanje prava čovjeka. One su temelj za tumačenje Ustava.

41 Opširnije o upravnim ugovorima v., primjerice, u: Đerđa, Dario, *Upravni ugovori u hrvatskom pravu*, u: Primjena Zakona o općem upravnom postupku, Novi informator, Zagreb, 2010., str. 91. – 107., Đulabić, Vedran, *Primjena upravnih ugovora u lokalnoj i regionalnoj samoupravi*, u: Novi Zakon o općem upravnom postupku, Praktična pitanja i problemi primjene, urednik: Ivan Koprić, Institut za javnu upravu i Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 77. – 102. i Pirnat, Rajko, *Upravni ugovor i upravni postupak*, u: Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj, urednici: Ivan Koprić i Vedran Đulabić, Suvremena javna uprava, Zagreb, 2009., str. 111.- 122.

42 V. Đerđa, op. cit. (bilj. 41), str. 96.

43 Međutim, smisao tog načela bio je sadržan i u Zakonu o općem upravnom postupku iz 1930. u odredbama o posebnim slučajevima ukidanja i mijenjanja odluka. V. Krbek, Ivo, *Zakon o općem upravnom postupku*, Naklada Jugoslav. nakladnog d. d. „Obnova“, Zagreb, 1931., str. 170-180.

44 Njem. *Vertrauensschutz*, v. o tome u: Schwarze, J., *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities, Sweet and Maxwell, London, 2006., str. 886.

Obveza poštivanja navedenih ustavnih vrednota nužno dovodi i do obveze tumačenja mjerodavnih zakona i drugih propisa u skladu s dva važna načela koja su sastavnice navedenih ustavnih vrednota. To su načelo pravne sigurnosti (izvjesnosti) i s njim povezano načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima i obvezama.“ Budući da je u toj odluci Ustavni sud RH odlučivao o ustavnoj tužbi podnijetoj protiv rješenja Ministarstva zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva donesenom u upravnom postupku, time je načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka izričito ustanovljeno kao jedno od načela koje se mora poštivati u okviru upravnog postupka, nezavisno o tomu što se izrijekom ne jamči u ZUP-u.

U praksi Europskog suda pravde zaštita stečenih prava ulazi u sadržaj načela pravne sigurnosti kao općeg načela prava kojemu sud pruža zaštitu.⁴⁵ Sa zaštitom stečenih prava usko je povezana zaštita legitimnih očekivanja, koja također predstavlja jedan aspekt načela pravne sigurnosti. Za razliku od načela zaštite legitimnih očekivanja stranaka, koje se primjenjuje u njemačkoj doktrini, zaštita stečenih prava razvijena je, primjerice, u Francuskoj (*droits acquis*)⁴⁶ te u Italiji (*diritti quesiti*)⁴⁷. Schwarze napominje da je teško povući jasnu razliku između koncepta stečenih prava i zaštite legitimnih očekivanja stranaka.⁴⁸ Činjenica da su oba načela s jednakom važnošću priznata u praksi Europskog suda pravde više odražava njegovo poštivanje različitosti pravnih sustava i tradicija država članica Europske unije, nego stajalište da su to dva potpuno odvojena koncepta.⁴⁹ U narednim dijelovima ovog rada, zaštita stečenih prava i legitimnih očekivanja stranaka razmotrit će se zajedno, kao usko povezani koncepti,⁵⁰ te će se pokušati dokazati teza da u situacijama u kojima stranka ne može zahtijevati zaštitu stečenih prava, pod određenim uvjetima ipak može doći do zaštite njezinih legitimnih očekivanja.

3.1. Smisao načela zaštite stečenih prava stranaka i legitimnih očekivanja stranaka

Proklamiranjem pravomoćnosti odluke kao načela zaštite stečenih prava stranaka pojašnjava se bit instituta pravomoćnosti, a to je neopozivost odluke od strane javnopravnog tijela, odnosno dopustivost opoziva samo u slučajevima propisanim zakonom.⁵¹ U upravnim postupcima koji su uglavnom jednostranački te

45 Medvedović, op. cit. (bilj. 5), str. 30. O načelu pravne sigurnosti v. Hartley, op. cit. (bilj. 15), 2004., str. 146.

46 V. Schwarze, op. cit. (bilj. 44), str. 874.

47 Ibid., str. 917.

48 Ibid., str. 954.

49 Ibid.

50 U literaturi vezanoj za europsko upravno pravo, zaštita stečenih prava i legitimnih očekivanja stranaka u pravilu se razmatra zajedno v. Schwarze, op. cit. (bilj. 44), str. 867-1172; Hartley, op. cit. (bilj. 15), str. 146-151; Schönberg, Søren, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, New York, 2000.

51 V. Ivančević, op. cit. (bilj. 22), str. 278.

se mogu pokrenuti i po službenoj dužnosti, nije najvažnije spriječiti stranku da inicira ponavljanje postupka o istom predmetu, već ju zaštititi od stavljanja izvan snage (opozivanja) akta od strane javnopravnog tijela koji ga je donio.⁵² U tomu leži smisao pravomoćnosti koja se očituje i u nazivu načela zaštite stečenih prava stranaka čime se nastoji istaknuti da su javnopravna tijela u opozivanju svojih akata ograničena time da ne smiju vrijeđati stečena prava.

U teoriji europskog upravnog prava, zaštita stečenih prava stranaka smatra se sadržajnim dijelom načela pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja.⁵³ Načelo pravne sigurnosti uglavnom je imalo ulogu u utvrđivanju je li stavljanje izvan snage upravnih mjera kojima se dodjeljuju prava dopušten.⁵⁴ U slučaju stavljanja izvan snage pravomoćnih nezakonitih upravnih akata koja stvaraju prava za pojedinca, načelo zakonitosti mora se uravnotežiti s načelom pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja.⁵⁵ Na to je ukazao i Ustavni sud RH⁵⁶, a okvirni sadržaj tih načela pojasnio je u odluci i rješenju, broj: U-I-659/1994 i dr. od 15. ožujka 2000.,⁵⁷ ističući da „u pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava zakoni moraju biti opći i jednaki za sve, a zakonske posljedice trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primijeniti. Sud također napominje da zakonske posljedice moraju biti primjerene legitimnim očekivanjima stranaka u svakom konkretnom slučaju u kojem se zakon na njih neposredno primjenjuje“. Time je Ustavni sud RH stao na stajalište teorije vladavine prava kao opravdanja za zaštitu legitimnih očekivanja stranaka.⁵⁸

Schönberg u knjizi „Legitimna očekivanja u upravnom pravu“⁵⁹ ilustrativno objašnjava prirodu zaštite legitimnih očekivanja na sljedeći način.⁶⁰ Zamislimo da je službenik nadležnoga tijela za prostorno planiranje obavijestio osobu X na jasan i nedvosmislen način da ispunjava sve zakonske pretpostavke za odobrenje nadogradnje još jednog kata na kuću te da će mu se isto izdati ukoliko podnese formalni zahtjev.

52 Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave*, III knjiga, Birotehnički izdavački zavod, Zagreb, 1962., str. 38. Upravnoppravna teorija, s tim u vezi, razlikuje formalnu od materijalne pravomoćnosti. Dok se formalna odnosi na smetnju strankama da pobijaju akt koji je postao pravomoćan, materijalna pravomoćnost podrazumijeva neopozivost akta od javnopravnog tijela. - v. Ivančević, op. cit. (bilj. 22), str. 278-280. i Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 386-388.

53 Schwarze, op. cit. (bilj. 44) str. 867.

54 Ibid, str. 871.

55 Ibid., str. 868.

56 U prethodno spomenutoj odluci br. U-IIIB/4366/2005.

57 NN, broj 31/00.

58 Pored vladavine prava, Schönberg navodi da se zaštita legitimnih očekivanja može opravdati i teorijom pouzdanja. Iz opće obveze da se drugima ne smije nanositi šteta koja se može spriječiti, slijedi da se legitimna očekivanja moraju štiti jer bi se u protivnome nanijela šteta pojedincima koji se pouzdaju u takva očekivanja. V. o tome, kao i o drugim mogućim opravdanjima zaštite legitimnih očekivanja - Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 7-30.

59 Pojmove razumna očekivanja i legitimna očekivanja Schönberg definira na sljedeći način: „Očekivanje je razumno ako bi se razumna osoba koja postupa s pažnjom držala takvog očekivanja u odgovarajućim okolnostima. Očekivanje je legitimno ako mu pravni sustav priznaje razumnost te mu pripisuje postupovne, materijalne i kompenzacijske pravne učinke.“ - Ibid., str. 6.

60 Ibid., str. 1. Primjer koji slijedi prilagođen je hrvatskim izrazima.

Osoba X pouzdavši se u tu izjavu potroši 50,000 kn za rekonstrukciju kuće. Što će se dogoditi ako nadležno tijelo, zbog nove politike, naknadno promijeni svoje stajalište i odbije zahtjev osobe X za izdavanje odobrenja? U takvoj situaciji postoji sukob između javnog interesa i interesa pojedinca. Ako nadležno tijelo dopusti osobi X nadograditi još jedan kat, postupit će protivno novoj politici koja je usvojena u javnom interesu i protivno interesima susjeda osobe X. Ako, pak, nadležno tijelo odbije izdati odobrenje, povrijedit će očekivanje osobe X u pouzdanost prethodno dane izjave te mu stvoriti značajne financijske poteškoće. Ovakva situacija nije nezamisliva prema ZUP-u, osobito imajući na umu dva nova instituta – jamstvo stjecanja prava (čl. 103.) i obavješćivanje o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava (čl. 155.).

Prema Schönbergu, postoje tri moguća pristupa uravnoteženju javnog interesa i interesa pojedinca u takvim slučajevima.⁶¹ Kao prvo, osobi X može se dopustiti izjašnjavanje (saslušanje) te pružiti obrazloženje koje će joj omogućiti, s jedne strane, da zatraži iznimku od nove politike, a s druge, da shvati zašto joj nadležno tijelo možda ne može dopustiti tu iznimku. Taj se pristup naziva postupovnom zaštitom očekivanja.⁶² Kao drugo, osobi X može se dopustiti da drži nadležno tijelo vezanim za svoju izjavu i da nastavi s rekonstrukcijom. U tom slučaju, radi se o materijalnoj (supstantivnoj) zaštiti očekivanja.⁶³ I naposljetku, osobi X može se nadoknaditi šteta u iznosu od 50,000 kn koje je izgubila pouzdavši se u izjavu nadležnog tijela, kao i za troškove restitucije kuće u izvorno stanje. Takav pristup predstavlja kompenzacijsku zaštitu očekivanja.⁶⁴ Schönberg ističe da se legitimna očekivanja ne mogu adekvatno zaštititi primjenom samo jednog pristupa, već da je za uspostavljanje ravnoteže između načela zakonitosti i zaštite javnog interesa, s jedne strane, te zaštite prava i pravnih interesa pojedinca, s druge, nužna kombinacija postupovnih, materijalnih i kompenzacijskih pravila.⁶⁵

3.2. Primjena načela zaštite stečenih prava stranaka i legitimnih očekivanja stranaka prema ZUP-u

Primjena načela zaštite stečenih prava stranaka i legitimnih očekivanja stranaka sagledat će se u sljedećim situacijama u kojima se postupanjem javnopravnog tijela mogu povrijediti stečena prava ili legitimna očekivanja stranaka: (1) stavljanje izvan snage nezakonitih pravomoćnih odluka, (2) stavljanje izvan snage zakonitih pravomoćnih odluka, (3) jamstvo stjecanja prava te (4) obavješćivanje o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava.

61 Ibid., str. 1.

62 Ibid.

63 Ibid.

64 Ibid.

65 Ibid., str. 1-2.

3.2.1. *Stavljanje izvan snage nezakonitih pravomoćnih odluka*

Odluka može postati pravomoćna bez obzira je li zakonita ili ne. Ukoliko je, primjerice, nezakonito riješeno u korist stranke, nije za očekivati da će stranka ulagati žalbu, pa će istekom roka za žalbu odluka postati konačna, a ujedno i pravomoćna.⁶⁶ Međutim, u slučajevima težih grešaka nezakonitosti, izvanredni pravni lijekovi služe kao „korektura instituta pravomoćnosti“⁶⁷. Takav smisao izvanrednih pravnih lijekova očituje se i u sadržaju čl. 13. ZUP-a koji propisuje da se pravomoćna odluka može se poništiti, ukinuti ili izmijeniti samo u slučajevima propisanim zakonom.

Pri tome se moraju razlikovati ništavi od oborivih upravnih akata. Upravnoppravna teorija naglašava da ništavi akti ne mogu postati pravomoćni, odnosno da „pravomoćnost ne može prekriti grešku ništavosti nikakvim protekom vremena“.⁶⁸ Razlozi za ništavost rješenja propisani su u čl. 128. st. 1. ZUP-a.⁶⁹

Promatrajući načelo zaštite stečenih prava u svjetlu grešaka ništavosti, mišljenja smo da se ništavom odlukom nisu niti mogla steći prava. Naime, ZUP propisuje da ništavo rješenje nema pravni učinak te da se, u slučaju oglašivanja rješenja ništavim, smatraju ništavim i pravni učinci tog rješenja (čl. 128. st. 4.). To, praktično znači da njime stranka nije stekla pravo niti obvezu. Iznimno, ništavo rješenje može konvalidirati ako je doneseno bez prethodnog zahtjeva stranke, pa stranka naknadno izričito ili prešutno pristane na njega (čl. 128. st. 11. t. 5.).

Ostale greške koje nisu izričito zakonskom normom propisane kao greške ništavosti, potpadaju pod greške oborivosti. Borković objašnjava da su oborivi oni upravni akti koji sadrže blažu pogrešku, dakle onu koja je takve prirode da akt i uz nju dobiva svoju pravnu snagu. Oboriv akt zadržava svoju pravnu snagu i postaje neizmjenjiv ako se protiv njega ne iskoriste dopuštena pravna sredstva. ZUP predviđa široki mehanizam pravnih sredstava, redovnih i izvanrednih, koja

66 Krbek ističe da je time interes za pravnom sigurnošću prevagnuo nad interesom da akti ne budu nezakoniti. „Bolje je i progutati neki pogrešni akt, nego poreći njegovu konačnost i ostaviti ga pod trajnim znakom pitanja.“ - Krbek, I. op.cit. (bilj. 43), str. 40.

67 V. Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 389. Isto tako Ivančević naglašava da „pravomoćnost ne smije biti pretvorena u sredstvo održavanja nezakonitog akta pod svaku cijenu“. - Ivančević, op. cit. (bilj. 22), str. 282.

68 Ivančević, ibid. Isto v. Borković, ibid.

69 ZUP u tom članku predviđa sljedeće razloge ništavosti rješenja:

1. ako je doneseno u stvari iz sudske nadležnosti,
2. ako je doneseno u stvari o kojoj se ne može rješavati u upravnom postupku,
3. ako njegovo izvršenje nije pravno ili stvarno moguće,
4. ako se njegovim izvršenjem čini kazneno djelo,
5. ako je doneseno bez prethodnog zahtjeva stranke, a na koje stranka naknadno izričito ili prešutno nije pristala,
6. ako sadržava nepravilnost koja je po izričitoj zakonskoj odredbi razlog za ništavost rješenja. (Primjerice, Zakon o državnim službenicima (NN 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08) u čl. 52. st. 6. propisuje: „Ako osoba primljena u državnu službu ne počne raditi određenog dana, čelnik tijela proglasit će ništavim rješenje o prijamu u državnu službu i rješenje o rasporedu na radno mjesto te osobe. U tom slučaju može se ponovno raspisati natječaj za popunjavanje istoga radnog mjesta.“).

pod uvjetima iz zakona, mogu biti korištena radi stavljanja izvan snage oborivih upravnih akata (žalba drugostupanjskom tijelu, tužba u upravnom sporu, izvanredna pravna sredstva).⁷⁰ Međutim, nisu ni sve greške oborivosti razlog za izjavljivanje izvanrednih pravnih sredstava, već samo one koje je zakonodavac izričito odabrao. U ZUP-u su takvi slučajevi propisani kao razlozi za obnovu postupka (čl. 123.)⁷¹ te kao razlozi poništavanja odnosno ukidanja nezakonitog rješenja (čl. 129.)⁷². Sukladno odredbi ZUP-a koja dopušta drukčije uređenje pojedinih pitanja upravnog postupka⁷³, zakonom, kojim se uređuje neko posebno upravno područje, mogu se odrediti dodatni razlozi za obnovu postupka, odnosno za poništavanje ili ukidanje nezakonitog rješenja. Za ostale greške koje nisu izričito zakonom propisane kao razlozi za obnovu postupka,

70 Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 394.

71 Razlozi za obnovu postupka na koje se moguće pozvati u objektivnom roku od tri godine od dana dostave rješenja stranci propisani su u st. 1. čl. 123., a radi se o sljedećim razlozima:

1. 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 drukčijeg rješenja da su te činjenice, odnosno dokazi bili izneseni, odnosno upotrijebljeni u prijašnjem postupku,
2. ako je rješenje povoljno za stranku doneseno na temelju neistinitih navoda stranke kojima je službena osoba dovedena u zabludu,
3. ako je rješenje donijela osoba koja nije bila ovlaštena za njegovo donošenje ili osoba koja je morala biti izuzeta,
4. ako kolegijalno tijelo koje je donijelo rješenje nije rješavalo u propisanom sastavu ili ako za rješenje nije glasovala propisana većina,
5. ako osobi koja je trebala sudjelovati u svojstvu stranke nije bila dana mogućnost sudjelovanja u postupku,
6. ako stranku nije zastupao zakonski zastupnik,
7. ako osobi koja je sudjelovala u postupku nije bila dana mogućnost da se služi svojim jezikom ili pismom. Razlozi za obnovu postupka za koje ne vrijedi vremensko ograničenje, a koji su propisani u st. 2. čl. 123., su sljedeći:

1. ako je rješenje doneseno na temelju lažne isprave ili lažnog iskaza svjedoka ili vještaka ili je posljedica kakvog kaznenog djela,
2. ako se rješenje temelji na presudi donesenoj u sudskom postupku, a ta je presuda pravomoćno ukinuta,
3. ako se rješenje temelji na prethodnom pitanju, a nadležni sud ili javnopravno tijelo o tom je pitanju kasnije odlučilo u bitnim točkama drukčije.

72 Sukladno članku 129. st. 2. nezakonito rješenje kojim se stranka stekla neko pravo može se poništiti:

1. ako ga je donijelo nenadležno javnopravno tijelo ili je rješenje doneseno bez zakonom propisane suglasnosti, odobrenja ili mišljenja drugoga javnopravnog tijela te
2. ako je u istoj stvari već doneseno pravomoćno rješenje kojim je ta upravna stvar drukčije riješena.

U slučaju očite povrede materijalnog propisa, rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može se poništiti ili ukinuti ovisno o prirodi upravne stvari i posljedicama koje bi nastale poništenjem ili ukidanjem rješenja (čl. 129. st. 3.).

U upravnim stvarima u kojima sudjeluju dvije stranke ili više njih s protivnim interesima, rješenje se može ukinuti samo uz pristanak protivne stranke (čl. 129. st. 4.).

73 Čl. 3. st. 1. ZUP-a glasi: „Ovaj se Zakon primjenjuje u postupanju u svim upravnim stvarima. Samo se pojedina pitanja upravnog postupka mogu zakonom urediti drukčije, ako je to nužno za postupanje u pojedinim upravnim područjima te ako to nije protivno temeljnim odredbama i svrsi ovoga Zakona.“

oglašavanje rješenja ništavim, a niti kao razlozi poništavanja, odnosno ukidanja, vrijedi pravilo da se ne može dirati u nezakonitu odluku koja je postala pravomoćna.⁷⁴

Premda je prilikom nabiranja razloga za poništavanje ili ukidanje nezakonitog rješenja zakonodavac naveo da se radi o rješenjima kojima je stranka stekla neko pravo (čl. 129. st. 2. i 3.), smatramo da bi se oni morali, tim više, primijeniti i na rješenja kojima su stranci nametnute obveze.⁷⁵ Prema Schwarzeovoj analizi zakonodavstava i upravne prakse pojedinih država članica EU, čest je slučaj da nezakonite upravne odluke koje ne stvaraju prava mogu biti stavljene izvan snage (s učincima *ex tunc* ili *ex nunc*) u svako doba.⁷⁶ Schönberg ističe da bi se načelo neopozivosti takvih odluka trebalo primjenjivati jedino u situaciji kada bi nadležno tijelo nakon opoziva donijelo manje povoljnu odluku za stranku od one koju je opozvalo.⁷⁷

Pružanje postupovne zaštita legitimnih očekivanja stranaka u slučaju stavljanja izvan snage nezakonitih odluka značajno je iz razloga što zakonito i pravilno provedeni postupci mogu smanjiti rizik od povrede. Štoviše, danas prevladava shvaćanje da su postupovne norme mnogo više od pukog „instrumentarija“ za ostvarenje materijalno-pravnih normi.⁷⁸ Pravo na pravičan postupak postalo je jedno od temeljnih ljudskih prava.⁷⁹ Postupovna pravila upravnog postupka, koja su sadržana u ZUP-u, Ustavni sud RH smatra neodvojivom sastavnicom postupovnih jamstava pravičnog suđenja, zaštićenih Ustavom.⁸⁰

74 V. čl. 13. ZUP-a.

75 „Ako na temelju nezakonitog rješenja stranka nije stekla pravo, znači određena joj je obaveza, rješenje se može poništiti ili ukinuti bez ispunjenja posebnih pretpostavki. Logično da se suglasnost stranke tu očito pretpostavlja.“ – Medvedović, op. cit. (bilj. 5), str. 60. Poseban uvjet bi se jedino mogao pojaviti u upravnim stvarima u kojima sudjeluju stranke s protivnim interesima kada bi mogao biti potreban pristanak protivne stranke.

76 V. primjerice Schwarze, op. cit. (bilj. 44). Francuska – str. 877-878, Njemačka – str. 891., Belgija – str. 919-920., Grčka – str. 923.

77 Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 74.

78 O tome v. Šprajc, Ivan, *Postupovne odredbe Zakona o azilu: kritička analiza te usporedba s međunarodnim pravom o pravom Europske unije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 54, br. 6, str. 1057-1068.

79 V. čl. 29. st. 1. Ustava RH te čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (Zakon o potvrđivanju Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola br. 1, 4, 6, 7 i 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (NN – Međunarodni ugovori 18/97). Stupanjem na snagu Protokola br. 11 objavljen je i pročišćeni tekst Europske konvencije (NN – Međunarodni ugovori 6/99). Novi dodani protokoli br. 12 i 13 objavljeni su u NN – Međunarodni ugovori 14/02. Protokol br. 14 objavljen je u NN – Međunarodni ugovori 1/06.).

80 V. odluku Ustavnog suda RH br. U-III/1001/2007 od 7. srpnja 2010. - „Ustavni sud štiti ustavno jamstvo pravičnog suđenja (odlučivanja) ispitujući eventualno postojanje postupovnih povreda u postupcima pred sudovima i drugim državnim tijelima, odnosno tijelima koja imaju javne ovlasti. Pružajući tu zaštitu, Ustavni sud sagledava cjelokupan postupak kao jedinstvenu cjelinu te ocjenjuje je li on bio vođen na način koji podnositelju osigurava pravično suđenje (odlučivanje), odnosno je li tijekom postupka počinjena povreda takvog značenja da postupak kao cjelinu čini nepravičnim za podnositelja.“

Kao najznačajnije aspekte pravičnog postupka za našu raspravu o zaštiti legitimnih očekivanja stranaka u slučaju stavljanja izvan snage nezakonitih odluka istaknuli bismo: obavještanje stranke o planiranom stavljanju izvan snage, pružanje stranci mogućnosti da se izjasni o tome, kao i davanje stranci obrazloženja za takvu odluku i mogućnosti pravne zaštite (potonje je zajamčeno Ustavom RH kao samostalno ustavno pravo⁸¹).⁸²

U hrvatskom upravno-postupovnom pravu, o oglašavanju rješenja ništavim, poništavanju ili ukidanju, nadležno tijelo odlučuje rješenjem koje mora imati sve sastavne dijelove sukladno čl. 98. ZUP-a, u koje spadaju obrazloženje i uputa o pravnom lijeku. Pravna zaštita protiv takvoga rješenja uvijek je osigurana – žalbom, ukoliko ga donosi prvostupanjsko tijelo ili pokretanjem upravnog spora, u slučaju da ga donosi drugostupanjsko tijelo ili tijelo koje obavlja nadzor nad tijelom čije se rješenje oglašava ništavim, poništava ili ukida.⁸³

Kod obavještanja stranke da će se odluka staviti izvan snage i pružanja mogućnosti da se prethodno izjasni o tome, stranci se, u pravilu, ne pružaju takva postupovna jamstva, ako se rješenje oglašava ništavim, poništava ili ukida po službenoj dužnosti.⁸⁴ Na tu činjenicu, kada se radi o stavljanju izvan snage rješenja prilikom provođenja upravnog nadzora, upozorio je i Ustavni sud RH u svojoj odluci U-IIIIB/1373/2009 od 7. srpnja 2009.⁸⁵

Schönberg predlaže da bi se prilikom odlučivanja o stavljanju odluke izvan snage, stranci trebao omogućiti određen oblik izjašnjavanja, osim u slučajevima kada je zbog hitne potrebe nužno brzo reagiranje nadležnog tijela. Takvo shvaćanje opravdava,

81 Čl. 18. st. 1. Ustava RH: „Jamči se pravo na žalbu protiv pojedinačnih pravnih akata donesenih u postupku prvog stupnja pred sudom ili drugim ovlaštenim tijelom.“

82 Usp. Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 32.

83 V. čl. 128. st. 3. i čl. 131. st. 4. ZUP-a.

84 S obzirom na moguće razloge obnove i shodno tomu, procesne radnje koje se moraju obnoviti, stranka će u mnogo slučajeva imati pravo sudjelovati u obnovljenom postupku. Međutim, ako se radi o obnovi postupka koja je inicirana po službenoj dužnosti, nadležno tijelo može odlučiti, sukladno čl. 126. st. 4. ZUP-a, poduzeti one radnje koje se imaju obnoviti, ne donoseći posebno rješenje kojim se obnova dopušta. Tada se, ovisno o razlozima zbog kojih se postupak obnavlja, može dogoditi da stranka uopće ne zna da je došlo do obnove postupka, već da to sazna tek kada joj se dostavi rješenje u obnovljenom postupku.

85 Relevantan dio navedene odluke glasi: „Legalna svrha izvanrednog pravnog sredstva kojim je dopušteno ukidanje po pravu nadzora konačnih pravnih akata ukazuje na još jedan element...: riječ je o nadzoru koji je po svojoj naravi “hijerarhijski”, jer ga višestupanjsko upravno (nadzorno) tijelo provodi s ciljem provjere zakonitosti pojedinačnih akata nižestupanjskog upravnog ili drugog javnopravnog tijela..., a da sama stranka - koja je upravnim aktom koji je predmet “hijerarhijskog” nadzora stekla određeno pravo - u tom postupku nema status stranke, iako o ishodu tog postupka neposredno i izravno ovisi sudbina priznatog joj prava. Štoviše, o provedbi postupka nadzora višeg upravnog (nadzornog) tijela nad aktima koje donosi niže upravno ili drugo javnopravno tijelo stranka ne mora biti ni obaviještena: ona o njemu može saznati tek zaprimanjem rješenja kojim se ukida izdana joj dozvola, a time i oduzima pravo koje joj je njime bilo priznato.“ Iako se ovdje radi o izvanrednom pravnom sredstvu ukidanja po pravu nadzora prema ZUP-u-1991, za pretpostaviti je da će se ista praksa nastaviti i povodom novog ZUP-a, budući da on ne sadrži nikakve nove odredbe o postupovnim jamstvima stranke u slučaju poništavanja ili ukidanja nezakonitog rješenja po službenoj dužnosti.

između ostalog i upućivanjem na relevantnu praksu Europskog suda pravde koji među opća načela prava EU-a ubraja i pravo na obranu (saslušanje).⁸⁶

Supstantivna zaštita legitimnih očekivanja stranaka, bez obzira što se radi o stavljanju izvan snage odluka koje su nezakonite, počiva na istim razlozima kao i institut pravomoćnosti. S obzirom na kompleksnost današnjeg upravnog prava, pojedinci, koji su većinom laici, u pravilu ne mogu sami prepoznati jesu li pravomoćne upravne odluke nezakonite. Zahtijevati od njih da svaki put kada se žele pouzdati u neku pravomoćnu upravnu odluku zatraže pravni savjet o njezinoj valjanosti, u najmanju ruku, bila bi sramota za nadležna tijela i potkopavanje bilo kakvog povjerenje u njih.⁸⁷

Supstantivnu zaštitu legitimnih očekivanja stranaka ZUP pruža načelom zaštite stečenih prava stranaka. Nezakonite pravomoćne odluke, pa tako i one koje su povoljne za stranku, mogu biti izmijenjene, poništene ili ukinute samo u slučajevima propisanim zakonom (v. *supra*). Kada se ostvare ti slučajevi propisani zakonom, a radi se o greškama koje su počinila javnopravna tijela, a ne stranke u postupku, nameće se pitanje može li se svejedno pružiti materijalna zaštita legitimnim očekivanjima stranaka?⁸⁸ Ako se ocijeni da je zbog posebnosti pojedinog slučaja nužno na takav način uspostaviti ravnotežu između suprotstavljenih interesa, može li se prednost dati pravnoj sigurnosti umjesto načelu zakonitosti? Naglasili bismo da se to „balansiranje“ ne bi odnosilo na razloge ništavosti, budući da ništava rješenja ne proizvode nikakav pravni učinak. U slučaju razloga ništavosti nadležno tijelo mora oglasiti rješenje ništavim.⁸⁹

Schönberg smatra da se u slučaju stavljanja izvan snage nezakonitih odluka treba odmjeriti ozbiljnost povrede zakona prema posljedicama koje bi bile prouzročene stranci ako se ustraje na strogoj primjeni načela zakonitosti.⁹⁰ U tom bi se smislu moglo zauzeti stajalište da se ravnoteža između suprotstavljenih interesa pojedinca i pravne sigurnosti, s jedne strane, te načela zakonitosti i državnih (općih, javnih) interesa, s druge, treba uspostaviti od slučaja do slučaja. To nikako ne znači da se u svakom slučaju legitimno očekivanje mora održati i da do stavljanja izvan snage nikada ne može doći, već samo da nadležna tijela, prilikom donošenja takve odluke, trebaju u konkretnom slučaju razmotriti i mogućnost pružanja supstantivne zaštite legitimnih očekivanja stranaka.⁹¹

86 Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 48-49. Detaljno o pravu na obranu u Europskoj uniji i njezinim državama članicama v. Schwarze, op. cit. (bilj. 44), str. 1243-1371.

87 Usp. Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 89.

88 Ustavni sud RH u spomenutoj odluci U-IIIIB/1373/2009 „dodatno ukazuje na nepravilnost kad državna ili javnopravna tijela imaju pravnu prednost pred građanima, koja se očituje u njihovoj pravnoj mogućnosti da izbjegnu odgovornost za svoje vlastite propuste ili pogreške u sačinjavanju i izdavanju pravno nevaljanih akata građanima, zbog kojih ovi trpe štetne posljedice koje su ponekad teško popravljive ili pak nepopravljive.“

89 V. čl. 128. st. 1. ZUP-a.

90 Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 105.

91 Usp. Odluku Ustavnog suda RH U-IIIIB/1373/2009.

I na kraju, u slučaju stavljanja izvan snage pravomoćnih nezakonitih odluka, moguća je i kompenzacijska zaštita legitimnih očekivanja stranaka. Pojedinaac se može financijski pouzdati u neko pravo stečeno pravomoćnom odlukom, pa zatim pretrpjeti novčani gubitak ako nadležno tijelo kasnije stavi izvan snage tu odluku. Može li pojedinac u tom slučaju zahtijevati naknadu štetu od države?

Budući da se u hrvatskom upravno-postupovnom pravu pravomoćna odluka smije staviti izvan snage samo u slučajevima propisanim zakonom, država u takvim slučajevima ne može odgovarati za štetu po pravilima za odgovornost zbog greške (nezakonitog ili nepravilnog postupanja) jer greške nema. Stavljanje izvan snage je dopušteno zakonom. Država bi eventualno mogla odgovarati za štetu bez greške.⁹² ZUP o tome nema nikakvih odredaba, kada se radi o stavljanju izvan snage nezakonitih pravomoćnih odluka. Neovisno o tome, Ustavni sud RH, upućujući na relevantnu praksu Europskog suda za ljudska prava, pružio je kompenzacijsku zaštitu legitimnih očekivanja u području prava gradnje, u slučaju kada država jednostrano, po pravu nadzora nad zakonitošću upravnih akata kojima je priznato pravo gradnje, zahvaća u tako priznata prava ukidanjem dotičnih upravnih akata nakon što oni postanu pravomoćni.⁹³ Prema stajalištu Ustavnog suda, država to ne smije učiniti ako takvo ukidanje nije u interesu RH i ako za takvo ukidanje po pravu nadzora pravomoćnih upravnih akata pogođene privatne osobe (ovlaštenici prava gradnje iz ukinutog pravomoćnog upravnog akta) nisu dobile naknadu tržišne vrijednosti u smislu čl. 50. st. 1. Ustava RH.

Schönberg smatra da se općenito u okviru upravne prakse treba uvesti načelo naknade za slučajeve kada je stavljanjem izvan snage nezakonite odluke prouzročena ozbiljna (abnormalna) šteta vrlo uskom krugu osoba.⁹⁴

3.2.2. *Stavljanje izvan snage zakonitih pravomoćnih odluka*

ZUP propisuje i mogućnost stavljanja izvan snage, točnije ukidanja, zakonitih odluka (čl. 130. v. *supra*). Budući da zakon izričito navodi da se radi o zakonitim odlukama kojima je stranka stekla kakvo pravo, nameće se pitanje mogu li se staviti izvan snage zakonite odluke kojima se stranci nameću obveze? Ovdje se, analogno, može primijeniti stajalište Prvostupanjskog suda Europskih zajednica izraženo u predmetu Kraft protiv Komisije da u situacijama kada se odlukom Komisije samo nameću obveze ili se njome kažnjava pojedinac, Komisija nije spriječena staviti izvan snage takvu odluku pozivanjem na zaštitu legitimnih očekivanja i stečenih prava adresata odluke.⁹⁵ Stoga bi se, kako to navodi Schönberg, pravilo neopozivosti primjenjivalo samo kao zabrana da tijelo u odnosu na stranku donese manje povoljnu

92 O odgovornosti za štetu bez greške v. Borković, op. cit. (bilj. 14), str. 149-150. Naknada štete nastala izvršenjem nezakonitog upravnog akta je zasebno pitanje.

93 Odluka Ustavnog suda RH U-IIIIB/1373/2009. Jednaku zaštitu u području prava gradnje pruža i francuski Državni savjet. V. Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 177.

94 Ibid., str. 181. Carol Harrow to naziva „nerazmjernim ili abnormalnim“ gubitkom. V. Harrow, Carol, *Compensation and Government Torts*, London, 1982., cit. prema. *ibid.*, str. 181.

95 T-227/95 Kraft v. Commission, par. 91.

odluku od one koju opoziva.⁹⁶ Osim toga, nadležno tijelo bi moralo paziti i na zaštitu prava trećih osoba, ako su odlukom koja se namjerava staviti izvan snage njima dodijeljena prava.⁹⁷

Svoje daljnje istraživanje zaštite legitimnih očekivanja stranaka u slučaju ukidanja zakonitih odluka ograničit ćemo samo na situacije predviđene ZUP-om (toč. 2. i 3. čl. 130.). U pogledu postupovne zaštite legitimnih očekivanja, ako se radi o ukidanju iz razloga što stranka nije ispunila svoje obveze iz rješenja ili ih nije ispunila u roku (toč. 2.), smatramo da bi se stranci trebalo omogućiti izjašnjavanje (saslušanje). Budući da nadležno tijelo odluku o ukidanju donosi temeljem procjene ponašanja adresata (njegovo neispunjenje obveza, odnosno neispunjenje u roku), adresatu bi se morala dopustiti „obrana“ odnosno očitovanje na navode nadležnog tijela i dokazivanje suprotnog.⁹⁸ Iznimka od saslušanja stranke opravdana je u slučaju ukidanja rješenja zbog otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost (toč. 3.), kada postoji potreba za žurnim postupanjem.⁹⁹

Odluke koje u sebi sadrže pridržaj ukidanja, ako stranka ne ispuni obvezu ili ju ne ispuni u roku, opozive su sve dok adresat ne ispuni tu obvezu.¹⁰⁰ Do tog trenutka stranka se ne može pozivati na supstantivnu zaštitu legitimnih očekivanja.

Kod ukidanja rješenja zbog otklanjanja teške i neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi i javnu sigurnost, postoji dodatna mogućnost supstantivne zaštite legitimnih očekivanja stranke, time što ZUP izričito propisuje da se moraju razmotriti i druga sredstva otklanjanja opasnosti te se ukidanje rješenja smije koristiti samo kao *ultima ratio*. Pored toga, budući da takvo ukidanje može ići na štetu zakonito stečenih prava, stranka, u slučaju ukidanja, ima pravo na naknadu stvarne štete (čl. 130. st. 2.). Time se strankama jasno i nedvojbeno pruža kompenzacijska zaštita njihovih legitimnih očekivanja.

3.2.3. Jamstvo stjecanja prava

Jamstvo stjecanja prava novi je institut općeg upravnog postupka¹⁰¹, međutim nije u potpunosti nepoznat, budući da je propisan u nekim zakonima kojima se uređuju posebni upravni postupci.¹⁰² Sukladno čl. 103. ZUP-a, javnopravno tijelo stranci može jamčiti stjecanje određenog prava, samo kad je to propisano zakonom (st. 1.), a jamstvo ne smije biti protivno javnom interesu ili interesu trećih osoba (st.

96 Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 74.

97 Usp. čl. 129. st. 4. ZUP-a te ibid., str. 75.

98 Usp. Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 40-41. te 45-49.

99 Usp. ibid.

100 Usp. ibid., str. 76.

101 „Preuzet je izravno iz njemačkog Zakona o upravnom postupku (§ 38 *Zusicherung*) uz izvjesnu modifikaciju, ponajprije sužavanja ovlasti javnopravnog tijela da daje to jamstvo.“ – Medvedović, op.cit. (bilj. 5), str. 46.

102 V. čl. 8a. Zakona o hrvatskom državljanstvu (NN br. 53/91., 70/91. (ispravak), 28/92. i 113/93. (Odluka Ustavnog suda RH) te čl. 12. Carinskog zakona (NN br. 78/99., 94/99., 117/99., 73/00., 92/01., 47/03., 140/05., 138/06., 60/08., 45/09., 56/10. i 56/10.).

2.). O jamstvu se odlučuje rješenjem koje obvezuje javnopravno tijelo, osim ako su se pravna osnova i činjenično stanje bitno izmijenili (st. 3.).

Neovisno o tome što se o njemu odlučuje rješenjem, jamstvo se nikako ne može izjednačiti s rješenjem kojim je stranka stekla pravo. Stoga se načelo zaštite stečenih prava stranaka ne primjenjuje na jamstvo. Međutim, taj institut ne bi imao nikakvog smisla, ako se stranka u dobiveno jamstvo ne bi mogla legitimno pouzdati. Podnormiranost ZUP-a koji samo načelno uređuje pitanja vezana uz jamstvo, ostavlja prostor da se posebnim zakonima propiše adekvatna zaštita legitimnih očekivanja stranaka.¹⁰³ Medvedović u tom smislu predlaže da se zbog pravne sigurnosti stranaka, ali i zbog zaštite pravnog poretka, posebnim zakonom, kojim se javnopravno tijelo ovlašćuje na davanje jamstva, nužno treba propisati rok važenja jamstva, a korisno bi bilo i da se podrobnije utvrde pretpostavke za njegov prestanak.¹⁰⁴

Postupovna zaštita legitimnih očekivanja zahtijevala bi da se stranku obavijesti da se javnopravno tijelo neće smatrati obveznim postupiti po jamstvu, kao i o razlozima tomu. Ujedno bi se stranci trebalo omogućiti da se očituje, osim ako postoje vrlo važni razlozi koji zahtijevaju žurno postupanje javnopravnog tijela. Ako javnopravno tijelo odbije zahtjev stranke u stvari o kojoj je dalo jamstvo stjecanja prava, o tome donosi rješenje u kojem će obrazložiti razloge odbijanja.¹⁰⁵ Protiv takvog rješenja stranka ima pravo na pravni lijek (žalbu ili pokretanje upravnog spora).¹⁰⁶

Supstantivna zaštita legitimnih očekivanja pruža se na način da se od jamstva neće odstupiti osim ako su se pravna osnova i činjenično stanje bitno izmijenili (v. čl. 103. st. 3. ZUP-a). Kako procijeniti je li izmjena dovoljno bitna? Na javnopravnom tijelu je zadatak vaganja između interesa pojedinca, s jedne strane i interesa koji se želi zaštititi poduzimanjem radnje kojom bi se iznevjerilo legitimno očekivanje stranke, s druge.¹⁰⁷ U pogledu izmjene pravne osnove, Schönberg se zalaže za rano obavještanje stranke te dodjeljivanje prijelaznog razdoblja kako bi se osiguralo da se očekivanja očuvaju u mjeri koja ne prkosi svrsi izmjene propisa.¹⁰⁸

U slučaju da javnopravno tijelo ipak odstupi od jamstva, Schönberg nalazi i u praksi francuskog Državnog savjeta i u praksi Europskog suda pravde primjere sporova za naknadu štete u slučajevima kada su javnopravna tijela odstupila od zakonito danih izjava i time povrijedila legitimna očekivanja.¹⁰⁹ Prema praksi

103 V. čl. 12. Carinskog zakona o obvezujućem mišljenju o razvrstavanju robe i podrijetlu robe koje obvezuje Carinsku upravu prema osobi kojoj je dano mišljenje. U tom članku propisuju se vrlo detaljne odredbe s ciljem postupovne i supstantivne zaštite legitimnih očekivanja stranke.

104 Medvedović, op. cit. (bilj. 5), str. 47.

105 Ibid.

106 Ibid.

107 Prema ovo nalikuje načelu razmjernosti, Schönberg smatra da su to dva različita testa koja se ne bi trebala poistovjećivati. Osim toga, prema njegovom saznanju, pravni sustavi izravno ne povezuju ta dva načela. V. Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 152-154.

108 Schönberg, op. cit. (bilj. 50), str. 142-143. Usp. čl. 12. st. 8. Carinskog zakona.

109 Ibid., str. 223-232.

francuskih sudova, nema odgovornosti države, ili je naknadna značajno niža, ako su postojali izvanredni razlozi u korist odluke javnopravnog tijela kojom su povrijeđena legitimna očekivanja stranke u pouzdanost zakonito dane izjave.¹¹⁰ Osim toga, uvjet postojanja uzročne veze i nastanka određene štete, sudovi primjenjuju vrlo strogo.¹¹¹

I konačno, može li se stranka legitimno pouzdati u jamstvo koje je dano nezakonito? Davanjem nezakonitog jamstva, javnopravna tijela bi mogla zaobilaziti zakon čineći ono što inače ne bi mogla u redovnom postupku odlučivanja o zahtjevu stranke.¹¹² Pored toga, očekivanja u pouzdanost jamstva dobivenog prijevarom ili na temelju neistinitih navoda stranke nisu razumna niti legitimna. Budući da se o jamstvu donosi rješenje, takvo se rješenje može oglasiti ništavim te poništiti ili ukiniti ukoliko je opterećeno nekim od predviđenih razloga nezakonitosti.¹¹³

Međutim, u slučaju da je jamstvo nezakonito, ali zbog greške ili propusta javnopravnog tijela, ne može se isključiti mogućnost naknade štete stranci prema pravilima za odgovornost države za štetu nanесenu protupravnim djelovanjem službene osobe. U francuskoj upravno-sudskoj praksi, koja priznaje takvu odgovornost, ona je ipak u određenoj mjeri ograničena strogom primjenom pretpostavki uzročne veze, nastanka određene štete i doprinosa oštećene stranke.¹¹⁴

3.2.4. Obavješćivanje o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava

Obavješćivanje o uvjetima ostvarivanja i zaštite prava uređeno čl. 155. ZUP-a, novi je institut općeg upravnog postupka, koji, doduše, ne predstavlja potpunu novost za državnu i javnu upravu.¹¹⁵ Na zahtjev zainteresirane osobe javnopravno tijelo dužno joj je izdati obavijest o uvjetima, načinu i postupku ostvarivanja ili zaštite njezinog prava ili pravnog interesa u određenoj upravnoj stvari (st. 1.). Obavijest se mora izdati u pisanom obliku u roku od 15 dana od podnošenja zahtjeva (st. 2.).¹¹⁶ Što ako osoba, pouzdavši se u točnost dane obavijesti, poduzme određene aktivnosti, a naknadno kada podnese formalni zahtjev, javnopravno tijelo odstupi od dane obavijesti na štetu stranke?

110 Ibid., str. 225.

111 Ibid., str. 230-232.

112 Usp. ibid. str. 114. i 115.

113 V. Medvedović, op. cit. (bilj. 5), str. 47.

114 Naknada će biti smanjena ukoliko stranka nije postupala sa značajnim stupnjem pažnje. Naknada se često smanjuje za 25 do 75 posto, zato što je stranka znala ili trebala znati da je odobrenje koje je stekla nezakonito, ili zato što je na neki drugi način postupala pogrešno. Schønberg, op. cit. (bilj. 50), str. 204.-205. te 220-221.

115 Čl. 82. st. 2. Zakona o sustavu državne uprave (NN, br. 75/93., 48/99., 15/00., 59/01., 199/03., 79/07.): „Tijela državne uprave dužna su davati građanima i pravnim osobama podatke, obavijesti i upute i pružati im stručnu pomoć u poslovima radi kojih se obraćaju tijelima državne uprave.“ Više o tom institutu u području gradnje v. Bienenfeld, op. cit. (bilj. 18.), str. 276-279.

116 Ako javnopravno tijelo odbije izdati obavijest u pisanom obliku, zainteresirana osoba u roku od osam dana ima pravo izjaviti prigovor (čl. 155. st. 3.) Ako javnopravno tijelo u propisanom roku ne izda obavijest, zainteresirana osoba također ima pravo izjaviti prigovor (čl. 155. st. 4.).

Smatramo da bi javnopravno tijelo, prilikom pružanja obavijesti, moralo izričito upozoriti stranku da je obavijest dana temeljem važećih propisa i prikazanog činjeničnog stanja. U tom slučaju, ako dođe do izmjena, pravnih propisa ili činjeničnog stanja, stranka ne može zahtijevati zaštitu legitimnih očekivanja.¹¹⁷

Nadalje, ako je dana obavijest bila neispravna, praksa francuskog Državnog savjeta, kao i praksa Europskog suda pravde, pokazuje da se postupovna zaštita u takvim situacijama ne pruža u širokoj mjeri.¹¹⁸ Pored toga, opće je pravilo da nezakonite izjave nisu obvezujuće te da se njima ne mogu stvoriti legitimna očekivanja, stoga se vrlo rijetko pruža supstantivna zaštita.¹¹⁹ Međutim, strankama se može osigurati kompenzacijska zaštita temeljem pravila o odgovornosti države za štetu nanesenu zbog greške službene osobe.¹²⁰

4. ZAKLJUČAK

Načelo razmjernosti, zaštite stečenih prava i legitimnih očekivanja stranaka temeljna su načela upravnog postupovnog prava. Iako načelo zaštite legitimnih očekivanja ZUP nije izrijekom propisao, Ustavni sud RH potvrdio je postojanje toga načela u svojoj odluci br. U-III/4366/2005 od 5. travnja 2006. Budući da je u toj odluci odlučivao o ustavnoj tužbi podnijetoj protiv rješenja Ministarstva zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva donesenom u upravnom postupku, time je načelo zaštite legitimnih očekivanja stranaka izričito ustanovljeno kao jedno od načela koje se mora poštivati u okviru upravnog postupka. Iz relevantne prakse Ustavnog suda RH, vidljivo je da navedena temeljna načela upravnog postupka ne treba promatrati samo kao opća načela pojedine grane prava (upravno-postupovnog prava) već i kao ustavnopravna načela. Osim toga, postupovna pravila upravnog postupka, koja su sadržana u ZUP-u, neodvojiva su sastavnica postupovnih jamstava pravičnog suđenja, zaštićenih Ustavom RH.

117 Usp. Schönberg, op. cit. (bilj. 50), 126., 228.

118 V. *ibid.*, str. 56-60.

119 V. *ibid.*, str. 146-149.

120 Predmet Aubin (CE 20/1-88 Aubin RDP 1988, 903) primjer je iz prakse Državnog savjeta. Gospodin Aubin, koji je živio i radio na obje strane francusko-belgijske granice, francuska tijela vlasti obavijestila su da se treba prijaviti za naknadu za nezaposlene osobe u Belgiji. Kada je to učinio, temeljem francuskih propisa izgubio je pravo na prijavu u Francuskoj, a niti belgijsko niti pravo Zajednice nije mu omogućavalo primanje naknade u Belgiji. Državni savjet utvrdio je da su francuska tijela odgovorna za Aubinov gubitak naknade za nezaposlene i neugodnosti koje su mu bile prouzročene. Činjenica da je tu informaciju stekao kao savjet, i da je bila nejasna točna interpretacija pravila prava Zajednice nije spriječila tu odgovornost. Praksa Europskog suda pravde je oskudnija. Međutim, kao primjer može poslužiti predmet (176-177/86) Houyoux protiv Komisije u kojem je Europski sud pravde dodijelio naknadu zaposlenici Zajednice zbog gubitka novčane pripomoći. Do tog gubitka došlo je zbog toga što je nepravodobno podnijela zahtjev, pouzdavši se u informacije iz letka Kadrovske službe Komisije koje su se pokazale netočnim.

Ispravno razumijevanje načela od izuzetne je važnost kod tumačenja normi ZUP-a, popunjavanja pravnih praznina, ali i kod diskrecijskog odlučivanja. U pitanjima koja se tiču upravnog postupka prevladava pravna vezanost te su samo iznimno dopuštene mogućnosti za diskrecijsko odlučivanje o određenim formalnim i postupovnim pitanjima.¹²¹ Kada zakon javnopravnim tijelima pruža izbor između dviju ili više mogućnosti, odabir mogućnosti prilikom vršenja diskrecijske ovlasti obavlja se prema javnom interesu i za potrebe konkretnog slučaja. Stoga su temeljna načela bitna i za vršenje pravilne (svrsishodne) diskrecijske ocjene. Štoviše, kada Republika Hrvatska postane članica Europske unije i kada će javnopravna tijela izravno primjenjivati pravo EU na upravne postupke koji će se voditi pred njima, načelo razmjernosti, zaštite stečenih prava i legitimnih očekivanja primjenjivat će se i kao načela europskog upravnog prava.

121 Ivančević, op. cit. (bilj. 22), str. 202.

Summary

**THE NEW PRINCIPLES IN ADMINISTRATIVE DISPUTE
(WITH A SPECIAL EMPHASIS ON PROPORTIONALITY,
LEGITIMATE EXPECTATIONS AND ACQUIRED RIGHTS)**

The authors in the article analyse new principles in administrative procedure according to the provisions of Law on General Administrative Procedure which entered into force on 1st of January, 2010. A special attention has been given to the principle of proportionality, protection of acquired rights and legitimate expectations of parties. The authors scrutinise their application with regard to certain institutes regulated by the Law on General Administrative Procedure and point at certain comparative solutions in European administrative-court practice (French State Council, European Court of Justice). They emphasize the importance to properly understand the principles in order to interpret procedural provisions and close legal gaps.

Key words: *Law on General Administrative Procedure, principle of proportionality, protection of acquired rights, protection of legitimate interests of parties.*

Zusammenfassung

**NEUE PRINZIPIEN DES VERWALTUNGSVERFAHRENS
IM HINBLICK AUF DAS PROPORTIONALITÄTSPRINZIP,
LEGITIME ERWARTUNGEN UND ERWORBENE RECHTE**

Die vorliegende Arbeit betrachtet die neuen Prinzipien des Verwaltungsverfahrens nach dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, das am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist. Als besonders wichtig sind das Prinzip der Proportionalität, der Schutz erworbener Rechte und legitimer Erwartungen der Parteien hervorgehoben, und ihre Anwendung auf einzelne Institute des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes analysiert. Dazu werden vergleichende Regelungen in der europäischen Verwaltungsrechtsprechung (Französischer Staatsrat, Gerichtshof) dargestellt. Wie die Autoren betonen, sei ein richtiges Verständnis dieser Prinzipien für die Auslegung verfahrensrechtlicher Bestimmungen, sowie für die Ausfüllung von Gesetzeslücken unentbehrlich.

Schlüsselwörter: *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, Proportionalitätsprinzip, Schutz der erworbenen Rechte, Schutz der legitimen Erwartungen der Parteien.*

RIASSUNTO

I NUOVI PRINCIPI DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO (CON PARTICOLARE ATTENZIONE PER LA PROPORZIONALITA', LA LEGITTIMA ASPETTATIVA ED I DIRITTI ACQUISITI)

Nel contributo si esaminano i nuovi principi del procedimento amministrativo in forza della legge sul procedimento amministrativo generale entrata in vigore il 1. gennaio 2010. Particolare attenzione viene dedicata al principio della proporzionalità, alla tutela dei diritti acquisiti ed alle legittime aspettative delle parti. Si analizza la loro applicazione nei singoli istituti della legge sul procedimento amministrativo generale ed in alcune soluzioni comparate nella prassi giurisprudenziale amministrativa europea (Consiglio di Stato francese e Corte di giustizia). Si pone in rilievo l'importanza di una corretta cognizione dei principi ai fini dell'interpretazione di norme procedurali e dell'integrazione delle lacune normative.

***Parole chiave:** legge sul procedimento amministrativo generale, principio di proporzionalità, tutela dei diritti acquisiti, tutela delle legittime aspettative delle parti.*

POVEZANI UGOVORI O KREDITU

Dr. sc. Emilia Mišćenić, znanstveni suradnik
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.77:330.567.22
Pr.: 6. rujna 2010.
Ur.: 15. siječnja 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Potrošač na tržištu nerijetko ulazi u poslovne transakcije u kojima radi financiranja kupnje određenih proizvoda ili usluga, sklapa ugovor o kreditu koji mu je ponuđen na temelju prethodnog sporazuma prodavatelja robe ili pružatelja usluge i davatelja kredita. Pritom se izlaže riziku da prodavatelj robe, odnosno pružatelj usluge ne ispunji ili neuredno ispunji svoju ugovornu obvezu. Prema općim pravilima o ugovornoj odgovornosti potrošač bi morao otplaćivati kredit iako mu ugovor radi kojeg je sklopio ugovor o kreditu nije uredno ili nije uopće ispunjen. Preuzimanjem odredbe čl. 11. Direktive 87/102/EEZ u Zakon o zaštiti potrošača u hrvatsko je pravo uveden za potrošača izrazito važan institut povezanih ugovora o kreditu, koji mu daje prava koja mu nisu dostupna prema općim pravilima o ugovornoj odgovornosti. U slučaju neuspješnog ostvarivanja prava naspram prodavatelja ili pružatelja usluge, potrošač svoja prava može ostvarivati naspram davatelja kredita. Iako je čl. 83. Zakona o zaštiti potrošača u mnogočemu izašao izvan minimalnog stupnja zaštite potrošača kojeg je u pogledu povezanih ugovora o kreditu propisivao čl. 11. Direktive 87/102/EEZ, isto se nije ponovilo prilikom usklađivanja s člankom 15. njezine nasljednice Direktive 2008/48/EZ. Suprotno načelu maksimalne harmonizacije na kojem se Direktiva 2008/48/EZ temelji, hrvatski zakonodavac u Zakonu o potrošačkom kreditiranju nedostavno preuzima spomenutu odredbu potpuno izmijenivši njezin sadržaj i značenje. Stoga autorica u radu ukazuje na potrebu hitne izmjene čl. 15. Zakona o potrošačkom kreditiranju o povezanim ugovorima o kreditu s ciljem usklađivanja s odredbama Direktive 2008/48/EZ i povišenjem stupnja zaštite potrošača. I konačno autorica na primjeru njemačke sudske prakse i prakse Europskog suda pravde ukazuje na važnost odredaba o povezanim ugovorima o kreditu i na učestale probleme koji se javljaju u praksi.

Ključne riječi: *povezani ugovori o kreditu, Zakon o potrošačkom kreditiranju, Zakon o zaštiti potrošača, Direktive 87/102/EEZ, Direktiva 2008/48/EZ, potrošački kredit, potrošački zajam, zaštita potrošača.*

I. UVOD

Na tržištu su česte situacije u kojima se potrošači u nedostatku novčanih sredstava odlučuju na kupnju određene robe ili usluge tako da im u tu svrhu kredit odobri upravo sam prodavatelj robe ili pružatelj usluge ili tako što cijenu predmeta ugovora financira banka ili neka druga kreditna institucija kao treća strana. Ova potonja konstrukcija u kojoj se potrošač nalazi u ugovornom odnosu naspram prodavatelja robe ili pružatelja usluge s jedne strane i davatelja kredita s druge može biti osobito pogubna za njega. Naime kupnja određene robe ili usluge nerijetko je financirana od treće osobe-kreditora, koja usko surađuje s prodavateljem. Poslovna suradnja između tih osoba i veza između ugovora koje one sklapaju s potrošačem može biti toliko jaka da jasno ukazuje na postojanje jedinstvenog gospodarskog pothvata. Podjela takvog jedinstvenog gospodarskog pothvata na dva samostalna ugovora dovodi do značajnog povišenja rizika i s time povezanom opasnosti za potrošača, da će primjerice u slučaju kada ima pravo isticati prigovore naspram prodavatelja ili pružatelja usluge jer roba nije dostavljena ili ima materijalne nedostatke ili usluga nije pružena i sl. morati otplatiti čitav iznos u tu svrhu odobrenog mu kredita. Sudstvo i zakonodavci nekih država članica Europske unije (dalje u tekstu: EU) i šire vrlo su rano primijetili ovaj problem i na različite su načine pokušavali riješiti ovakvo umjetno razdvajanje gospodarski povezanih ugovora.¹ Usklađivanje relevantnih propisa na razini EU-a po prvi se je puta provelo propisivanjem odredbe o povezanim ugovorima u čl. 11. Direktive 87/102/EEZ o potrošačkom kreditu² (dalje u tekstu: Direktiva 87/102/EEZ).³ Ova odredba koja

- 1 Njemački sudovi su tako primjerice početno primjenjivali načelo dobre vjere iz § 242. Bürgerliches Gesetzbuch od 2.1.2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738) posljednji put izmijenjen Zakonom od 24.7.2010 (BGBl. I S. 977) m.W.v. 30.7.2010 (dalje u tekstu: BGB). Vidi presudu njemačkog Saveznog Vrhovnog suda BGH-a, BGHZ, str. 37., 94. Vidi i englesku sudsku praksu u Davidson, F. P., *The Missing Linked Transaction*, *The Law Quarterly Review*, br. 96./1980., str. 343. Mogućnost isticanja prigovora naspram davatelja kredita u većini je država prvotno razvijena sudskom praksom da bi takvo pravo početkom 70-ih godina prošloga stoljeća ušlo u njihove zakonske odredbe o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene. Npr. engleski Consumer Credit Act od 31.7.1974. (Section 75.), talijanski Legge di 15.9.1964., n° 755 (čl. 1.), luksemburški Loi du 19.5.1961. (čl. 2.), švedski Konsumentköplag od 1.1.1974. (§ 16.). Vidi Oehmen, K., *Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften über Verbrauchercredit in den Mitgliedstaaten der EG*, *Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln*, 1979., str. 68. et seq.
- 2 Direktiva 87/102/EEZ Vijeća od 22.12.1986. o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica koji se odnose na potrošačke kredite, Sl. l. L 42/48 od 12.2.1987., izmijenjena i dopunjena Direktivom 90/88/EEZ Vijeća od 22.2.1990., Sl. l. L 61/14 od 10.3.1990. i Direktivom 98/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16.2.1998., Sl. l. L 101/17.
- 3 Treba napomenuti kako i neke druge potrošačke direktive sadrže šture odredbe o povezanim ugovorima, npr. Direktiva 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 20.5.1997. o zaštiti potrošača s obzirom na ugovore na daljinu (Sl. l. 1997 L 144) izmijenjena Direktivom 2002/65/EZ, Direktivom 2005/29/EZ i Direktivom 2007/64/EZ i Direktiva 94/47/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26.10.1994. o zaštiti stjecatelja glede određenih aspekata ugovora o stjecanju prava korištenja nekretnina na temelju *timesharinga* (Sl. l. 1994 L 280, 83) ukinuta Direktivom 2008/122/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 14.1.2009. o zaštiti potrošača glede

je u zakonodavnom postupku usvajanja Direktive 87/102/EEZ bila predmetom žučnih rasprava⁴ ušla je u hrvatski Zakon o zaštiti potrošača (dalje u tekstu: ZZZP) kao posljedica obveze Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) na usklađivanje zakonodavstva i prilagođavanje zaštite potrošača u Hrvatskoj, zaštiti koja je na snazi u EU.⁵ U prvome ZZZP-u iz 2003. godine⁶ povezani ugovori o kreditu bili su uređeni člankom 68. odgovornost zajmodavca za prodavatelja, da bi ih novi ZZZP iz 2007. g.⁷ bitno neizmijenjeno uređio u čl. 83. pod nazivom odgovornost zajmodavca za trgovca. No valja napomenuti kako je hrvatsko pravo i prije preuzimanja odredaba Direktive 87/102/EEZ uređivalo povezanost ugovora o kupoprodaji i ugovora o zajmu kao podvrste potrošačkog kredita pravilima o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene u Zakonu o obveznim odnosima (dalje u tekstu: ZOO).⁸ Novi ZOO iz 2005. godine⁹ preuzima spomenuto uređenje u čl. 472., čiji st. 1. propisuje kako pravila o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene „vrijede i u slučaju drugih pogodbi koje imaju istu bit“, a prema st. 2. „ona će se primjenjivati i na zajam dan kupcu i namijenjen kupnji određenih stvari, ako su se zajmodavac i prodavatelj sporazumjeli da kupac za stvar, koju mu je prodavatelj prodao, otplaćuje zajmodavcu cijenu u obrocima, prema ugovoru sklopljenom između kupca i prodavatelja“. ¹⁰ Iako preteču

određenih aspekata ugovora o *timeshareu*, o dugoročnim proizvodima za odmor, ponovnoj prodaji i razmjeni (Sl. l. 2009 L 033, 10). Te direktive propisuju kako u slučaju raskida ugovora o kreditu koji je posljedica raskida ugovora sklopljenog na daljinu ili ugovora o *timeshareu*, trgovac ili treća osoba koja je potrošaču odobrila kredit na temelju sporazuma s trgovcem nema pravo zaračunati potrošaču nikakve troškove, kamate ili kaznu.

- 4 Odredba je predstavljala jednu od najspornijih točaka prilikom izrade nacrtu prijedloga Direktive i sastavljena je uglavnom prema uzoru na engleski Consumer Credit Act 1974 (Section 75). Vidi Hüttebräuker, A., Die Entstehung der EG-Richtlinien über den Verbraucherkredit, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 2000., str. 142. et seq; Howells, G./Wilhelmsson, T., EC Consumer Law, Ashgate, Aldershot (et al.), 1997., str. 208.; Oehmen, K., op. cit., str. 274.
- 5 Prema općoj obvezi usklađivanja prava iz čl. 69. st. 1. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (dalje u tekstu: SSP) Hrvatska će nastojati osigurati postupno usklađivanje postojećih zakona i budućega zakonodavstva s pravnom stečevinom EU (*acquis*). Posebna obveza usklađivanja na području prava zaštite potrošača propisana je čl. 74. SSP. Vidi Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN MU br. 14/01.
- 6 Glava 8., (čl. 56. – 71.) Zakona o zaštiti potrošača, NN br. 96/03.
- 7 Glava IX. (čl. 71.–86.) Zakona o zaštiti potrošača, NN br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09., 133/09.
- 8 Čl. 550. Zakona o obveznim odnosima, NN 53/91., 73/91., 111/93., 3/94., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01. O tome detaljno Petrić, S., Zaštita potrošača u bankarskim kreditnim poslovima u hrvatskom pravu u odnosu na pravo Europske unije, ZPFS, br. 1–1/2002., str. 126. et seq.
- 9 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 5/05., 41/08.
- 10 Tako *Slakoper* ugovoru o kreditu pripisuje „svojstva potrošačkog kredita uvijek kad je njegova bit identična biti ugovora o prodaji s obročnim otplatama cijene, kao i kad se banka i prodavatelj sporazumijuju da kupac cijenu kupljene stvari plaća banci u obrocima koji sadrže kamatu, prema ugovoru koji sklope kupac i prodavatelj, što podrazumijeva da banka bez odgode prodavatelju isplaćuje cijenu robe koju kupac kupi“. U tim se slučajevima temeljem čl. 472. ZOO–a na ugovor o kreditu primjenjuju odredbe čl. 464. – 471. i čl. 473. ZOO–a koje uređuju prodaju s

povezanih ugovora o kreditu predstavlja upravo kupoprodaja s obročnom otplatom gdje element kreditiranja čini nesamostalan dio glavnog pravnog posla kupoprodaje, s vremenom se financiranje i potrošnja razdvajaju u samostalne poslove kupoprodaje i kreditiranja.¹¹ Stoga je osnovni *ratio* odredaba o povezanim ugovorima jače pravno povezivanje ugovora o kreditu s ugovorima o prodaji robe ili pružanju usluga s kojima ugovor o kreditu čini gospodarsku cjelinu. Time promjene vezane uz jedan ugovor utječu na drugi. One se mogu očitovati, primjerice da raskidom jednog ugovora prestaje i drugi ugovor ili da se prigovori koji proizlaze iz jednog ugovora npr. ugovora o kupoprodaji mogu uputiti i kod drugog ugovora, npr. naspram davatelja kredita. Time se želi spriječiti vrlo neugodne situacije za potrošača da u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovorne obveze prodavatelja robe, odnosno pružatelja usluge i dalje mora otplaćivati kredit koji mu je u tu svrhu odobrio davatelj kredita koji usko surađuje s prodavateljem. No, iako je u vrijeme stupanja Direktive 87/102/EEZ na snagu koncept povezanih ugovora predstavljao novinu za neke države članice, odredba čl. 11. bila je u mnogočemu kompromisno i nedostatno razrađeno rješenje sudionika zakonodavnoga postupka.¹² Suprotno očekivanjima prilikom implementacije većina država članica nije iskoristila čl. 15. Direktive 87/102/EEZ kako bi izašla izvan propisanog minimalnog standarda i povisila stupanj zaštite potrošača kod povezanih ugovora o kreditu.¹³ Čak je 2002. godine i sama Komisija naglasila kako se velik broj država članica zadovoljio doslovnim preuzimanjem čl. 11. Direktive 87/102/EEZ stvorivši time neučinkovito zakonodavstvo.¹⁴ Sve je to za posljedicu imalo i bezbroj sporova i na nacionalnoj

obročnom otplatom cijene. Vidi Slakoper Z., Ugovor o kreditu u Zakonu o obveznim odnosima, u Slakoper Z. (ur.), *Bankovni i financijski ugovori*, Pravni fakultet Rijeka, 2007., str. 496.

- 11 Nakon Drugog svjetskog rata postupno ju zamjenjuju ustup tražbine (cesija) i zajam. Kod ustupa tražbine prodavatelj kreditira kupovnu cijenu kako bi omogućio njezino plaćanje u ratama i ustupa svoju tražbinu banci. Nerijetko se sklapao i poseban ugovor o kupoprodaji između kupca i prodavatelja i od njega pravno nezavisan ugovor o zajmu između kupca i kreditne institucije. Pritom je uglavnom postojao sporazum banke i prodavatelja prema kojem je banka uvijek imala u pripravi određeni iznos novčanih sredstava potrebnih za kreditiranje, a prodavatelj je jamstvom ili pristupanjem dugu preuzimao odgovornost za kupca.
- 12 Tako je izvorni prijedlog odredbe po uzoru na Section 75. engleskog Consumer Credit Act 1974 (*joint and several liability*) predviđao solidarnu odgovornost davatelja kredita i prodavatelja robe odnosno pružatelja usluge. U konačnici je prihvaćeno drukčije rješenje supsidijarne odgovornosti prema kojoj potrošač najprije mora pokušati ostvariti svoja prava naspram prodavatelja robe/pružatelja usluge da bi potom u slučaju neuspjeha mogao svoja prava ostvarivati naspram davatelja kredita. Rješenje je loše stoga što potrošač mora otplaćivati rate kredita sve dok je u sporu s prodavateljem, a vjerojatno nije u mogućnosti niti uživati dobra odnosno usluge. Vidi Good, R. M., *The Consumer Credit Act 1974*, *Cambridge Law Journal*, br. 34/1975., str. 94. i Latham, P., *Dispositions communautaires relatives au credit a la consommation: La directive 87/102/CEE du decembre 1986*, *RMC 1988.*, str. 224.
- 13 To potvrđuje i izvješće Komisije o primjeni Direktive 87/102/EEZ, KOM (95) 117 fin. od 11.5.1995.
- 14 Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica o potrošačkom kreditu, KOM (2002) 443 fin., Sl. l. EZ 2002, str. 22. Tako je preuzimanjem čl. 11. Direktive 87/102/EEZ u § 26c. austrijskog Konsumentenschutzgesetzesza BGBl 1979/140 posljednji put izmijenjenog s BGBl I 2009/66 (KSchG) nastala izrazito

razini i pred Europskim sudom pravde (dalje u tekstu: ESP), a u kojima su se tumačili pojedini nedorečeni aspekti odredbe. Budući da čl. 11. Direktive 87/102/EEZ nije zajamčio visoki stupanj zaštite potrošača nova Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu¹⁵ (dalje u tekstu: Direktiva 2008/48/EZ) u svojem čl. 15. donosi mnogobrojne izmjene ovog koncepta.¹⁶ U hrvatsko pravo nova je odredba preuzeta člankom 15. Zakona o potrošačkom kreditiranju¹⁷ (dalje u tekstu: ZPK) i predstavlja zasigurno jedan od najvećih nedostataka ovoga Zakona. Naime, hrvatski zakonodavac spomenutu odredbu, unatoč načelu maksimalne harmonizacije na kojem se Direktiva 2008/48/EZ temelji, većim dijelom uopće nije, dok ju je u manjem dijelu tek manjkavo preuzeo. Time je u odnosu na dosadašnje zakonsko rješenje iz čl. 83. ZZP-a došlo do nazadovanja koje je značajno snizilo stupanj zaštite potrošača.¹⁸ Imajući u vidu izrazitu važnost koncepta povezanih ugovora o kreditu i strogo načelo maksimalne harmonizacije autorica u radu predlaže novo zakonsko rješenje kojim će se postići usklađivanje s odredbama Direktive 2008/48/EZ.

II. POVEZANI UGOVORI O KREDITU PREMA ZAKONU O ZAŠTITI POTROŠAČA

Članak 83. ZZP-a, Odgovornost zajmodavca za trgovca, odnosi se na sve ugovore obuhvaćene Glavom IX. ZZP-a o potrošačkom zajmu¹⁹ sklopljene između

komplikirana pravna situacija. To stoga što je postojeći § 18. KSchG već uređivao povezane ugovore kada je predmet kupoprodaje pokretnina, dok je sudska praksa odredbu analogijom primjenjivala na većinu povezanih ugovora, čak i kada nisu bili potrošački ugovori. Povrh toga je i § 19. KSchG uređivao poseban oblik povezanih ugovora. Vidi Bollenberger, R., *Neue Verbrauchercredit-Richtlinie: Drittfinanzierung und Einwendungsdurchgriff*, ÖBA, 2008., str. 785.; Wendeorst, C., *Die neue Verbrauchercreditrichtlinie: Rücktritt, Kündigung, vorzeitige Rückzahlungen*, ÖBA, 2009., str. 43.

- 15 Direktiva 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23.4.2008. o ugovorima o potrošačkom kreditu kojom se opoziva Direktiva Vijeća 87/102/EEZ, Sl. l. L 133/66 od 22.5.2008.
- 16 Prvi je Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o usklađivanju zakona, uredbi i upravnih propisa država članica o potrošačkom kreditu, KOM(2002) 443 fin. sadržavao najnaprednija rješenja propisujući i solidarnu odgovornost u slučaju kada prodavatelj robe/pružatelj usluge nastupa ujedno i kao kreditni posrednik. No kako je odredba bila vrlo kritizirana, Europski parlament ju je odbio. Vidi Rott, P., *Die neue Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, WM, 2008., str. 112.
- 17 Zakon o potrošačkom kreditiranju, NN br. 75/09.
- 18 O izrazito spornom rješenju glede *ratione temporis* ZPK-a vidi Čikara, E., *Gegenwart und Zukunft der Verbrauchercreditverträge in der EU und in Kroatien*, LIT Verlag, Wien (et al.), 2010., str. 400. i Čikara, E., *Otvorena pitanja potrošačkog kreditiranja u hrvatskome pravu*, Zbornik 48. Susreta pravnika - Opatija '10 Hrvatskog saveza udruga pravnika u gospodarstvu, 2010., str. 305.
- 19 Prema čl. 71. st. 1. ZZP-a „ugovorom o potrošačkom zajmu obvezuje se zajmodavac da potrošaču stavi na raspolaganje određeni iznos novca, a potrošač se obvezuje da mu plaća određenu kamatu i dobiveni iznos vrati u vrijeme i na način utvrđen ugovorom“. Prema čl. 71. st. 1. st. 2. ZZP-a „ugovor o kupnji proizvoda i usluga, kojim se ovlašćuje potrošača da plati kupnju u nekoliko obroka, s tim da je zbroj iznosa svih obroka viši od cijene proizvoda

potrošača i zajmodavca.²⁰ Prilikom preuzimanja čl. 11. Direktive 87/102/EEZ u spomenutu odredbu hrvatski je zakonodavac značajno izašao izvan minimuma propisanoga Direktivom i time dobrano povisio stupanj zaštite potrošača. Kao i u odredbama Direktive, zakonskim se odredbama uređeni tripartitni odnos pritom može raščlaniti na odnos između potrošača i trgovca proizvoda, odnosno usluge s jedne strane i na odnos između potrošača i davatelja kredita odnosno zajmodavca²¹ s druge.

1. Odnos između potrošača i trgovca

ZZP nije izričito preuzeo ionako suvišan čl. 11. st. 1. Direktive 87/102/EEZ,²² koji je sadržavao zabranu pogoršanja položaja potrošača glede ostvarenja njegovih prava naspram trgovca kao prodavatelja robe ili pružatelja usluga, kada potrošač predmet ugovora financira kreditom. Možda je najbliži ovoj odredbi čl. 82. ZZP-a prema kojem se ugovorom o zajmu ne može obvezati potrošača da će na zajmodavca ili neku treću osobu prenijeti ili u njihovu korist ograničiti svoja prava koja, u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora, ima prema osobi s kojom je sklopio ugovor koji se financira ugovorom o zajmu.²³

2. Odnos između potrošača i zajmodavca

Kao što je spomenuto, čl. 83. ZZP-a značajno prelazi okvire čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ²⁴ kojeg preuzima, propisujući u st. 1. točno određene

ili usluge, smatra se, za potrebe ovoga Zakona, ugovorom o potrošačkom zajmu. Ugovori o kontinuiranom pružanju usluga kada potrošač ima pravo otplaćivati ih obročno u vrijeme njihova pružanja ne smatraju se ugovorima o zajmu., Čl. 72. ZZP-a od primjene Glave IX. Zakona isključuje: ugovore o zajmu namijenjene zakupu stvari, osim ako je ugovorom o zakupu predviđeno da će na kraju ugovorenog roka zakupa stvar prijeći u vlasništvo zakupnika; ugovore o zajmu kojima je predviđeno da se kamate ne plaćaju ako potrošač isplati zajam odjednom; ugovore o dopuštenom prekoračenju na tekućem računu, osim čl. 77., 85. i 86. ZZP-a; ugovore o zajmu kojima se potrošač obvezuje vratiti zajam u razdoblju kraćem od 3 mj.; ugovore o zajmu kojima se potrošač obvezuje vratiti zajam u najviše 4 obroka u razdoblju kraćem od 12 mj.

- 20 Čl. 3. st. 1. ZZP-a potrošača definira kao svaku fizičku osobu „koja sklapa pravni posao ili djeluje na tržištu u svrhe koje nisu namijenjene njegovoj poslovnoj djelatnosti niti obavljanju djelatnosti slobodnog zanimanja“. Zajmodavac je u čl. 71. st. 3. ZZP-a definiran kao „svaka osoba ili skupina osoba koja u okviru svoje djelatnosti ili svoga zanimanja sklapa s potrošačima ugovore o zajmu“, a za potrebe ZZP-a smatra se trgovcem (čl. 71. st. 4. ZZP-a).
- 21 O razilaženju pojmova „potrošački zajam“ i „potrošački kredit“, „davatelj kredita“ i „zajmodavac“ vidi Čikara, E., *Otvorena...*, op. cit., str. 307. et seq.
- 22 Čl. 11. st. 1. Direktive 87/102/EEZ propisivao je obvezu država članica osigurati da postojanje ugovora o kreditu ni na koji način ne utječe na prava potrošača naspram dobavljača robe ili usluga kupljenih putem takvog ugovora u slučajevima kad roba i usluge nisu isporučene ili nisu u skladu s ugovorom za njihovu isporuku.
- 23 Cilj je ove odredbe spriječiti čestu praksu kreditnih institucija koje zahtijevaju unošenje, tzv. „cut-off“ klauzule u ugovore o kupoprodaji o odricanju potrošača od njegovih prava naspram zajmodavca ili neke treće osobe.
- 24 Čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ glasi: U slučaju kad: a) potrošač sklopi ugovor o kreditu

pretpostavke pod kojima potrošač može u slučaju kada radi kupnje određenoga proizvoda²⁵ ili određene usluge sklopi ugovor o zajmu s osobom različitom od trgovca toga proizvoda ili usluge, a nije uspio ostvariti prava koja ima prema trgovcu zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji, ostvarivati spomenuta prava naspram davatelja kredita. U praksi se ovakvi slučajevi, primjerice odvijaju na sljedeći način: banka kao kreditna institucija prodavatelju prepūšta svoju ugovornu dokumentaciju i potrebne formulare; prodavatelj potrošaču pomaže oko ispunjavanja formulara i prosljeđuje svu dokumentaciju dalje banci. Ukoliko potrošaču roba, odnosno usluga nije isporučena/pružena ili na neki drugi način nije u skladu s ugovorom, onda može pod pretpostavkama iz čl. 83. ZZP-a svoja prava, koja ima prema prodavatelju, ostvarivati naspram banke kao davatelja kredita.

a) Polje primjene

Ostvarivanje potrošačkih prava naspram zajmodavca moguće je uz ispunjenje sljedećih kumulativno ispunjenih pretpostavki iz čl. 83. st. 1. ZZP-a: ad 1) potrošač radi kupnje određenog proizvoda ili određene usluge, sklapa ugovor o zajmu s osobom različitom od trgovca tog proizvoda ili usluge, a ugovor o zajmu sklopljen je na temelju prethodnog sporazuma zajmodavca i trgovca proizvoda ili usluge; ad 2) prema prethodnom sporazumu zajmodavac se obvezuje potrošačima odobravati zajam isključivo za kupnju proizvoda ili usluga tog trgovca; ad 3) potrošač nije uspio ostvariti prava koja ima prema trgovcu zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji. Iako je čl. 83. ZZP-a preuzeo vrlo usko polje primjene čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ, hrvatski je zakonodavac prilikom usklađivanja s

radi kupnje robe ili pribavljanja usluge s osobom koja nije dobavljač te robe i tih usluga; i b) davatelj kredita i dobavljač robe ili usluga imaju prethodno sklopljen ugovor prema kojem taj davatelj kredita kredit daje isključivo potrošačima tog dobavljača za robu ili usluge tog dobavljača; i c) je potrošaču spomenutom u točki a) odobren kredit u skladu s tim prethodno sklopljenim ugovorom; i d) roba ili usluga koja je predmet ugovora o kreditu nije isporučena, ili je isporučena samo djelomično, ili kad roba ili usluga koja je predmet ugovora o kreditu nije u skladu s ugovorom za njihovu isporuku; i kad e) je potrošač neuspješno ostvarivao svoje pravo naspram dobavljača, ima pravo ostvarivati prava naspram davatelja kredita. Države članice dužne su odrediti u kojoj mjeri i pod kojim se uvjetima ostvaruju spomenuta prava.

25 Dok čl. 83. ZZP-a govori o proizvodima i uslugama, čl. 11. Direktive 87/102/EEZ koristi izraze roba i usluge. To je zanimljivo osobito stoga što čl. 3. st. 1. alineja 5. ZZP-a definira „proizvod” kao svaku robu ili uslugu, uključujući nekretnine, prava i obveze. Kod usluga treba spomenuti presudu Višeg zemaljskog suda iz Kölna o ugovoru o potrošačkom kreditu i s njime u svezi sklopljenim ugovorom o osiguranju (OLG Köln, Presuda od 14.1.2009. – 13 U 103/08, ZIP 15/2009., str. 710.) gdje je zaključeno kako ova dva ugovora ne čine povezane ugovore. Kao razlog tome sud navodi kako je svrha povezanih ugovora u situacijama kada potrošač ne raspolaže dovoljnim financijskim sredstvima za kupnju određene robe ili usluge, zaštititi ga od povišenja rizika nastalog uslijed sklapanja ugovora s davateljem kredita pored već postojećeg ugovornog odnosa s prodavateljem. O takvom se odnosu ne radi, primjerice kod ugovora o kreditu i ugovora o osiguranju stoga što potrošač ne zaključuje ugovor o kreditu kako bi omogućio zaključenje ugovora o osiguranju. Potrošač ugovor o kreditu zaključuje isključivo radi financiranja nekog drugog ugovora o kupnji robe ili pružanju usluga, dok s time u vezi sklopljen ugovor o osiguranju služi za osiguranje tražbine kreditora.

pravnom stečevinom EU-a, vezan i praksom ESP-a kao njezinim dijelom, a koja je protumačila mnoge nejasne i ograničavajuće pretpostavke ove odredbe. Tako se preuzimanjem ograničavajućeg elementa iz čl. 11. st. 2. sl. b) Direktive 87/102/EEZ, prema kojem se odredba odnosi samo na slučajeve u kojima između trgovca i zajmodavca postoji prethodni sporazum kojim se zajmodavac obvezuje potrošačima odobravati zajam „isključivo“ za kupnju proizvoda ili usluga tog trgovca,²⁶ isključilo zaštitu potrošača u slučajevima u kojima trgovac surađuje s više zajmodavaca, pa makar i povremeno. Budući da je zaobilaženje zakonske odredbe omogućeno, primjerice tako što bi trgovac surađivao s dvije banke kao zajmodavcima, ESP je u presudi „Scarpelli“ protumačio kako sporni uvjet ne smije biti prepreka za jamstvo sveobuhvatnih prava koje potrošač ima naspram zajmodavca prema nacionalnim odredbama, u slučaju kada je prodavatelj povrijedio ugovornu obvezu.²⁷ Naime, sa stajališta potrošača najvažnija je okolnost, čine li trgovac i zajmodavac, odnosno ugovori koje s njima sklapa potrošač gospodarsku cjelinu. Pritom bi iz uvjeta u čl. 83. ZZP-a, odnosno preuzetih čl. 11. st. 2. sl. b) i c) Direktive 87/102/EEZ sudska praksa trebala zaključiti kako gospodarska cjelina postoji ne samo u slučaju kada se zajmodavac i trgovac temeljem prethodnog sporazuma nalaze u pravnome odnosu, već i kada na njezino postojanje ukazuju čisto faktični poslovni odnosi dužeg trajanja u okviru kojih trgovac i zajmodavac stvarno surađuju radi financiranja

26 I sama Komisija je u Izvješću o primjeni Direktive 87/102/EEZ, KOM (95) 117 fin. od 11.5.1995. predlagala brisanje riječi „isključivo“.

27 Vidi ESP, Slučaj C – 509/07 od 23.4.2009., [2009] ECR I–00000 (*Scarpelli*). U spomenutom slučaju gosp. Scarpelli je sklopio ugovor o kupoprodaji motornog vozila s poduzećem Autobrambate, te je istovremeno potpisao obrazac predložen od prodavatelja kojim zahtijeva odobrenje kredita od Finemiro SpA (kojeg je kasnije preuzela NEOS banka). Gosp. Scarpelli je odmah prodavatelju platio iznos od 10.000,00 EUR u čekovima, da bi potom nastavio s otplaćivanjem ostatka kupovne cijene kreditom, čija je mjesečna rata iznosila 402,00 EUR. Nakon otplaćene 24 mjesečne rate u visini od 9.648,00 EUR i plaćene naknade od 130,00 EUR, gosp. Scarpelli prestaje s plaćanjem iz razloga što mu motorno vozilo još uvijek nije bilo isporučeno. Kako je poduzeće Autobrambate naknadno proglasilo stečaj, motorno vozilo nije nikad isporučeno gosp. Scarpelliju. Iako je Finemiro SpA sudskim nalogom zahtijevalo isplatu nepodmirenog ostatka u visini od 15.678,38 EUR sa kamata, gosp. Scarpelli osporava nalog i potražuje nadoknadu od NEOS banke u iznosu od 9.778,00 EUR sa kamatom. Pritom NEOS banka tvrdi da se ovdje ne radi o povezanim ugovorima jer odredba čl. 42. Zakonskog dekreta br. 206 od 6.9.2005., kao i čl. 11. Direktive 87/102/EEZ, izuzima davatelja kredita od odgovornosti u svim slučajevima gdje ne postoji isključiva veza između davatelja kredita i prodavatelja. ESP je odlučio kako čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ treba tumačiti na način da odnos isključivosti nije neophodan preduvjet za ostvarenje prava potrošača naspram davatelja kredita – kada je prodavatelj povrijedio ugovornu obvezu – kako bi raskinuo ugovor o kreditu i primio povrat novčanog iznosa već plaćenog davatelju kredita, ukoliko se ta prava temelje na odredbama čisto nacionalnog podrijetla. Zanimljivo je kako u para. 30 presude stoji kako bi ispunjenje uvjeta moglo biti zahtijevano („may need to be satisfied“) radi ostvarivanja drugih prava koje nacionalne odredbe o ugovornim odnosima ne uređuju kao što su to pravo na naknadu štete uzrokovane povredom ugovorne obveze od strane prodavatelja robe ili usluga. O tome više na str. 10., bilj. 47.

kupnje robe, odnosno pružanja usluga.^{28,29} U svezi s time treba napomenuti kako je u sudskoj praksi i pravnoj doktrini različitih država članica dugo vremena postojala nesuglasnost o tome, može li se ova odredba primijeniti na ugovore za kupnju robe i usluga čija se kupovna cijena plaća kreditnom karticom.³⁰ Naime, postoji gledište kako kreditna kartica ne može činiti jedinstvenu gospodarsku cjelinu s ugovorom o kupnji robe ili pružanju usluga radi nemogućnosti ispunjenja uvjeta isključivosti.³¹ To je osobito problematično kada davatelj kredita i prodavatelj robe ili pružatelj usluge nemaju neposredan sporazum jer čine dio mreže kao što je npr. Visa ili Mastercard. Autorica smatra kako je takvo gledište o isključenju odgovornosti kartičarskih kompanija kod koncepta povezanih poslova neispravno, jer se jedino tako može povisiti stupanj sigurnosti za potrošača, posebice u prekograničnoj trgovini.³² I

-
- 28 Zanimljivo je kako iz prekršajnih odredaba ZZZP-a proizlazi kako je teret dokaza o ispunjavanju uvjeta iz čl. 83. st. 1. na potrošaču, budući da čl. 144. ZZZP-a propisuje visoke novčane kazne za fizičke osobe, odgovornu osobu u pravnoj osobi i pravne osobe ukoliko onemogućuju potrošaču doći do podataka kojima može dokazati poseban odnos između zajmodavca i trgovca prema čl. 83. st. 1. (čl. 144. st. 1. alineja 33. ZZZP-a). Naime, ova je odredba suprotna praksi ESP-a o teretu dokaza, prema kojoj bi trgovac morao dokazati da ne surađuje isključivo s tim zajmodavcem. Npr. ESP, Slučaj 109/88 od 17.10.1989., [1989] ECR I-3199 (*Handels- og Kontor- funktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening for Danfoss*).
- 29 Njemačka sudska praksa o pojmu gospodarske cjeline ustalila se tek nakon više desetaka godina, pri čemu je BGH zauzeo gledište da gospodarska cjelina postoji kada su oba pravna posla sadržajno povezana na način da jedan bez drugog ne bi bili niti sklopljeni. Povrh toga važan je i dojam kupca o postojanju gospodarske cjeline između prodavatelja i davatelja kredita koji naspram njega nastupaju kao jedinstvena ugovorna strana. Pored ovih subjektivnih kriterija BGH naglasak stavlja i na objektivne kriterije, kao što su isključenje slobodnog raspolaganja s glavnicom kredita, uvjetovanje valjanosti ugovora o kupoprodaji s odobrenjem financiranja od određenog davatelja kredita ili međusobno upućivanje pismena u svezi s ugovorima (OLGR 2000., str. 98.; WM 2000., str. 292.; OLG Koblenz, WM 1999., str. 2355.; BGH, NJW 1996., str. 3414.; BGH, NJW 1992., str. 2560.). Vidi Pechtold, W., *Der Tatbestand des verbundenen Geschäfts zwischen normierter Rechtsprechung und Regelungskonzeption des § 9 VerbrKrG*, Shaker Verlag, Aachen, 2000., str. 124. et seq.
- 30 Tako se Section 75. Consumer Credit Act primjenjuje i na odobravanje kredita kreditnom karticom, izuzev tzv. *charge cards* ili *debit cards*, što je još više postroženo odredbom o *joint and several liability*, pa emitent kreditne kartice kao davatelj kredita odgovara pored prodavatelja u slučaju neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovorne obveze prodavatelja. Vidi Ellinger, E. P./Lomnicka E./Hooley R., *Modern Banking Law*, Oxford University Press, 2002., str. 85.
- 31 Schwintowski, H.P./Schäfer F., *Bankrecht – Commercial Banking – Investment Banking*, 2. izd., Carl Heymanns Verlag KG, Köln (et al.), 2004., str. 629.
- 32 U tom je smjeru išla i praksa ESP-a u slučaju C – 429/05 od 4.10.2007., [2007] ECR I-08017 (*Rampion i Godard*). U ovom je slučaju bračni par Rampion naručio prozor kod trgovačkog društva K par K i sklopio ugovor o kreditu u obliku dopuštenog prekoračenja na tekućem računu s kreditnom institucijom Franfinance određivši kao gornju granicu prekoračenja visinu cijene prozora. U ponudi za sklapanje ugovora o kreditu nije bio naveden prozor kao točno određeni proizvod koji se financira kreditom. Budući da je bračni par nakon isporuke prozora utvrdio postojanje materijalnog nedostatka stvari, izjavio je da raskida ugovor o kupoprodaji. Nakon neuspješnog pokušaja ostvarivanja svojih prava, bračni par Rampion tuži K par K i Franfinance te zahtijeva utvrđenje ništetnosti ugovora o kupoprodaji i raskid ugovora o kreditu. Tuženicima su tvrdili kako se ne radi o povezanim ugovorima, jer suprotno čl. L 311–20 Code de

konačno nepreuzimanjem čl. 11. st. 3. Direktive 87/102/EEZ koji je propisivao da se odredba ne primjenjuje na poslove čija vrijednost ne prelazi 200 EUR, hrvatski je zakonodavac izašao izvan okvira minimalnog standarda Direktive.³³

b) Prava potrošača

Članak 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ propisao je obvezu državama članicama da odrede u kojoj mjeri i pod kojim će se uvjetima ostvarivati prava potrošača.^{34, 35} Stoga čl. 83. st. 1. ZZP-a pod uvjetom da potrošač ne uspije ostvariti prava koja ima prema trgovcu zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji propisuje pravo potrošača „zahtijevati od zajmodavca nadoknadu štete koju je

la consommation predmet financiranja nije naveden u ponudi za sklapanje ugovora o kreditu. Povrh toga navode kako dopušteno prekoračenje na tekućem računu nije ugovor o kreditu koji služi financiranju kupoprodaje. ESP zaključuje kako ni ciljevi Direktive 87/102/EEZ niti tekst čl. 11. st. 2. ne isključuju ugovore o kreditu u obliku dopuštenog prekoračenja na tekućem računu iz polja primjene spomenute odredbe. Osim toga čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ ostvarivanje prava potrošača ne uvjetuje time je li roba ili usluga, koja se financira, određena u ugovoru o kreditu.

- 33 Pretpostavka je da se ovdje ne radi o samome iznosu kredita, budući da su takvi krediti već isključeni iz polja primjene člankom 2. st. 1. sl. f) Direktive 87/102/EEZ. Zauzeto je stajalište da se odredba primjenjuje na čitav niz međusobno povezanih manjih transakcija čiji su pojedinačni iznosi niži od 200 ECU, ali koje ukupno prelaze iznos od 200 ECU. Howells, G./Wilhelmsson, T., op. cit., str. 210.
- 34 Pritom se, kako *Baretić* naglašava, potrošaču može ponuditi ofanzivna i defanzivna zaštita. U slučaju neispunjenja kupoprodajnog ugovora ofanzivna zaštita potrošaču daje pravo zahtijevati naknadu štete i od zajmodavca, dok defanzivna obuhvaća tek pravo obustave otplate zajma. *Baretić* smatra kako unatoč tome što je ofanzivna zaštita povoljnija za potrošača, na duže staze defanzivna zaštita predstavlja bolje rješenje. Obrazlaže to činjenicom da bi banke kada postanu svjesne da bi mogle odgovarati za štetu nastalu zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji od strane prodavatelja proizvoda ili usluga pribavljenih novcem, koji su one pozajmile, mogle znatno usporiti plasman zajmova i kredita. Defanzivna zaštita štiti potrošače jer im omogućava obustavu vraćanja zajma sve do trenutka ispunjenja obveze i ne opterećuje nepotrebno zajmodavce odgovornošću za nekog drugog. *Baretić, M.*, Očitovanje na nacrt Prijedloga Zakona o zaštiti potrošača iz listopada 2006. godine, 2006., str. 7.
- 35 Primjerice čl. 22. talijanskog Legge n° 142 od 19.2.1992., Supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n° 142 od 20.2.1992., str. 12. nije uopće konkretizirao prava potrošača, već je govorio samo o mogućnosti podnošenja tužbe u granicama utvrđenim ugovorom o kreditu. Vidi Conti, R., *Il credito al consumo*, u: Caringella, F./De Marzo, G., *I contratti dei consumatori*, UTET Giuridica, 2007., str. 426. et seq. Dotle je španjolski Ley 7/1995 od 23.3.1995., Boletín Oficial del Estado od 25.3.1995. sadržavao sličnu odredbu kao i čl. 83. ZZP-a propisujući pravo prigovora potrošača naspram davatelja kredita ukoliko između davatelja kredita i prodavatelja postoji prethodni sporazum i ukoliko je potrošač prethodno svoja prava pokušao ostvariti naspram prodavatelja radi neispunjenja ili neurednog ispunjenja njegove ugovorne obveze. Viši stupanj zaštite propisuju §§ 358., 359. BGB-a, koji posljednje spomenuti uvjet ne preuzimaju iz odredaba Direktive 87/102/EEZ.

pretrpio zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji^{36, 37} Pritom, kao ni čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ, ne daje odgovor na pitanje je li pretpostavka neuspješnog ostvarivanja prava naspram trgovca ispunjena samo u slučaju kada potrošač svoja prava ne uspije ostvariti u okviru sudskog postupka i kojeg (da li samo parničnog ili i stečajnog, ovršnog) ili je odredbom obuhvaćeno i izvansudsko rješavanje sporova.³⁸ Autorica smatra kako bi iz razloga učinkovitosti zaštite potrošača trebalo zauzeti stajalište da je pretpostavka ispunjena kada potrošač ne uspije ostvariti svoja prava naspram trgovca neovisno o tome da li se radi o sudskom ili izvansudskom rješavanju sporova. Tim više što ostvarivanje prava sudskim putem predstavlja i značajno financijsko opterećenje za potrošača, osobito stoga što on sve do pravomoćnosti presude mora otplaćivati rate kredita.³⁹

36 Zanimljivo je kako se od propisivanja prava potrošača zahtijevati naknadu štete od davatelja kredita odustalo pri izradi Direktive 87/102/EEZ radi prigovora njemačkih i talijanskih pravnih stručnjaka da ne postoji krivnja davatelja kredita kao element protupravnosti kao pretpostavke za nastanak obveznopravnog odnosa odgovornosti za štetu. Hüttebräuker, A., op. cit., str. 143.

37 Kod uspješnog ostvarivanja prava naspram trgovca primjenjuju se opća pravila ZOO-a o povratu onoga što je primljeno na ime ispunjenja.

38 Vidi presudu Županijskog suda u Varaždinu, Gž. 1052/08-2 od 12.6.2008., gdje je odlučeno da „predlagateljica ima pravo na naknadu štete koju je pretrpjela zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovora o kupoprodaji, od kreditora, ukoliko je kreditor cjelokupni iznos kupoprodajne cijene platio prodavatelju temeljem ugovora o kreditu i prethodnog sporazuma kreditora i prodavatelja, prema kojem se kreditor obvezao prodavateljici odobriti kredit isključivo za kupnju automobila.“ U konkretnom slučaju je predlagateljica osiguranja u 2006. godine sklopila ugovor o kupoprodaji novog vozila marke Renault za cijenu od 77.650,00 kn, s prodavateljem A.P. d.o.o. V., te je temeljem navedenog ugovora o kupoprodaji sklopila ugovor o kreditu s protivnikom osiguranja, odnosno kreditorom. Kreditor je cjelokupni iznos kupoprodajne cijene platio prodavatelju u ugovorenom roku, a prodavatelj niti u ugovorenom, a niti u naknadnom roku, nije isporučio predlagateljici osiguranja novi automobil. Kako je 2007. g. rješenjem Trgovačkog suda u Zagrebu otvoren stečajni postupak nad prodavateljem, te on kao stečajni dužnik nije raspolagao vozilom, niti je imao mogućnost isplate bilo kakve naknade, prvostupanjski sud je imajući u vidu odredbu čl. 68. st. 1. i 2. ZZP-a zaključio da je predlagateljica osiguranja učinila vjerojatnim postojanje svoje tražbine, koji je zaključak Županijski sud u Varaždinu potvrdio.

39 Iako ESP nije imao prilike odgovoriti na ovo pitanje, čini se ipak kako odredbe nove Direktive 2008/48/EZ idu u suprotnom smjeru. Vidi supra, str. 16. Odgovor ESP-a na prethodno pitanje kojeg je postavio Juzgado de Primera Instancia (Seville) u slučaju C-192/94 od 7.3.1996., [1996] ECR I-1281 (*El Corte Inglés*) odnosio se samo na horizontalni direktni učinak direktive i nije dotaknuo važna pitanja postavljena u svezi s čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ. Gđa. Rivero je sklopila s putničkom agencijom Viajes El Corte Inglés SA ugovor o turističkom putovanju kojeg je djelomično financirala kreditom odobrenim od kreditne institucije El Corte Inglés SA, koja je prema sporazumu s putničkom agencijom odobravalala kredite njezinim klijentima. Nakon što je zbog neurednog ispunjenja usluge gđa. Rivero uputila više prigovora putničkoj agenciji, prestala je otplaćivati kredit kreditnoj instituciji koja ju je zbog toga tužila pred Juzgado de Primera Instancia (Sevilla). Temeljem čl. 1257. španjolskog Código civil tužena kreditnoj instituciji nije mogla prigovoriti radi neurednog ispunjenja usluge od putničke agencije, jer „(...) ugovori imaju učinke samo između osoba koje su ih sklopile i njihovih nasljednika (...)“. Kako je rok za preuzimanje Direktive 87/102/EEZ već istekao, a ona još nije bila preuzeta u španjolsko pravo, Juzgado de Primera Instancia (Sevilla) postavio je ESP-u prethodno pitanje ima li čl. 11. Direktive 87/102/EEZ direktan izravan učinak. U skladu s

Nadalje Zakon propisuje ako se kao posljedica ispunjenja pretpostavki iz čl. 83. st. 1. ZZP-a raskine ugovor o kupoprodaji, da će se raskinuti i ugovor o zajmu, u kojem slučaju zajmodavac nema pravo od potrošača zahtijevati nadoknadu štete koju je zbog toga pretrpio (čl. 83. st. 2. ZZP). Iz odredbe proizlazi kako Zakon ugovor o kreditu tretira kao ugovor akcesorne prirode koji služi isključivo za financiranje kupnje određene robe ili usluge, gdje raskidom ugovora o kupoprodaji otpada i svrha kredita.⁴⁰ Ovom odredbom koja nema podrijetlo u Direktivi 87/102/EEZ značajno je povišen stupanj zaštite potrošača.⁴¹

c) Supsidijarna odgovornost

Hrvatski zakonodavac nije iskoristio priliku da temeljem čl. 15. Direktive 87/102/EEZ izade izvan okvira minimalnog standarda i tako propiše solidarnu odgovornost zajmodavca i trgovca. Članak 83. ZZP-a zadržava Direktivom predviđenu supsidijarnu odgovornost, ali u st. 3. izlazi izvan njezina okvira propisujući pravo regresa zajmodavca naspram trgovca za sve što je isplatio za njegov račun, kamate od dana isplate, troškove nastale u sporu s potrošačem od trenutka kada je obavijestio trgovca o tom sporu, kao i nadoknadu štete koju je time pretrpio.⁴² Time za razliku od Direktive 87/102/EEZ sprječava mogućnost nastupanja nepravičnog ishoda gdje bi sve troškove snosila isključivo kreditna institucija.

ustaljenom sudskom praksom ESP nije priznao horizontalni direktni učinak odredbe Direktive između pojedinaca.

- 40 Treba napomenuti kako hrvatski zakonodavac i pravna literatura polaze od ugovora o kupoprodaji kao glavnog ugovora, dok se ugovor o kreditu označava kao s njime povezani ugovor. Isto vrijedi, primjerice, za austrijsko i francusko pravo koje razlikuje „contrat principal“ i „contrat accessoire“ ili „crédit affecté“ ili „crédit lié“. Dotle njemačko i englesko pravo ugovor o kreditu smatraju glavnim ugovorom, dok se ugovor o kupoprodaji označava kao povezani ugovor.
- 41 Odgovarajuću odredbu sadržava i § 358. st. 1. BGB, prema kojem raskid ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga za posljedicu ima i raskid s njime povezanog ugovora o kreditu. No § 358. st. 2. BGB propisuje za slučaj raskida ugovora o kreditu, raskid s njime povezanog ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga. Isto tako engleski Section 19. st. 3. Consumer Credit Act u slučaju raskida ugovora o kreditu propisuje i raskid povezanog ugovora. Čikara, E., *Gegenwart...*, op. cit., str. 130., 296.; Tribunale di Firenze, 30.5.2007., *Giud. Minniti, Credito al consumo e collegamento negoziale tra vendita e finanziamento, I contratti* br. 3/2008., str. 261. et seq.
- 42 O raspravi o uvođenju solidarne odgovornosti vidi infra, str. 3., bilj. 12. i 16. Primjerice čl. 61. Zakona o zaštiti potrošača BiH (Služ. glasnik BiH br. 25/06.) uređuje solidarnu odgovornost trgovca i kreditora propisujući: „Kada u namjeri da kupi robu ili dobije uslugu potrošač zaključi ugovor o kreditu s trećim licem a ne sa snabdjevačem, a kreditor i snabdjevač su u neposrednom trgovačkom odnosu, potrošač ima pravo na iste pravne lijekove prema kreditoru kao i prema snabdjevaču robom ili uslugama, u slučaju da roba ili usluga nije isporučena ili je djelimično isporučena ili ne odgovara odredbama ugovora o prodaji.“ Vidi Kofrc, H./Petrović, A., *Ugovor o potrošačkom kreditu – modaliteti i posebna prava potrošača*, u: *Zbornik radova „Osmo međunarodno savjetovanje: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Neum, 18. i 19. lipnja 2010.“, Mostar, 2010., str. 177.

III. POVEZANI UGOVORI O KREDITU PREMA ZAKONU O POTROŠAČKOM KREDITIRANJU

Iako u novoj Direktivi 2008/48/EZ dolazi do značajnog napretka glede uređenja koncepta povezanih ugovora o kreditu, hrvatski ZPK-a zbog manjkavog preuzimanja relevantnih odredaba u tom pogledu snižava stupanj zaštite potrošača.⁴³ Stoga je ovu odredbu članka 15. ZPK-a, koja se odnosi na ugovore o kreditu između potrošača i vjerovnika⁴⁴ koji su obuhvaćeni poljem primjene ZPK-a,⁴⁵ prema mišljenju autorice potrebno hitno izmijeniti s ciljem usklađivanja s uvjetima iz Direktive 2008/48/EZ, ali i s ciljem povišenja stupnja zaštite potrošača.

43 Više o čl. 15. Direktive 2008/48/EZ vidi Čikara, E., *Nova Direktiva 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkom kreditu*, Pravo i porezi, br. 9/2009., str. 93.

44 Čl. 2. toč. 1. ZPK-a potrošača definira kao fizičku osobu koja u transakcijama obuhvaćenima ZPK-om djeluje izvan poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja. Umjesto doslovnog prijevoda izraza iz Direktive 2008/48/EZ, naime „davatelj kredita“, čl. 2. toč. 2. ZPK-a definira „vjerovnika“ kao fizičku ili pravnu osobu koja na području RH „odobrava ili obećava odobriti kredit u okviru poslovne djelatnosti ili slobodnog zanimanja, a posebno je to: pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje kreditnih institucija ili kreditnih unija, pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje institucija za elektronički novac, institucija za platni promet koje pružaju usluge platnog prometa u skladu s posebnim zakonom, pravna osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje poduzetnika; fizička osoba koja posluje prema zakonima koji uređuju poslovanje obrtnika ili slobodnih zanimanja“.

45 Prema čl. 2. toč. 3. ZPK-a ugovor o kreditu je: „ugovor u kojem vjerovnik odobrava ili obećava odobriti potrošaču kredit u obliku odgode plaćanja, zajma ili slične financijske nagodbe, osim ugovora o trajnom pružanju usluge ili isporuke proizvoda iste vrste kada potrošač plaća za takve usluge ili proizvode tijekom cjelokupne njihove isporuke u obliku obroka“. Prema čl. 3. ZPK-a ne primjenjuje se na: „ugovore o kreditu koji obuhvaćaju ukupan iznos kredita manji od 1.500,00 kn ili veći od 1.000.000,00 kn; ugovore o operativnom leasingu kada u glavnom ili posebnom ugovoru nije propisana obveza kupnje predmeta ugovora. Takva obveza postoji samo onda ako to jednostrano odluči vjerovnik; ugovore o kreditu u obliku prekoračenja po tekućem računu kada se kredit mora otplatiti u roku od mjesec dana; ugovore o kreditu prema kojima se kredit odobrava bez kamata i bez ikakvih drugih naknada te ugovore o kreditu prema čijim se uvjetima kredit mora otplatiti u roku od 3 mjeseca, a plaćaju se samo naknade u iznosu od najviše 30 kn; ugovore o kreditu prema kojima poslodavac, izvan svoje poslovne djelatnosti, odobrava kredit posloprincima bez kamata ili po EKS nižoj od stopa koje postoje na tržištu i koje se nude javnosti; ugovore o kreditu koji se sklapaju s investicijskim društvima određenima zakonom koji uređuje tržište kapitala ili s kreditnim institucijama određenima zakonom koji uređuje kreditne institucije, a svrha kojih je omogućiti investitoru da provede transakciju koja se odnosi na jedan ili veći broj financijskih instrumenata prema zakonu koji uređuje tržište kapitala, ako je investicijsko društvo ili kreditna institucija koja odobrava kredit jedna od ugovornih strana; ugovore o kreditu koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom određenim zakonom; ugovore o kreditu koji se odnose na odgodu plaćanja postojećeg duga, bez plaćanja naknada; ugovore o kreditu kojima se od potrošača traži da kod vjerovnika založi instrument osiguranja i onda kada je odgovornost potrošača strogo ograničena na taj zalog“. Odredbe ZPK-a o povezanim ugovorima o kreditu ne primjenjuju se na: ugovore o kreditu u obliku dopuštenog prekoračenja i onda kada se kredit otplaćuje na zahtjev ili u roku od 3. mj.; ugovore o kreditu u obliku prešutno prihvaćenog prekoračenja; ugovore o kreditu, koji propisuju dogovaranje mjera između vjerovnika i potrošača glede odgođenog plaćanja ili metoda otplate kada potrošač već ne ispunjava obvezu plaćanja osnovnog ugovora o kreditu.

1. Odnos između potrošača i dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge

Nova Direktiva 2008/48/EZ ne sadrži odredbu koja bi odgovarala čl. 11. st. 1. Direktive 87/102/EEZ,⁴⁶ a koja je propisivala obvezu država članica osigurati da kod povezanih ugovora samo postojanje ugovora o kreditu ni na koji način ne utječe na prava potrošača koja on ima naspram dobavljača robe ili pružatelja usluge kupljene kreditom u slučajevima kad roba i usluge nisu isporučene ili nisu u skladu s ugovorom. Naime, spomenuta su prava detaljno uređena propisima država članica kojima se uređuju obveznopравни odnosi, pa je takva zabrana pogoršanja položaja potrošača bila suvišna. U tom pogledu Direktiva nacionalnim zakonodavcima, pa tako i hrvatskom daje jedino smjernice u pojedinim točkama preambule, propisujući primjerice u točki 37. preambule kako u nacionalno pravo preuzeta odredba o pravu potrošača na raskid ugovora o kreditu iz čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ ne zadire u nacionalne odredbe koje se primjenjuju na povezane ugovore u slučajevima kada je ugovor o kupoprodaji utvrđen ništetnim ili kada je potrošač svoje pravo na raskid ostvario temeljem čisto nacionalnih propisa.⁴⁷ Također stoji kako se odredbom ne zadire u prava potrošača koja on ima u skladu s nacionalnim propisima prema kojima između potrošača i dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge ne nastaju obveze niti se smije izvršiti plaćanje sve dok potrošač ne potpiše ugovor o kreditu kojim se financira predmetna roba ili usluga. Točka 38. preambule Direktive 2008/48/EZ nadalje propisuje kako u slučaju problema s ugovorom o kupnji robe ili usluge države članice moraju utvrditi pod kojim uvjetima i u kojem opsegu će potrošač moći ostvarivati svoja prava naspram dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge, prije negoli što ih pokuša ostvariti naspram davatelja kredita.

2. Odnos između potrošača i vjerovnika

Različito od čl. 83. ZZP-a, ZPK uopće ne preuzima čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ koji uređuje pretpostavke pod kojima potrošač naspram davatelja kredita može ostvarivati prava, koja ima prema prodavatelju robe ili pružatelju usluge, u slučaju njihova neurednog ili neispunjenja ugovorne obveze. S time u svezi ne iskorištava u čl. 15. st. 3. Direktive 2008/48/EZ predviđenu opciju o

46 Čl. 11. st. 1. Direktive 87/102/EEZ propisivao je obvezu država članica osigurati da postojanje ugovora o kreditu ni na koji način ne utječe na prava potrošača naspram dobavljača robe ili usluga kupljenih putem takvog ugovora u slučajevima kad roba i usluge nisu isporučene ili nisu u skladu s ugovorom za njihovu isporuku.

47 Dakle, Direktiva 2008/48/EZ u preambuli razlikuje nacionalne odredbe koje su čisto nacionalnog podrijetla od nacionalnih odredbi koje su rezultat preuzimanja pravne stečevine EU. Taj bi pristup u budućnosti mogao predstavljati veliki problem. Naime, novije direktive propisuju obvezu nacionalnim zakonodavcima izraditi i objaviti tablice koje će „u onoj mjeri u kojoj je to moguće“ prikazivati odnos odredaba direktive i odredaba nacionalnih propisa kojima se odredbe direktive preuzimaju (vidi točku 50. preambule Direktive 2008/48/EZ). No, potrošačke direktive starije generacije nisu sadržavale takvu obvezu i mnoge odredbe hrvatskih zakona rezultat su usklađivanja s pravnom stečevinom EU, o čemu nema javne i dostupne evidencije.

propisivanju solidarne odgovornosti davatelja kredita i prodavatelja robe, odnosno pružatelja usluga. Korak natrag učinjen je i u odnosu na dosada člankom 83. st. 2. ZZZP-a uređeno pravo potrošača na raskid ugovora o kreditu, a kojim je hrvatski zakonodavac izašao izvan minimalnog standarda stare Direktive 87/102/EEZ i povisio stupanj zaštite potrošača. Naime, čl. 15. ZPK-a tek djelomično i ponešto izmijenjeno preuzima odgovarajuću odredbu iz čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ.

a) Polje primjene

Prava zajamčena člankom 15. ZPK-a potrošač može ostvarivati ukoliko su ispunjene pretpostavke za postojanje povezanog ugovora o kreditu. Novouvedenu definiciju iz čl. 3. sl. 1) Direktive 2008/48/EZ,⁴⁸ Zakon preuzima u čl. 2. toč. 14. ZPK-a definirajući povezani ugovor o kreditu kao ugovor u kojem „predmetni kredit služi isključivo za financiranje ugovora o prodaji određenih proizvoda ili o pružanju određenih usluga“, te u kojem (alineja 1.), oba ugovora tvore poslovnu cjelinu. Nadalje, poslovna cjelina postoji „kada dobavljač proizvoda ili pružatelj usluga sam financira kredit za potrošača ili, ako ga financira neka treća strana, kada se vjerovnik koristi uslugama dobavljača proizvoda ili pružatelja usluga u vezi sa sklapanjem ili pripremom ugovora o kreditu, odnosno kada su u ugovoru o kreditu izričito navedeni predmetni proizvodi ili pružanje predmetnih usluga“ (alineja 2.).⁴⁹ Značajne promjene odnose se na uvođenje uvjeta namjene kredita „isključivo“ za financiranje s njime povezanog ugovora i na individualizaciju predmeta osnovnog ugovora u smislu zahtjeva „određenosti“ proizvoda ili usluge. Valja primijetiti kako ovaj potonji zahtjev čl. 83. ZZZP-a već predviđa. Zanimljivo je, kako je upravo tijekom trajanja zakonodavnog postupka usvajanja nove Direktive 2008/48/EZ, ESP u slučaju *Rampion i Godard* prilikom tumačenja čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ zaključio kako se ostvarivanje prava potrošača ne može uvjetovati određenjem

48 Definicija povezanih ugovora o kreditu sastavljena je po uzoru na § 358. st. 3 BGB-a, koji ne sadrži zahtjev „isključivosti“ financiranja i na uvjet „određenosti“ robe i usluga: „A contract for the supply of goods or for the provision of some other performance and a consumer loan contract are linked, if the loan fully or partially serves to finance the other contract and both contracts constitute an economic unit. An economic unit is to be assumed in particular if the entrepreneur himself finances the consideration of the consumer or, in the case of financing by a third party, if the lender in preparation for or for entering into the consumer loan contract uses the services of the entrepreneur.“

49 Prilikom preuzimanja čl. 3. sl. n) Direktive 2008/48/EZ došlo je do značajnih terminoloških odstupanja. Primjerice zakonske odredbe neujednačeno koriste izraz „roba“ i izraz „proizvod“. Dok Direktiva 2008/47/EZ govori o „gospodarskoj cjelini“, ZPK koristi izraz „poslovna cjelina“. Nadalje, u posljednjoj je rečenici riječ „ili“ prevedena kao „odnosno“, što nedvojbeno utječe na smisao odredbe. Također treba uočiti kako je naš zakonodavac prilikom preuzimanja definicije iz Direktive zadržao doslovan prijevod eng. izraza supplier („dobavljač“), koji se ne uklapa u hrvatsku pravnu terminologiju. Tako čl. 83. ZZZP-a koristi izraz „trgovac“. Vidi Šarčević S./Čikara E., *European vs. National Terminology in Croatian Legislation Transposing EU Directives*, u: Šarčević S. (ur.), *Legal Language in Action: Translation, Terminology, Drafting and Procedural Issues*, Zagreb, 2009., str. 200. et seq.

financirane robe ili usluge u ugovoru o kreditu.⁵⁰ I konačno treba napomenuti kako hrvatski zakonodavac nije iskoristio opcije koje glede polja primjene odredbe o povezanim ugovorima o kreditu predviđa preambula Direktive 2008/48/EZ. Primjerice, točka 9. preambule dopušta državama članicama zadržavanje ili propisivanje vlastitih propisa o uvjetima i pravnim posljedicama izvršenja prava na raskid ugovora o kupnji robe ili pružanju usluge za slučaj da je potrošač raskinuo s njima povezan ugovor o kreditu.⁵¹ Budući da se radi o situaciji koja je upravo obrnuta od one uređene člankom 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, države članice su slobodne u njezinu reguliranju i ne podliježu ograničenjima maksimalne harmonizacije.⁵² Također nije iskorištena točkom 10. preambule predviđena mogućnost proširenja polja primjene odredbe o povezanim ugovorima o kreditu i na one povezane ugovore koji nisu obuhvaćeni definicijom iz čl. 3. sl. n) Direktive 2008/48/EZ. Pod odnosnu odredbu tako bi mogli potpasti i ugovori o kreditu koji samo djelomično služe financiranju ugovora o kupoprodaji ili ugovora o pružanju usluge.

b) Prava potrošača

U odnosu na staru, nova je Direktiva 2008/48/EZ znatno povisila stupanj zaštite potrošača proširenjem opsega njihovih prava kod povezanih ugovora o kreditu. Novinu predstavlja uređenje učinka raskida povezanog ugovora o kupnji robe ili pružanju usluga na ugovor o kreditu člankom 15. st. 1. Direktive, dok su pretpostavke pod kojima potrošač ima pravo isticati prigovore koje u slučaju neurednog ili neispunjenja ugovorne obveze trgovca ima naspram davatelja kredita, propisane člankom 15. st. 2. Direktive. Hrvatski je zakonodavac postupio suprotno

50 Vidi *infra*, str. 7., bilj. 32. Do tog trenutka francuska ustaljena sudska praksa u skladu s čl. L. 311-20, L. 311-10, L. 311-23 Loi n° 93-949 du 26.7.1993. relative au code de la consommation (J.O. 27.7.1993., str. 10538 objavljen u D. 1993 lég. 411-441) priznaje postojanje povezanog ugovora samo ako je u ugovoru o kreditu navedena roba koja je predmet financiranja i obrnuto ako je u povezanom ugovoru naveden kredit kao oblik financiranja. Kriteriji koje je primjerice razvila njemačka sudska praksa, kao što su to gospodarska povezanost ugovora, suradnja davatelja kredita i prodavatelja i sl. nisu se uzimali u obzir (vidi *infra* str. 6., bilj. 29.). Vidi npr. Cass. Civ. 1er od 26.11.1991. u Bull. Civ. I. str. 218., br. 336.

51 Točka 9. preambule nadalje propisuje kako u tom pogledu države članice kod ugovora o kreditu bez roka dospijeca mogu propisati najkraći rok između trenutka u kojem davatelj kredita zahtijeva povrat iznosa kredita i trenutka u kojem kredit mora biti vraćen. Europski parlament je u svojem stajalištu od 20.4.2004., Doc. P5_TC1-COD(2002)0222 predložio da ondašnji čl. 16. st. 2. glasi: „Ukoliko je potrošač raskinuo ugovor o potrošačkom kreditu, više nije vezan ni ugovorom o isporuci robe ili pružanju druge usluge povezane s tim ugovorom o kreditu.“ Takva je odredba, primjerice, sadržana u § 358. st. 2. njemačkog BGB-a, vidi *infra*, str. 9., bilj. 41. Budući da je Komisija odbila taj prijedlog, prema novoj Direktivi 2008/48/EZ potrošač, koji je kupio proizvod financiran od neke treće osobe, može raskinuti ugovor o kreditu i zadržati kupljeni proizvod.

52 Radi se, o tzv. „targeted harmonisation“ ili ciljanoj maksimalnoj harmonizaciji, koja pogađa samo one aspekte na koje se odnosi, dok u samoj direktivi postoje izuzeci od tog načela u obliku opcija, klauzula minimalne harmonizacije i sl. Vidi Jentzsch, N./Lannoo, K., Much Ado about Little? Agreement on the Consumer Credit Directive Reached, ECR Commentaries No. 2, 2007., <http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1499>, 20.3.2008., str. 3.

načelu maksimalne harmonizacije iz čl. 22. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, prema kojem nacionalni zakonodavci ne smiju zadržati ili propisati odredbe u svojem nacionalnom pravu koje odstupaju od odredaba usklađenih Direktivom 2008/48/EZ. Naime, čl. 15 ZPK-a osim što značajno odstupa od izričaja čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, uopće ne preuzima čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ.

aa) Raskid ugovora o kupnji proizvoda ili usluga

Prema čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ potrošač, koji je izvršio svoje pravo na raskid ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga, a koje se temelji na pravu Zajednice, nije više vezan s tim ugovorom povezanim ugovorom o kreditu. Kako ugovor o kupnji određene robe ili usluge predstavlja kauzu ugovora o kreditu koji služi isključivo za financiranje spomenute robe ili usluge, raskidom ugovora o kupnji robe ili pružanju usluge otpada i svrha kredita. Kao što je već rečeno jednom preuzeta u nacionalno pravo ova odredba ne utječe na nacionalne odredbe koje se primjenjuju na povezane ugovore u slučajevima kada je ugovor o kupoprodaji utvrđen ništetnim ili kada je potrošač svoje pravo na raskid ostvario temeljem čisto nacionalnih propisa.⁵³ Problem bi pritom moglo predstavljati nerazlikovanje nacionalnih propisa, odnosno odredbi od onih koje su u nacionalno pravo ušle kao rezultat usklađivanja sa pravnom stečevinom.⁵⁴ No kako Direktiva 2008/48/EZ ne utvrđuje točno o kojim se sve pravima na raskid, odnosno odustanak⁵⁵ radi, neki autori smatraju kako će se odredba moći primjenjivati i na one odredbe o pravu na raskid koje su čisto nacionalnog podrijetla.⁵⁶

Prema čl. 15. ZPK-a „ako potrošač ostvaruje svoje pravo sukladno posebnim propisima, na odustanak od ugovora o kupnji proizvoda ili usluga, prije nego što su oni isplaćeni ili isporučeni potrošača više ne obvezuje povezani ugovor o kreditu“. Ova nomotehnički neuređena odredba suprotno načelu maksimalne harmonizacije uvelike mijenja sadržaj i smisao članka 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ. Prema mišljenju autorice uvođenjem uvjeta da proizvodi ili usluge, ne smiju biti isplaćeni ili isporučeni u trenutku ostvarivanja prava na odustanak od ugovora, dolazi do značajnog ograničavanja prava potrošača i potkopavanja *ratia* članka 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, koji takav uvjet ne poznaje.⁵⁷ Također je vrlo dvojbeno što

53 Točka 37. preambule Direktive 2008/48/EZ.

54 Vidi supra str. 10., bilj. 47.

55 O osnovnim razlikama između pravnih učinaka raskida ugovora i odustanka od ugovora kao i o neusklađenom korištenju ovih pojmova u hrvatskoj pravnoj terminologiji vidi Šarčević, S./Čikara, E., op. cit., str. 204. Iz spomenutog razloga u radu se ova dva izraza koriste kao sinonimi.

56 Kao što je već spomenuto na str. 2. bilj. 3. primjerice prema odredbama Direktive 97/7/EZ, Direktive 2002/65/EZ, Direktive 94/47/EZ ili Direktive 2008/122/EZ povezani ugovor o kreditu ionako dijeli sudbinu raskinutog osnovnog ugovora. Vidi Rott, P., Maximum Harmonisation and Mutual Recognition versus Consumer Protection: The Example of Linked Credit Agreements in EC Consumer Credit Law, EuLF, br. 2-3/2006., str. 64.

57 Naime, kao glavne razloge propisivanja odredbe o povezanim ugovorima Komisija je već 1974. pri izradi prve Direktive 87/102/EEZ utvrdila neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovora

se smatra pod posebnim propisima pod kojima potrošač ostvaruje svoje pravo na odustanak, odnosno raskid ugovora o kupnji proizvoda ili usluga. Naime, možda je zakonodavac mislio na odredbe ZZZP-a kao *lex specialisa*, kojima se preuzimaju odredbe o pravu na raskid iz pojedinih potrošačkih direktiva. Time bi se primjerice obuhvatile odredbe o pravu na raskid kod ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija trgovca iz čl. 33.-35. ZZZP-a, potom odredbe o pravu na raskid ugovora sklopljenog na daljinu iz čl. 45.-49. ZZZP-a ili odredba o pravu na raskid ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine iz čl. 92. ZZZP-a. No takvo tumačenje, u slučaju posljednja dva spomenuta ugovora, gubi smisao budući da čl. 50. ZZZP-a izričito propisuje „ako je, radi djelomične ili potpune isplate cijene iz ugovora o prodaji proizvoda ili usluge sklopljenog na daljinu, potrošaču odobren zajam od strane trgovca ili neke treće osobe koja je potrošaču zajam odobrila na temelju njezina sporazuma s trgovcem, raskidom ugovora o prodaji proizvoda ili usluge raskida se i ugovor o zajmu“. Isto tako čl. 94. st. 1. ZZZP-a propisuje „ako je, radi plaćanja cijene iz ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine, potrošaču odobren zajam od strane trgovca ili treće osobe koja mu je taj zajam odobrila na temelju sporazuma s trgovcem, jednostranim raskidom ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine raskida se i ugovor o zajmu“. Čak štoviše odredbe ZZZP-a jamče i viši stupanj zaštite stoga što ne sadrže gore spomenuti sporni uvjet te propisuju kako u slučaju raskida ugovora osoba koja je potrošaču odobrila zajam na temelju sporazuma s trgovcem nema pravo zaračunati potrošaču nikakve troškove, kamate ili kaznu, te je dužna vratiti potrošaču ono što je, na temelju ugovora o zajmu, od njega primila.⁵⁸ Kako čl. 15. ZPK-a ne sadrži odgovarajuću odredbu učinci raskida uređuju se općim pravilima ZOO-a o povratu onoga što je primljeno na ime ispunjenja.⁵⁹ No valja napomenuti kako u praksi ta

o kupoprodaji tako što stvar nije isporučena; „isporučena“ stvar ima materijalni nedostatak; „isporučena“ stvar je zbog materijalnog nedostatka prouzročila štetu potrošaču ili trećoj osobi. Vidi Hüttebräuker, A., op. cit., str. 142.

- 58 Čl. 51. ZZZP-a uređuje posljedice raskida ugovora o zajmu te propisuje ako potrošač, na temelju odredaba čl. 45.-50. ZZZP-a, raskine ugovor o zajmu, trgovac ili treća osoba, koja mu je odobrila zajam na temelju sporazuma s trgovcem, nema pravo zaračunati potrošaču nikakve troškove, kamate ili kaznu. Prema čl. 94. st. 2. ZZZP-a potrošač nije dužan platiti ugovorenu kamatu, eventualnu štetu ili kaznu, a osoba koja je odobrila zajam dužna je vratiti potrošaču ono što je, na temelju ugovora o zajmu, od njega primila.
- 59 Prema čl. 368. ZOO-a obje strane imaju pravo zahtijevati vraćanje danog, što znači da davatelj kredita mora vratiti potrošaču sve primljene rate sa zateznom kamatom od dana kada je primio pojedinu isplatu, a potrošač davatelju kredita dužuje iznos glavnice i kamate na glavnici od dana njene isplate. No ukoliko bi se prihvatila na str. 3. u bilj. 10. spomenuta mogućnost analogne primjene odredaba ZOO-a o kupoprodaji s obročnom otplatom cijene, tada bi se posljedice raskida uređivale čl. 471. ZOO-a tako da davatelj kredita stupa na mjesto prodavatelja. Prema čl. 471. st. 1. ZOO-a u slučaju raskida ugovora prodavatelj je dužan vratiti kupcu primljene otplate sa zakonskim kamatama od dana kada ih je primio i naknaditi mu nužne troškove što ih je učinio za stvar, dok je prema čl. 471. st. 2. ZOO-a kupac je dužan vratiti prodavatelju stvar u stanju u kojem je bila kada mu je bila predana i dati mu naknadu za njezinu uporabu do raskida ugovora. Treba napomenuti kako raskid povezanog ugovora za potrošača ne bi smio imati negativne posljedice u vidu troškova, kamata ili kazni (*arg. ex* čl. 51

pravila mogu imati ograničeni učinak budući da čl. 15. ZPK-a propisuje uvjet da proizvodi ili usluge ne smiju biti isplaćeni „ili“ isporučeni u trenutku ostvarivanja prava na odustanak od glavnog ugovora. Kod povezanih ugovora davatelj kredita iznos kredita odobrenog potrošaču radi kupnje određene robe ili usluge načelno isplaćuje neposredno prodavatelju koji isporučuje robu odnosno uslugu. Ukoliko predmet ugovora o kupoprodaji nije isplaćen ili isporučen, to će u većini slučajeva značiti da kreditna institucija ugovoreni iznos nije stavila na raspolaganje.⁶⁰ Sporni uvjet je problematičan uzme li se u obzir i u ZOO-u uređena prava kupca na raskid ugovora „nakon“ isporuke robe. Naime, iako čl. 15. ZPK-a govori o „posebnim propisima“, ZOO kao *lex generalis* u skladu s izričajem čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ uređuje i jedno posebno pravo na raskid ugovora o isporuci robe ili pružanju usluga, a koje se temelji na pravu Zajednice odnosno Unije. Riječ je o odredbama ZOO-a o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari (čl. 400. et seq. ZOO) koje su preuzele Direktivu 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama⁶¹ tako da se odnosne odredbe analogno primjenjuju i na ostale naplatne ugovore.⁶² U skladu s tim odredbama kupac koji je pravodobno i uredno obavijestio prodavatelja o nedostatku može prema čl. 410. ZOO-a po svom izboru zahtijevati ili uredno ispunjenje⁶³ ili „raskid ugovora“ ili sniženje cijene. Pritom treba napomenuti kako se izraz nedostatak osim na materijalni nedostatak stvari odnosi i na nedostatak kod obavljene usluge.⁶⁴ Članak 15. ZPK-a bi i u slučaju izvršenja ovoga prava na raskid trebao jamčiti zaštitu

ZKP-a). Vidi Baretić, M., Položaj vjerovnika u odnosima s potrošačima prema novom Zakonu o zaštiti potrošača, u: Bajuk D. (et al.), *Zaštita vjerovnika, financijski, pravni i porezni aspekti*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 287.

- 60 Uvjet je možda u čl. 15. ZPK-a ušao kao posljedica odgovarajućih prava na jednostrani raskid korisnika kredita, odnosno zajmoprimca propisanih odredbama ZOO-a. Tako prema čl. 1024. st. 1. korisnik kredita može raskinuti ugovor prije nego što je počeo koristiti kredit, dok prema čl. 506. ZOO-a zajmoprimac može odustati od ugovora prije nego što mu zajmodavac preda ugovorene stvari. U oba slučaja postoji obveza naknade štete ako ju je davatelj kredita, odnosno zajmodavac pretrpio. Vidi Slakoper, Z., op. cit., str. 508.
- 61 Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25.5.1999. o određenim aspektima prodaje potrošačkih dobara i povezanim garancijama, Sl. l. 1999, L 171. Dotle *De Giovanni* smatra da se čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ ne odnosi na čl. 3. Direktive 99/44/EZ zbog toga što potonja odredba koristi izraz „pravo na raskid ugovora“, za razliku od čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ koji govori o pravu na odustanak. Vidi De Giovanni, C., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la Direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, *Rivista di diritto civile*, br. 3/2008., str. 293., bilj. 97.
- 62 Petrić, S., *Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, *Zbornik PFR*, Vol. 27., br. 1/2006., str. 96.
- 63 Odnosno pravo zahtijevati od prodavatelja da nedostatak ukloni ili preda drugu stvar bez nedostatka (čl. 410. st. 1. toč. 1. i 2. ZOO).
- 64 Čl. 5. ZKP-a, koji se odnosi na obvezu trgovca potrošaču ispuniti ugovor u skladu s odredbama toga Zakona i propisima obveznog prava, propisuje primjenu odredaba ZOO-a o materijalnom nedostatku stvari i za slučaj nedostatka kod obavljene usluge. Vidi Čikara, E., *Part 2: Transposition of the Individual Directives, D. Consumer Sales Directive (99/44) u: Jessel-Holst, C./Galev, G., EU Consumer Contract Law, 2010., str. 115. (u postupku objavljivanja).*

potrošača kod povezanih ugovora tako što bi se raskinuo i s osnovnim ugovorom povezan ugovor o kreditu. No uvođenjem gore spomenutog izrazito spornog uvjeta, potrošač Direktivom 2008/48/EZ propisan stupanj zaštite kod povezanih ugovora uživa isključivo u slučaju ako ostvaruje svoje pravo na odustanak od ugovora o kupnji proizvoda ili usluga, prije nego što su oni isplaćeni ili isporučeni.⁶⁵

Nejasan je razlog ovakvog manjkavog preuzimanja čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ. Uzrok možda treba potražiti u tehnicu koju zakonodavac primjenjuje prilikom preuzimanja odredaba direktiva u nacionalno pravo, a koja se nerijetko svodi na doslovno prevođenje i prepisivanje njihovih odredaba.⁶⁶ Sporno je, je li ova odredba rezultat uzimanja u obzir točke 37. preambule Direktive 2008/48/EZ, koja je opet uslijed neispravnog prevođenja mogla poprimiti potpuno drugo značenje.⁶⁷ No, nesporno je postojanje potrebe za izmjenom i usklađivanjem čl. 15. ZPK-a s čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ.

bb) Odgovornost vjerovnika za dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge

Suprotno načelu maksimalne harmonizacije, koje ne dopušta ovakva odstupanja, čl. 15. ZPK-a ne preuzima čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ koji uređuje pretpostavke pod kojima potrošač može prema vjerovniku ostvarivati prava koja ima naspram dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge u slučaju neurednog ili neispunjenja njihove ugovorne obveze. Tome u prilog ide i argument nezavisnog odvjetnika *Lenza* u mišljenju u predmetu ESP-a *El Corte Ingles*. On je glede čl. 11. st. 2. Direktive 87/102/EEZ, koji odgovara članku 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ, ustvrdio kako države članice nemaju diskrecije o tome treba li se potrošaču omogućiti ostvarivanje prava naspram davatelja kredita. Diskrecija postoji samo u određenju u kojem opsegu i pod kojim uvjetima će se ta prava ostvarivati.⁶⁸ Prema

65 Odredba se suprotstavlja i svrsi čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, budući da sklopljeni ugovor o kreditu služi za financiranje kupnje određene robe ili usluge, pa raskidom glavnog ugovora otpada i svrha kredita. Vidi točku 37. preambule Direktive 2008/48/EZ.

66 Vidi Josipović, T., *Anpassung des kroatischen Zivilrechts an europäische Standards*, u: Welsler, R. (ur.), *Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa*, 2008., str. 157.

67 U točki 37. preambule Direktive 2008/48/EZ stoji kako se odredbom ne zadire u prava potrošača koja on ima u skladu s nacionalnim propisima prema kojima između potrošača i dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge ne nastaju obveze niti se smije izvršiti plaćanje sve dok potrošač ne potpiše ugovor o kreditu kojim se financira predmetna roba ili usluga. Kao primjer takve odredbe može se navesti, npr. čl. 95. ZZP-a, koji uređuje zabranu prethodnog plaćanja, odnosno propisuje kako trgovcu nije dopušteno zahtijevati od potrošača nikakva plaćanja na osnovi potpisanog ugovora ili predugovora prije isteka roka za raskid ugovora.

68 *A.G. Lenz*, Mišljenje od 7.12.1995. u slučaju C-192/94 od 7.3.1996., 1996., I-1281 (*El Corte Inglés*), para. 11. et seq.: "As regards Article 11(2) (...) the Member States have no discretion as to whether the consumer is to be enabled to pursue remedies against the grantor of credit. Member States are intended to have a free rein only with regard to how this takes place or, in other words, with regard to the actual configuration from the technical legal point of view of the legal position (consumer claim, defence, etc). It appears from the context of the provisions of the directive that the basic grant of a legal position for the consumer is to be governed by Community law. (...) Consequently, the basic question of granting protective rights for

čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ ukoliko roba ili usluga koja je predmet povezanih ugovora nije ili je samo djelomično isporučena, odnosno pružena ili ne odgovara ugovoru o isporuci robe ili pružanju usluge, tada potrošač može ostvarivati svoja prava naspram davatelja kredita, ukoliko ih je prema važećim pravnim propisima ili odredbama ugovora o isporuci robe ili pružanju usluge prethodno pokušao ostvariti prema dobavljaču, odnosno pružatelju usluge no bez uspjeha. Države članice, pa tako i hrvatski zakonodavac moraju utvrditi pod kojim uvjetima i u kojem opsegu će potrošači moći ostvarivati svoja prava naspram dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge, prije negoli što ih pokuša ostvariti naspram davatelja kredita.⁶⁹ Kao i dosad izraz „ostvarivanje prava“ ostaje nedorečen, ali se iz točke 38. preambule Direktive 2008/48/EZ može zaključiti kako se odnosi prvenstveno na zaštitu prava potrošača sudskim putem.⁷⁰ Nadalje, čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ za razliku od čl. 11. st. 2. sl. b) Direktive 87/102/EEZ, odnosno čl. 83. st. 1. ZKP-a koji ga je preuzeo, više ne predviđa uvjet „isključivosti“ odnosa prodavatelj-davatelj kredita, odnosno ograničenje na slučajeve u kojima između prodavatelja i davatelja kredita postoji prethodni sporazum kojim se potonji obvezuje potrošačima odobravati kredit „isključivo“ za kupnju proizvoda ili usluga tog prodavatelja. Nepreuzimanjem pojednostavljenih uvjeta za zaštitu prava potrošača kod povezanih ugovora o kreditu u čl. 15. ZKP-a, došlo je do značajnog nazadovanja u zaštiti potrošača u odnosu na čl. 83. ZKP-a, koji ova prava sveobuhvatno uređuje. Članak 15. ZKP-a potrebno je izmijeniti tako da pored usklađivanja sa stavkom 1. članka 15. Direktive 2008/48/EZ preuzme i njegov stavak 2., kako bi hrvatskome potrošaču bio zajamčen onaj stupanj zaštite koji je zajamčen državljanima Unije.⁷¹

c) Supsidijarna odgovornost

Budući da ZPK ne preuzima čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ, ne preuzima niti s njime povezan čl. 15. st. 3. Direktive 2008/48/EZ, prema kojem odredba o povezanim ugovorima o kreditu ne utječe na nacionalne propise o solidarnoj odgovornosti davatelja kredita glede bilo kojeg zahtjeva koji potrošač može imati prema prodavatelju robe odnosno pružatelju usluga, u slučaju kada je kupnja robe

consumers is not left to the discretion of the Member States. (...) The discretion afforded to the Member States by the second sentence of Article 11(2) with regard to what extent and under what conditions the remedies are to be exercisable is therefore limited.”

69 Točka 38. preambule Direktive 2008/48/EZ.

70 Vidi *infra*, str. 8. Vidi i točku 38. preambule Direktive 2008/48/EZ prema kojoj države članice moraju utvrditi pod kojim uvjetima i u kojem opsegu će potrošač moći ostvarivati svoja prava naspram dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge, posebice tako što će podnijeti tužbu protiv njega, prije negoli što pokuša ostvariti svoja prava naspram davatelja kredita.

71 O posljedicama manjkavog preuzimanja EU direktiva u nacionalno pravo vidi Senden, L., *Implementing EU law: Requirements, Pitfalls and Challenges for National Authorities*, u Tomljenović V./Čulinović-Herc, E./Butorac Malnar, V. (ur.), *Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području: Rješavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, Pravni fakultet, Rijeka, 2009., str. 13.

ili usluge financirana kreditom.⁷² Tako se nacionalnim odredbama može odstupiti od čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ propisane supsidijarne odgovornosti. Također valja naglasiti kako izraz „bilo koji zahtjev“ otvara mogućnost potrošaču zahtijevati naknadu štete za slučaj povrede glavnog ugovora. Prilikom usklađivanja odredaba ZPK-a o povezanim ugovorima o kreditu, hrvatski bi zakonodavac trebao razmisliti o povišenju stupnja zaštite potrošača propisivanjem solidarne odgovornosti vjerovnika i dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge. Time bi se ujedno mogao povisiti volumen kredita, stoga što bi potrošači svoje kupoprodaje češće financirali kreditom ukoliko bi bili svjesni sigurnosti koju im pruža solidarna odgovornost prodavatelja i davatelja kredita.

IV. PROBLEMI POVEZANIH UGOVORA O KREDITU U PRAKSI

Iako se kod povezanih ugovora najčešće dovode u vezu ugovor od kreditu s ugovorom o kupoprodaji ili ugovorom o djelu ili ugovorom o zakupu, odredbe o povezanim ugovorima o kreditu u praksi su osobito dobile na značaju uslijed razvoja novih financijskih proizvoda na tržištu potrošačkog kredita u EU. Posljednjih godina slične kreditne proizvode, odnosno financijske modele nude i kreditne institucije na domaćem tržištu.⁷³ Stoga je potrebno ukazati na probleme s kojima su se u svezi

72 Točka 38. preambule Direktive 2008/48/EZ propisuje kako potrošači ne smiju biti lišeni prava koja im jamče nacionalni pravni propisi o solidarnoj odgovornosti prodavatelja robe ili pružatelja usluge i davatelja kredita. Europski parlament je odbio čl. 19. Prijedloga Direktive iz 2002. godine koji je propisivao solidarnu odgovornost u slučaju kada prodavatelj nastupa kao kreditni posrednik. Ova je odredba bila sastavljena po uzoru na Sec. 75. engleskog Consumer Credit Act. Vidi Objašnjenje zahtjeva za izmjenu br. 104., Drugo Izvješće Odbora za pravo i unutarnje tržište od 2.4.2004., A5-0224/2004. Čl. 15. st. 3. Direktive 2008/48/EZ predstavlja stoga kompromis koji omogućava zadržavanje strogih engleskih odredbi. Naime postoji čitav niz argumenata koji su se u zakonodavnom postupku navodili kao razlozi protiv uvođenja solidarne odgovornosti davatelja kredita i prodavatelja robe, odnosno pružatelja usluge, kao što su problem utvrđivanja opsega odgovornosti, bojazan od ograničavanja slobodne tržišne utakmice, prekomjerna zaštita potrošača, nepraktičnost solidarne odgovornosti davatelja kredita u slučajevima postojanja materijalnog nedostatka stvari, povišenje troškova kredita i dr.

73 Npr. Ponent, Ulaganje u nekretnine, Najamnina otplaćuje kredit, <http://www.ponent.hr/index.php?option=com_content&task=view&id=47&Itemid=52>, 25.10.2007., 23.8.2010.; Pametna kuna, Krediti - kraći put kojeg treba mudro koristiti, <<http://www.pametakuna.hr/investicije/krediti---kraci-put-kojeg-treba-mudro-koristiti>>, 15.8.2010.; Pametna kuna, Prilike za ulaganje: Nekretnine nikad jeftinije, <<http://www.pametakuna.hr/nekretnine/prilike-za-ulaganje:-nekretnine-nikad-jeftinije>>, 4.2.2010., 15.8.2010.; Portal za žene poduzetnice, Koje je faktore potrebno razmotriti prije ulaganja u nekretnine?, <http://www.poduzetna.hr/nekretninski_fondovi/koje_je_faktore_potrebno_razmotriti_prije_ulaganja_u_nekretnine_.html>, 7.2.2008., 15.8.2010. Slični modeli tzv. najma s pravom kupnje stana prema svojem sadržaju zapravo ne predstavljaju ništa drugo nego kreditiranje kupnje stana. Vidi Poslovni dnevnik, Model najma s pravom kupnje stanova uspješniji od akcija banaka, <<http://www.poslovni.hr/vijesti/model-najma-s-pravom-kupnje-stanova-uspjesniji-od-akcija-banaka-115226.aspx>>, 5.5.2009., 2.7.2010.; Kapital Konzalting, Najam stana s pravom kupnje!, <<http://www.kapital-konzalting.hr/novosti/najam-stana-s-pravom-kupnje/17.aspx>>, 15.8.2010., 23.8.2010.; Iver, <<http://www.degrad.hr/financiranje>>, 15.8.2010., 24.8.2010.

s povezanim ugovorima o kreditu susretali potrošači nekih država članica te na odabrana rješenja koja su razvili i njihovi nacionalni sudovi i ESP. Iako su se u praksi razvili mnogobrojni različiti financijski modeli, načelno se razlikuju dvije najčešće kombinacije, pri čemu se u jednoj kredit kombinira s nekim od oblika štednje,⁷⁴ dok se u drugoj kredit koristi u svrhu ulaganja. Autorica u radu proučava financijske modele u kojima se potrošački kredit koristi kao ulagački instrument, posebice onaj kojemu je cilj stjecanje vlasništva nad nekretninama. Pritom valja napomenuti kako unatoč tome što Direktiva 87/102/EEZ i Direktiva 2008/48/EZ iz svojeg polja primjene isključuju ugovore o kreditu sklopljene radi stjecanja nekog prava na nekretnini i ugovore o kreditu kod kojih je tražbina osigurana založnim pravom na nekretnini, zakonodavci mnogih država, pa tako i hrvatski,⁷⁵ nisu preuzeli ovo isključenje u svoje zakone o potrošačkom kreditiranju povisivši time stupanj zaštite potrošača.⁷⁶ Odredbe o povezanim ugovorima o kreditu mogu se stoga primijeniti i na ovu vrstu ugovora o potrošačkom kreditu.⁷⁷

74 U ovu prvu kategoriju spadaju, primjerice, krediti ili stambeni krediti uz sklapanje ugovora o životnom osiguranju kao sredstva osiguranja tražbine, ugovori o kreditu koji se sklapaju u svezi sa sklapanjem ugovora o stambenoj štednji, krediti ili stambeni krediti u kombinaciji s kupnjom udjela u investicijskom fondu kao sredstva osiguranja tražbine i sl. Ovdje valja istaknuti kako je prvi prijedlog nove Direktive o ugovorima o potrošačkom kreditu iz 2002. (KOM(2002) 443 fin.) sadržavao posebnu odredbu u čl. 20. o ovoj vrsti povezanih ugovora o kreditu pod nazivom „Ugovor o kreditu s klauzulom o stvaranju kapitala“ („credit agreement providing constitution of capital“). Odredba je propisivala obvezu davatelju kredita da u slučajevima u kojima ne dolazi do stvaranja kapitala putem ugovorenih sredstava osiguranja tražbine, osigura otplatu ugovaranjem dodatnog osiguranja. Od spomenute odredbe ostala je jedino obveza pružanja posebnih informacija potrošaču u predugovornom i ugovornom stadiju propisana čl. 5. st. 5. i čl. 10. st. 4. Direktive 2008/48/EZ i preuzeta u čl. 5. st. 7. i čl. 10. st. 4. ZPK-a. Prema njima u slučaju ugovora o kreditu prema kojemu uplate potrošača ne rezultiraju trenutnom odgovarajućom otplatom ukupnog iznosa kredita, ali se koriste za stvaranje glavnice kredita tijekom tih razdoblja i prema uvjetima utvrđenima ugovorom o kreditu ili dodatnim ugovorom, informacije koje se pružaju prije sklapanja ugovora i informacije koje moraju biti sadržane u ugovoru o kreditu moraju sadržavati jasnu i određenu izjavu da ugovor o kreditu ili dodatni ugovor ne osigurava otplatu ukupnog iznosa iskorištenoga kredita prema ugovoru o kreditu, osim ako takvo osiguranje naplate nije pruženo.

75 Vidi Čikara, E., *Otvorena...*, op. cit., str. 313. Vidi ex § 492. st. 1a. i važeće §§ 491. i 503. njemačkog BGB-a, koji izuzimaju samo kredite osigurane založnim pravom na nekretnini i to od malog broja odredaba o potrošačkom kreditu i ex § 12a. st. 2. reč. 1. sl. a) austrijskog KSchG-a, koji izuzima samo kredite sklopljene na najmanje 10 godina, namijenjene izgradnji ili poboljšanju zgrada, te važeći § 4. austrijskog VKrG koji isključuje samo ugovore o kreditu koje neka od pokrajina sklupa u skladu sa zakonskim propisima o poticajnoj stanogradnji.

76 S time u svezi osobito je problematično preuzimanje isključenja ugovora o kreditu koji su rezultat nagodbe postignute na sudu ili pred nekim drugim tijelom određenim zakonom u čl. 3. st. 1. sl. g) ZPK-a, a za koje dio pravne teorije i zakonodavaca država članica smatra da se radi o ugovorima o potrošačkom kreditu koji se sklapaju pred javnim bilježnikom ili sudom. Tako shvaćena, ova bi odredba isključila većinu stambenih kredita od polja primjene ZPK-a. Postoji i gledište da je riječ o isključenju ugovora koji su rezultat rješavanja spora stranaka postizanjem nagodbe stranaka pred sudom ili miriteljem putem primjerice odgode plaćanja duga ili sl. O tome Čikara E., *Zakon o potrošačkom kreditiranju iz aspekta javnobilježničkih isprava*, JB, br. 32./2010., str. 62.

77 Suprotno mišljenje imaju Kofrc, H./Petrović, A., op. cit., str. 178., koji smatraju da predmet

1. Potrošački kredit kao ulagački instrument

U novije vrijeme kreditne su institucije razvile financijske proizvode kod kojih se ulagače bez vlastite imovine nagovara da pod pojednostavljenim uvjetima financiranja kreditom i uz korištenje poreznih olakšica kupe, odnosno steknu vlasništvo nad stanom ili da kupe udjele u investicijskim fondovima koji ulažu u nekretnine⁷⁸ (dalje u tekstu: nekretninski fondovi). Ugovori se nerijetko sklapaju izvan poslovnih prostorija trgovca, najčešće uslijed posjete posrednika u prometu nekretnina domu potrošača, uz namjerno stvaranje privida vremenskog ograničenja i uz predočavanje čitavog niza formulara. Tako je jedan od čestih financijskih modela onaj u kojem posrednik predlaže ulagaču da iskoristi porezne olakšice i novčanim primanjima od najma stana financira stjecanje vlasništva nad stanom kao objektom ulaganja. Ulagrač nakon kućnog posjeta kod javnog bilježnika posredniku daje opću punomoć, a ovaj se potom obraća kreditnoj instituciji koja najčešće predlaže kombinaciju kredita i stambene štednje ili životnog osiguranja. Ulagrač se uglavnom ne obavještava o njihovom pravu na raskid ugovora i također ih se ne informira o tijeku i trajanju spomenutog financiranja, kao ni o ukupnom financijskom opterećenju. Primjerice, u praksi njemačkih kreditnih institucija takvo se financiranje sastojalo od odobravanja kredita za točno utvrđeno vremensko razdoblje uz fiksnu kamatnu stopu. Istovremeno se je sklapao i ugovor o stambenoj štednji ili životnom osiguranju koji bi primatelju kredita trebao omogućiti uštedu sredstava u visini ukupnog iznosa kredita, odnosno omogućiti mu da odjednom otplati spomenuti iznos. O visini svoje mjesečne štednje putem stambene štednje ili životnog osiguranja potrošač je odlučivao samostalno. Budući da se je redom radilo o osobama bez značajnijih imovinskih sredstava i s niskim primanjima, ovi su se financijski modeli ugovarali i na vremensko razdoblje od ukupno do 30-ak godina. No u praksi se u mnogim slučajevima uspostavilo da je vrijednost stanova u trenutku prodaje bila namjerno precijenjena zbog čega se stanove teško ili uopće nije moglo iznajmiti. Osim toga ulagačima se prešućivalo i informaciju o preostalim troškovima (npr. provizija posrednika i sl.) koji mogu dostići jednu trećinu ukupnih troškova financiranja. Nerijetko se je nad posrednicima u prometu nekretnina koji su ulagačima jamčili primitke od iznajmljivanja stana otvarao stečajni postupak. Ulagrač bi se potom našli u izrazito teškoj financijskoj situaciji, jer nisu mogli ostvariti željena primanja od najamnine s jedne strane niti porezne olakšice s druge odnosno nisu mogli namaknuti dovoljno novčanih sredstava za pokriće kredita. Uslijedili su brojni sudski postupci, osobito u njemačkoj sudskoj praksi, u kojima su potrošači kreditne institucije najčešće tužili radi povrede obveze pružanja informacija i zahtijevali

ugovora o prodaji kod povezanih ugovora o kreditu mogu biti samo pokretne stvari iz kategorije potrošnih dobara. Dogle odredbe Direktive 2008/48/EZ, kao i ZPK-a i ZZP-a govore o robi, odnosno proizvodu koji prema čl. 3. st. 1. alineja 5. ZZP-a je svaka roba ili usluga, uključujući nekretnine, prava i obveze. Isto tako Baretić, M., Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, u: Dika M./Pogarčić Z. (ur.), *Obveze trgovca u sustavu zaštite potrošača*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 68.

78 Vidi ESP, Slučaj C-215/08 od 15.4.2010. (*E. Friz GmbH/Carsten von der Heyden*).

naknadu štete.⁷⁹ Naime, zbog mogućnosti primjene odredaba o povezanim ugovorima kreditne institucije su dobro pazile da ne dođu u neposredan kontakt s ulagačima. Sve ugovore i potrebnu dokumentaciju predavali su posrednicima koji bi ih predočavali klijentima.^{80, 81} Mnogi tako sklopljeni ugovori o kreditu čak nisu sadržavali potrebnu poveznicu navođenja svrhe u koju se kredit odobrava.

2. Sudska praksa njemačkih sudova i Europskog suda pravde

Gore opisanim financijskim proizvodima ESP se bavio u čitavom nizu slučajeva koje su pokrenuli njemački sudovi, koji su mu upućivali zahtjeve za odlučivanje o prethodnom pitanju. Naime, u mnogobrojnim sudskim postupcima ulagači su se pred njemačkim sudovima pozivali na povredu Zakona o pravnom savjetovanju (*Rechtsberatungsgesetz*),⁸² potom na pravne posljedice raskida ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija trgovca, na povredu obveze pružanja informacija od kreditnih institucija i konačno na odredbe o povezanim ugovorima o kreditu. Slučajevi poznatiji pod nazivom „Schrottimobilien“⁸³ osobito dobivaju na važnosti uslijed nesuglasnosti Građanskih odjela (*Zivilsenat*) njemačkog Saveznog

-
- 79 Njemački sudovi se u svojoj praksi nisu previše opterećivali s problemom ne- ili nedostatnog informiranja potrošača obrazlažući kako njegova želja za poreznim olakšicama smanjuje potrebu za informiranjem. U literaturi se također navodi kako je takva sudska praksa pravo potrošačkog kredita preokrenula u pravo kapitalnog ulaganja. Opsežno o povredi obveze pružanja informacija od kreditnih institucija Hofmann, C., *Aufklärungspflichten der Kreditinstitute über das Finanzierungsmodell beim Immobilienerwerb unter Ausnutzung von Steuervorteilen („Steuersparmodelle“)*, ZBB 3/05., str.174.
- 80 Između ostalog banke su se tako nastojale osloboditi primjene odredaba o sklapanju ugovora izvan poslovnih prostorija trgovca, tako što su primjerice i u slučaju ESP-a *Schulte* i u slučaju *Crailsheimer Volksbank* tvrdile da je ugovore sklapao posrednik i da one nemaju saznanja o tome da li su ugovori sklopljeni izvan poslovnih prostorija. Dvojbu je otklonio ESP u slučaju *Crailsheimer Volksbank* odgovorivši u prvome pitanju kako primjena odredaba Direktive 85/577/EEZ u takvim slučajevima ne može biti uvjetovana pretpostavkom da je trgovac znao ili morao znati da je ugovor sklopljen izvan poslovnih prostorija. Vidi ESP, Slučaj C-229/04 od 25.10.2005., [2005] ECR I-9273 (*Crailsheimer Volksbank*), para. 50.
- 81 2004. godine procijenjeno je da su posrednici u Njemačkoj kreditnim institucijama privukli 300.000 klijenata, pri čemu je npr. samo HypoVereinsbank sa zaključenih 100 000 ugovora o kreditu ostvarila volumen kredita od oko 26 milijardi njemačkih maraka (DM) u svrhu stjecanja vlasništva nad nekretninama. Vidi Frings M., *Verbesserter Verbraucherschutz bei kreditfinanzierten Immobiliengeschäften*, VuR 11/2004., str. 404.
- 82 *Rechtsberatungsgesetz* od 13.12.1935. (RGBl. I, str. 1478.), izvan snage od 12.12.2007. (BGBl. I, str. 2840., 2860.). Povreda se sastojala u tome što su ulagači u većini slučajeva dali opću punomoć osobama koje nisu posjedovale potrebno dopuštenje vlasti u skladu s Art. 1. § 1. RBerG.
- 83 Ovi su slučajevi u njemačkoj praksi poznati pod nazivom „Schrottimobilien“, jer je uslijed poremećaja na tržištu nekretnina, vrijednost mnogih nekretnine pala na vrijednost, tzv. šrota (njem. Schrott). Vidi presudu njemačkog OLG Karlsruhe, ZIP, 2005., str. 698. Hofmann, C., *Aufklärungspflichten des Kreditinstituts beim vollfinanzierten Immobilienerwerb durch mittellose Kleinverdiener*, ZIP, 2005., str. 688.

vrhovnog suda (dalje u tekstu: BGH), opisane nazivom „rat senata“.⁸⁴ Senati su se posebice razilazili u mišljenju radi li se u konkretnim slučajevima ugovora o kreditu namijenjenih stjecanju vlasništva na nekretnini o povezanim ugovorima o kreditu ili ne. Prema stajalištu XI. Građanskog odjela BGH-a raskid ugovora o kreditu ne utječe na valjanost s njime povezanog ugovora o kupoprodaji nekretnine, dok je stajalište II. Građanskog odjela BGH-a da ugovor o kupoprodaji nekretnine ili kupoprodaji udjela u investicijskom fondu i ugovor o kreditu predstavljaju povezane ugovore. Svoje je gledište XI. Građanski odjel BGH-a obrazložio u prethodnom pitanju koje je 30.11.1999. postavio ESP-u, navodeći kako su pored pretpostavki ondašnjeg njemačkog Zakona o raskidu poslova sklopljenih izvan poslovnih prostorija trgovca i sličnih poslova (dalje u tekstu: HWiG)⁸⁵ ispunjene i pretpostavke tada važećeg Zakona o potrošačkom kreditu (dalje u tekstu: VerbrKrG)⁸⁶, a koji ima prednost pred HWiG i isključuje primjenu odredbe o pravu na raskid i odredbe o povezanim ugovorima ako je tražbina iz ugovora o kreditu osigurana založnim pravom na nekretnini (§ 3. st. 2. br. 2. VerbrKrG).⁸⁷ Treba napomenuti kako su većina nižestupajnskih sudova, kao i mnogi pravni stručnjaci otvoreno kritizirali njegove presude držeći ih prijateljski nastrojenima prema kreditnim institucijama, a na štetu prevarenih potrošača.⁸⁸ ESP se u odgovoru na postavljeno prethodno pitanje u presudi *Heininger* od 13.12.2001. ograničio na pitanje prava na raskid ugovora i zauzeo stajalište suprotno onome XI. Građanskog odjela BGH-a odlučivši kako pravilno preuzimanje Direktive Vijeća 85/577/EEZ⁸⁹ mora jamčiti zaštitu potrošača kod ugovora o kreditu sklopljenih radi stjecanja nekog prava na nekretnini.⁹⁰ U

84 Paal, B. P., Verbraucherschutz und kreditfinanzierte Immobilieninvestitionen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, JuS, 9/2006., str. 775.

85 Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften od 16.1.1986. (BGBl. I str. 122.), ukinut Zakonom od 26.11.2001. (BGBl. I str. 3138.) m.W.v. 1.1.2002.

86 Verbraucherkreditgesetz u verziji od 29.6.2000. (BGBl. I str. 940.), ukinut Zakonom od 26.11.2001. (BGBl. I str. 3138.) m.W.v. 1.1.2002.

87 Čak i kada je ono radi propusta pouke o pravu na raskid postojalo, to pravo se prema § 7. st. 2. reč. 3. VerbrKrG gubilo protekom jedne godine nakon potrošačeva očitovanja volje za sklapanjem ugovora.

88 LG Bochum, NJW 2003., str. 2612.; OLG Bremen, NJW 2004, 2238.

89 Direktiva Vijeća 85/577/EEZ od 20.12.1985. o zaštiti potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, Sl. I. 1985 L 372.

90 Vidi ESP, Slučaj C – 481/99 od 13.12.2001., [2001] ECR I–9945 (*Heininger*). Bračni par *Heininger* je 1993. godine prilikom kućnog posjeta od posrednika u prometu nekretnina zaključio ugovor o zajmu u visini od 150.000,00 DM s bankom u svrhu financiranja kupnje stana, bez da su pritom primili pismenu obavijest o pravu na raskid ugovora. Tražbina je bila osigurana založnim pravom na nekretnini („Grundschuld“). Prema § 2. HWiG koji preuzima Direktivu 85/577/EEZ, u slučaju kada potrošač ne primi spomenutu obavijest, u § 1. HWiG propisani rok od 7 dana za raskid ugovora ne počinje teći. Ukoliko obavijest nije dana pravo na raskid ugovora prestaje protekom mjesec dana od ispunjenja ugovornih obveza u cijelosti od obiju ugovornih strana. No prema § 5. HWiG, ugovor spada u polje primjene VerbrKrG, prema kojem se odredba o pravu na raskid ne primjenjuje na ugovore o kreditu osigurane založnim pravom na nekretnini. Godine 1998. bračni par raskida ugovor o zajmu pozivajući se na § 1. HWiG-a i zahtijeva povrat plaćenih rata kredita, kamatu, naknadu s time u svezi nastalih troškova kao i izjavu da banka nema nikakvih prava temeljem ugovora o zajmu. Iste godine

skladu s odredbama Direktive, ukoliko kreditne institucije nisu ispunile svoju obvezu glede pouke o pravu na raskid ugovora, potrošačevo pravo na raskid ugovora jest neograničeno.⁹¹ Ova je presuda ESP-a za posljedicu imala odgovarajuću izmjenu spomenutih odredaba koje su uslijed reforme njemačkog obveznog prava („Schuldrechtsmodernisierung“)⁹² preuzete u njemački Građanski zakonik (BGB).⁹³ Nadovezavši se na presudu ESP-a, XI. Građanski odjel BGH-a odlučio je u svojoj *Heininger II* presudi od 9.4.2002.⁹⁴ kako potrošač u slučaju propusta pouke o njegovu pravu na raskid zaista može raskinuti ugovor o kreditu u skladu s odredbama HwiG-a, ali da se odredba § 9. VerbrKrG o povezanim ugovorima ne primjenjuje. Tu, tzv. teoriju razdvajanja kupoprodaje i kreditiranja XI. Građanski odjel potkrijepio je argumentom kako i u poslovnom smislu neiskusan laik zna da su davatelj kredita i prodavatelj nekretnine dvije različite osobe i kako dostatna gospodarska povezanost tih pravnih poslova postoji samo ako se davatelj kredita ne ograničava isključivo na ulogu financiranja, već vrši i neke funkcije prodavatelja (npr. reklama, pravni aspekt sklapanja posla i dr.).⁹⁵ Nadalje je obrazložio kako „svojim odlukama neće ići u prilog ulagačima koji se odlučuju na stjecanje vlasništva nad stanom putem poreznih olakšica i koji se ne brinu za pravne poslove koji se s tim u svezi sklapaju, već sve prepuštaju u nepoznate ruke“.⁹⁶ Nedugo nakon toga kao posljedica *Heininger*

njihov tužbeni zahtjev biva odbijen od Zemaljskog suda (München) i nakon žalbe od Višeg zemaljskog suda (München). Bračni par podnosi BGH zahtjev za revizijom drugostupanjske presude koji postavlja prethodna pitanja ESP-u. ESP u presudi zaključuje kako se Direktiva 85/577/EEZ primjenjuje na ugovore o kreditu osigurane založnim pravom na nekretnini i da potrošači imaju pravo na raskid koje im jamči čl. 5. Direktive (Para. 32: „whilst a secured-credit agreement of the type in question in the main proceedings is linked to a right relating to immovable property, in that the loan must be secured by a charge on immovable property, that feature is *not sufficient* for the agreement to be regarded as concerning a right relating to immovable property for the purposes of Article 3(2)(a) of the doorstep-selling directive“). Također zaključuje, kako je propisivanje roka u kojem se pravo na raskid gubi u slučaju kada potrošač ne primi obavijest o pravu na raskid, suprotno odredbama Direktive.

- 91 Reich, N., *Heiniger und das Europäische Privatrecht*, u: Bub, W.-R./Knieper R. i dr. (ur.), *Zivilrecht im Sozialstaat*, Festschrift für Professor Dr Peter Derleder, Nomos, Baden-Baden, 2005., str. 127. et seq.
- 92 Zakon o modernizaciji obveznog prava od 26.11.2001., BGBl. I 2001, str. 3138.
- 93 Njemački je zakonodavac uskladio odredbe BGB-a o ugovorima sklopljenima izvan poslovnih prostorija trgovca tzv. „reformom modernizacije obveznog prava“ Zakonom od 23.7.2002. BGBl. I 2002, str. 2850.
- 94 Presuda BGH od 9.4.2002. – Az. XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248, ZIP 2002., str. 1075.
- 95 Frings, M., *Verbesserter Verbraucherschutz bei kreditfinanzierten Immobiliengeschäften*, VuR 11/2004., str. 406. Istu argumentaciju imao je i austrijski Vrhovni sud - Oberste Gerichtshof (OGH) u predmetu 9 Ob 41/03z RdW 2004, 50. U konačnici je ipak presudio da se radi o povezanim ugovorima jer je prodavačica bila u stalnom poslovnom odnosu s bankom, što se očitovalo činjenicom da je raspolagala svom kreditnom dokumentacijom i nastupala kao pomoć davatelju kredita prilikom sklapanja ugovora.
- 96 Presuda BGH od 27.1.2004. – Az. XI ZR 37/03, NJW 2004., str. 1376.; presuda BGH od 26.10.2004. – Az. XI ZR 255/03; presuda BGH od 16.5.2006. – Az. XI ZR 6/04, NJW 2006., str. 2101. Ova se sudska praksa nastavila do danas vidi Möllers, T. M. J./Grassl, P., *Zur Europarechtswidrigkeit der Schrottimmobiliien-Rechtsprechung des XI. Senats*, VuR, 2010., str. 3.; Reifner, U., § 15 Verbraucherdarlehensvertrag, u: Derleder, P./Knops, K.-O./Bamberger

presude mijenjaju se i §§ 358. i 359. BGB-a o povezanim ugovorima koji su nakon reforme obveznog prava integrirali § 9. VerbrKrG. S važenjem od 1.11.2002. u § 358. st. 3. BGB-a umetnuta je sljedeća rečenica, koja se odnosi na kredite namijenjene stjecanju vlasništva na nekretnini: „U slučaju financiranog stjecanja vlasništva nad zemljištem ili sličnog prava, gospodarska cjelina postoji ukoliko davatelj kredita sam pribavi zemljište ili slično pravo ili ukoliko povrh raspolaganja kreditom promovira stjecanje vlasništva nad zemljištem ili sličnog prava u suradnji s prodavateljem, tako da prodavateljev interes u cijelosti ili djelomično postaje njegov vlastiti, preuzima funkcije prodavatelja prilikom planiranja, reklame ili provedbe projekta ili jednostrano povlađuje prodavatelju.“ Pirova pobjeda pred ESP-om nije puno značila potrošačima koji su radi neispunjavanja pretpostavki za povezane ugovore u slučaju raskida ugovora o kreditu morali vratiti iznos kredita i kamatu po tržišnim uvjetima, gubili mogućnost otplate kredita u ratama i nadalje bili vezani ugovorom o kupoprodaji nekretnine. Ipak u svojoj kasnijoj sudskoj praksi, koja se odnosila samo na kupnju udjela u nekretninskim fondovima, XI. Građanski odjel BGH-a zauzima stajalište kako jedinstvena gospodarska cjelina postoji „kada ugovor o kreditu nije sklopljen na vlastitu inicijativu potrošača koji samostalno traži banku u svrhu financiranja svojeg ulaganja, već kada je sklopljen na način da opunomoćenik investicijskog poduzeća zainteresiranom klijentu predoči ugovor o kreditu zajedno s potrebnom dokumentacijom o ulaganju...“.⁹⁷ Kod tako povezanih ugovora potrošač je prema mišljenju XI. Građanskog odjela BGH-a u slučaju raskida ugovora o kreditu oslobođen daljnjih obveza.⁹⁸

Usljed opisane sudske prakse BGH-a, Zemaljski sud (Bochum) 2003. godine u slučaju *Schulte* postavlja prethodno pitanje ESP-u odgovara li takva sudska praksa cilju postizanja visokog stupnja zaštite potrošača u smislu čl. 95. st. 3. Ugovora o EZ⁹⁹ i Direktive 85/577/EEZ.¹⁰⁰ ESP odlučuje kako Direktiva 85/577/

H. G. (ur.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. izd., Springer, Heidelberg, 2009., str. 518.

97 BGH, WM 2006., str. 1003.; presuda BGH od 13.1.2009. – XI ZR 118/08; presuda BGH od 10.3.2009. – XI ZR 33/08. II. Građanski odjel BGH-a je već prije u više presuda izbjegao negativne posljedice raskida ugovora o kreditu za potrošača tako što je priznao postojanje povezanih ugovora u slučaju ispunjenja spomenutih pretpostavki. Vidi presudu BGH od 28.6.2004. – Az. II ZR 373/00, NJW 2004., str. 3333. i presudu BGH od 31.1.2005. – Az. II ZR 200/03, BKR 2005., str. 285. Vidi i Franzen, M., *Anlegerschutz beim Immobilienstrukturvertrieb, Überlegungen zur Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Oktober 2005 in das deutsche bürgerliche Recht*, u: Heldrich, A./Prölls, J./Koller I. (ur.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Svezak I, Verlag C.H. Beck, München, 2007., str. 259.

98 Dotle je austrijski OGH čak i kada je priznavao postojanje povezanih ugovora kod slučajeva kreditiranja ulaganja u nekretninske fondove načelno odbacivao mogućnost ostvarivanja prava potrošača naspram davatelja kredita u skladu s § 18. KSchG i § 26c. KSchG ukoliko se kreditna institucija ograničavala na njenu ulogu financiranja, nije utjecala na odluku potrošača i ako se nije prekomjerno uplitala u financirani posao. Vidi presuda OGH od 15.6.1988., 1 Ob 569/88 1; presude OGH iz 1994. godine Ob 599/93 i Ob 508/93.

99 Ugovor o osnivanju Europske zajednice (konsolidirana verzija), Sl. I. C 325 od 24.12.2002.

100 ESP, Slučaj C – 350/03 od 25.10.2005., [2005] ECR I–9215 (*Schulte*). 1992. godine bračnom

EEZ nije u suprotnosti s nacionalnim odredbama koje učinke raskida ugovora o kreditu ograničavaju isključivo na prestanak ugovora o kreditu, čak i kada se radi o financijskom modelu ulaganja u okviru kojeg kredit bez sklapanja ugovora o kupoprodaji nekretnine uopće ne bi bio odobren. Povrh toga u slučaju potrošačeva raskida ugovora o kreditu Direktiva ne zabranjuje nacionalne odredbe koje propisuju ad 1) obvezu vraćanja isplaćenih sredstava davatelju kredita, iako je kredit namijenjen isključivo financiranju kupoprodaje nekretnine te je isplaćen neposredno prodavatelju nekretnine; ad 2) obvezu trenutnog vraćanja iznosa kredita; ad 3) obvezu vraćanja iznosa primljenog po osnovi raskinutog ugovora davatelju kredita, uvećanog za redovne kamate. No, ESP zaključuje kako je bračni par *Schulte* mogao izbjeći izlaganje određenim rizicima vezanima uz ovu vrstu financijskih modela da je pravodobno bio obaviješten o svojem pravu na raskid ugovora, što u ovom konkretnom slučaju nije bio. I u slučaju *Heininger* i u slučaju *Schulte* ESP razlikuje rizik netočne procjene vrijednosti nekretnine u vrijeme sklapanja ugovora, potom rizik netočne procjene iznosa očekivanih primitaka od najamnine i rizik netočne procjene budućeg razvoja vrijednosti nekretnine.¹⁰¹ Stoga je zaključak ESP-a kako države članice moraju osigurati da banka koja ne izvrši svoju obvezu informiranja potrošača snosi posljedice ostvarenja tih rizika kako bi se ispunila obveza zaštite potrošača. Do identičnih zaključaka ESP dolazi u slučaju *Crailsheimer Volksbank*. U tom slučaju Hanzeatski Viši zemaljski sud (Bremen) postavlja prethodno pitanje u svezi s postupkom, koji banka koja je financirala kupoprodaju stanova pokreće protiv četiri kupca, koja su uslijed neuspjelog odvijanja financijskog modela raskinula njihove ugovore o kreditu.¹⁰² Daljnja važna presuda u kojoj se je ESP bavio

paru *Schulte* pristupa posrednik i nagovara ih na sklapanje ugovora o kreditu u visini od 105.000,00 DM radi financiranja kupnje stana, pri čemu je tražbina bila osigurana založnim pravom nad kupljenim stanom. Povrh toga sklopili su i dva ugovora o stambenoj štednji, pri čemu je svaki pokrivaio polovicu iznosa kredita. Bračni par pritom nije primio pismenu obavijest o pravu na raskid ugovora. Budući da bračni par nije ispunjavao obvezu mjesečne otplate rate kredita, banka raskida ugovor o kreditu, te zahtijeva trenutčan povrat iznosa kredita, a za slučaj da nema povrata zahtijeva pokretanje prisilne ovrhe temeljem javnobilježnički ovjerovljene isprave. 2002. godine bračni par se poziva na pravo na raskid ugovora o kreditu temeljem § 1. HWiG i pred Zemaljskim sudom Bochum pokreće postupak protiv prisilne ovrhe. Bračni par *Schulte* tvrdi kako ugovor o kupoprodaji i ugovor o kreditu čine gospodarsku cjelinu, što ih temeljem § 9. st. 2. reč. 4. VerbrKrG obvezuje samo na prijenos vlasničkog prava nad stanom. No, prema stalnoj sudskoj praksi BGH-a § 9. u svezi s § 3. st. 2. VerbrKrG ne primjenjuje se na ugovore o kreditu osigurane založnim pravom na nekretnini. Stoga ugovor o kreditu namijenjen financiranju kupoprodaje nekretnine i ugovor o kupoprodaji nekretnine nije moguće smatrati povezanim poslovima koji čine gospodarsku cjelinu, pa raskid prvog ne utječe na valjanost drugog. Vidi Čikara, E., *Praksa Europskog suda u pravu zaštite potrošača*, HPR, br. 4, 2008., str. 88.

101 ESP, Slučaj C – 350/03 od 25.10.2005., 2005., I–9215 (*Schulte*), para. 52.

102 ESP, Slučaj C-229/04 od 25.10.2005., [2005] ECR I-9273 (*Crailsheimer Volksbank*). U sva četiri slučaja je posrednik u prometu nekretnina posjetio potrošače u njihovu domu u više navrata kako bi im objasnio financijski model, ispunio obrasce s osobnim podacima i podacima o njihovoj platežnoj sposobnosti i ispunio zahtjeve za odobrenje kredita. Vratio bi se nekoliko tjedana kasnije kako bi osobe potpisale ugovore o zajmu. Istovremeno su ugovori o kupoprodaji i opće punomoći bile ovjerene kod javnog bilježnika. Ubrzo nakon što je zgrada

opisanim financijskim proizvodima jest *Hamilton*, a koja se odnosi na sklapanje ugovora o kreditu radi kupnje udjela u nekretninskom fondu.¹⁰³ Odgovarajući na prethodna pitanja koja se odnose na pogriješnu obavijest o pravu na raskid ugovora, ESP u ovom slučaju ne ulazi u pitanje povezanih ugovora o kreditu. U svim proučenim predmetima ESP je svojim presudama u onoj mjeri u kojoj je to moguće pokušao utjecati na njemačku sudsku praksu u vidu zahtjeva za zaštitom potrošača od izlaganja neočekivanim rizicima koji proizlaze iz opisanih modela financiranja kreditom stjecanja vlasništva na nekretnini. No ustaljena njemačka sudska praksa dovela je do ostvarenja glavnih rizika radi sprječavanja kojih su odredbe o jedinstvenoj gospodarskoj cjelini odnosno o povezanim ugovorima o kreditu uopće propisane.

sa stanovima namijenjenima prvenstveno poslovnim ljudima bila izgrađena, nad poduzećima uključenima u njenu prodaju i upravljanje otvara se stečajni postupak. Kao posljedica toga prihodi od ulaganja postaju nedostadni i stanari prestaju otplaćivati kredit. Potom raskidaju ugovore o kreditu, a banka pokreće sudski postupak zahtijevajući u tužbenom zahtjevu plaćanje ostatka duga s kamatama. Iako je u slučaju gospodina Conrads Zemaljski sud (Bremen) usvojio tužbeni zahtjev banke presudom od 4.12.2001., nakon žalbe Hanzeatski Viši zemaljski sud (Bremen) pozivajući se na načela utvrđena sudskom praksom XI. Građanskog odjela BGH-a ustanovljava kako kupoprodaja i financiranje čine jedinstvenu gospodarsku cjelinu i odbija tužbeni zahtjev banke. Banka podnosi BGH zahtjev za revizijom drugostupanjske presude koji ukida presudu Hanzeatskog Višeg zemaljskog suda (Bremen) i vraća mu predmet na ponovno suđenje. U odgovoru na prethodna pitanja ESP o povezanim ugovorima o kreditu dolazi od istih zaključaka kao u predmetu *Schulte*.

- 103 ESP, Slučaj C-412/06 od 10.4.2008., [2008] ECR I-02383 (*Hamilton*). Godine 1992. gđa. Hamilton kod kuće sklapa ugovor o zajmu s bankom u svrhu financiranja stjecanja udjela u nekretninskom fondu. U skladu s VerbrKrG ugovor je sadržavao obavijest o pravu na raskid: „ako je zajmoprimac primio zajam, smatra se da raskid ugovora nije nastupio ukoliko zajmoprimac ne vrati iznos zajma u roku od 2 tjedna od slanja obavijesti o raskidu ili u roku od 2 tjedna od isplate zajma.“ Uslijed otvaranja stečajnoga postupka nad trgovačkim društvom koje upravlja investicijskim fondom dolazi do znatnog smanjenja mjesečnih prihoda iz fonda, kojima se pokriva veći dio kamata iz ugovora o zajmu. Stoga je gđa. Hamilton sklopila ugovor o stambenoj štednji i ugovor o zajmu kojim će otplatiti prvi ugovor o zajmu (refinanciranje kredita) i krajem travnja 1998. godine u potpunosti je otplatila zajam. Temeljem *Heiniger* presude 2002. godine Hamilton raskida ugovor o zajmu, a 2004. godine tuži Volksbank zahtijevajući povrat zajma i plaćene kamate te naknadu kamata iz ugovora o stambenoj štednji, tvrdeći da nije bila ispravno obaviještena o pravu na raskid ugovora. Naime Viši zemaljski sud (Stuttgart) smatra kako ugovor spada pod HWiG, čiji § 2. st. 1. za slučaj da pismena obavijest o pravu na raskid nije dana propisuje prestanak prava protekom mjesec dana od ispunjenja ugovornih obveza u cijelosti od obiju ugovornih strana. Iako nezavisni odvjetnik Poaires Maduro, M. tvrdi da „incorrect information concerning exercise of the right of cancellation is equivalent to no information“, ESP (uopće ne ulazeći u pitanje povezanih ugovora) zaključuje kako Direktiva 85/577/EEZ nije u suprotnosti s nacionalnom odredbom prema kojoj pravo na raskid iz čl. 5. st. 1. Direktive može biti izvršeno ne kasnije od isteka 1. mjeseca nakon što su stranke u potpunosti ispunile obveze iz dugoročnog ugovora o kreditu, a kada je potrošač manjkavo obaviješten o tom pravu.

V. ZAKLJUČAK

Potrošač na tržištu nerijetko ulazi u poslovne transakcije u kojima radi financiranja kupnje određenih proizvoda ili usluga, sklapa ugovor o kreditu koji mu je ponuđen na temelju prethodnog sporazuma prodavatelja ili pružatelja usluge i davatelja kredita. Pritom se izlaže riziku da prodavatelj, odnosno pružatelj usluge ne ispuni ili neuredno ispuni svoju ugovornu obvezu. Prema općim pravilima o ugovornoj odgovornosti potrošač bi morao otplaćivati kredit, iako mu ugovor zbog kojeg je sklopio kredit nije uredno ili nije uopće ispunjen. Preuzimanjem odredbe čl. 11. Direktive 87/102/EEZ u Zakon o zaštiti potrošača u hrvatsko je pravo uveden za potrošača izrazito važan institut povezanih ugovora o kreditu, koji mu daje prava koja mu nisu dostupna prema općim pravilima o ugovornoj odgovornosti. U slučaju neuspješnog ostvarivanja prava naspram prodavatelja ili pružatelja usluge, potrošač svoja prava može ostvarivati naspram davatelja kredita.¹⁰⁴ Iako je čl. 83. ZZP-a u mnogočemu izašao izvan minimalnog stupnja zaštite potrošača kojeg je kod povezanih ugovora o kreditu propisivao čl. 11. Direktive 87/102/EEZ, isto se nije ponovilo prilikom usklađivanja s člankom 15. njezine nasljednice Direktive 2008/48/EZ. Suprotno načelu maksimalne harmonizacije na kojem se Direktiva 2008/48/EZ temelji, a koje zakonodavcu ne dopušta odstupanje od odredaba usklađenih Direktivom 2008/48/EZ,¹⁰⁵ hrvatski zakonodavac u čl. 15. ZPK-a preuzima samo čl. 15. st. 1. Direktive 2008/48/EZ, pritom bitno izmijenivši i sadržaj i značenje spomenute odredbe. Osim toga čl. 15. ZPK-a uopće ne preuzima čl. 15. st. 2. Direktive 2008/48/EZ o supsidijarnoj odgovornosti davatelja kredita radi prodavateljeva neispunjenja ili neurednog ispunjenja glavnog ugovora. Ovaj nedostatak nastao kao rezultat nedostatnog usklađivanja hrvatskog prava s odredbama Direktive 2008/48/EZ nužno je što prije otkloniti odgovarajućom izmjenom čl. 15. ZPK-a. Pritom treba imati u vidu nemogućnost odstupanja od izričaja spomenutih odredaba. Diskrecija zakonodavca postoji jedino glede propisivanja prava potrošača naspram trgovca, glede postupovnih aspekata kao i glede izbora u propisivanju solidarne odgovornosti davatelja kredita i dobavljača proizvoda ili pružatelja usluge. Iako prema saznanjima autorice dosadašnje zakonsko uređenje povezanih ugovora

¹⁰⁴ Kreditor odgovara za sve povrede glavnog ugovora izvršene od prodavatelja (zakašnjenje, neispunjenje, postojanje materijalnih ili pravnih nedostataka na stvari). Tako Petrić, S., *Ugovor o potrošačkom kreditu*, u: Slakoper, Z. (ur.), *Bankovni i financijski ugovori*, Zagreb, Pravni fakultet Rijeka, 2007., str. 562, bilj. 108.

¹⁰⁵ Vidi njemački Zakon o preuzimanju Direktive o ugovorima o potrošačkom kreditu, građanskopravnog dijela Direktive o uslugama platnog prometa na unutarnjem tržištu, kao i o novom uređenju propisa o pravu na raskid i pravu na povrat primljenog od 29.7.2009., BGBl. I 2009., br. 49., str. 2357. i austrijski Savezni zakon o izmjenama Općeg građanskog zakonika, usvajanju Saveznog zakona o ugovorima o potrošačkom kreditu i drugim oblicima kreditiranja potrošača (Verbraucherkreditgesetz – VKrG), kao i izmjenama Zakona o zaštiti potrošača, Zakona o bankama, Zakona o nadzoru osiguranja, Zakona o nadzoru vrijednosnih papira 2007., Zakona o investicijskim fondovima, Zakona o platnom prometu, Uredbe o obrtu 1994. i Zakona o posrednicima (Darlehens- und Kreditrechts-Änderungsgesetz – DaKRÄG) BGBl. I 2010., br. 28, str. 9.

o kreditu nije dovelo do problema u hrvatskoj praksi, čini se kako je to posljedica njegovog nepoznavanja od ugovornih strana. Na primjeru njemačke sudske prakse i prakse ESP-a opisani financijski modeli ukazuju na važnost u radu proučavanih odredaba kao i na mnogobrojna pitanja koja se u svezi s povezanim ugovorima o kreditu otvaraju. Stajalište je njemačke pravne doktrine kako bi ustaljena sudska praksa BGH-a, koja odbija primjenjivati odredbe o povezanim ugovorima na kreditiranje kupoprodaje nekretnina, radi preuzimanja odredaba Direktive 2008/48/EZ ubrzo mogla promijeniti smjer.¹⁰⁶ Stoga, da bi proučavana rješenja mogla poslužiti kao uzor hrvatskoj sudskoj praksi, potrebno je izmijeniti važeće odredbe ZPK-a o povezanim ugovorima o kreditu ispravnim preuzimanjem odredaba Direktive 2008/48/EZ.

¹⁰⁶ Novopropisani § 359a. BGB u st. 1. propisuje da će se u slučaju da pretpostavke za povezane ugovore o kreditu nisu ispunjene, primjenjivati § 358. st. 1. (pravo na raskid) i 4. (oslobođenje od troškova i kamata) na odgovarajući način, ako je roba ili usluga trgovca koja je predmet raskinutog ugovora točno navedena u ugovoru o potrošačkom zajmu. *Bergmann* smatra kako se odredba može primjeniti i na ugovore o kreditu namijenjene stjecanju vlasništva na nekretnini, jer bi u suprotnom ova vrsta povezanih ugovora bila izričito isključena, te kako se na njih analogijom može primjeniti i § 358. st. 2. BGB-a. Vidi *Bergmann, A., Die reziproke Anwendung des künftigen § 359a Abs. 1 BGB und der finanzierte Immobilienkauf, BKR, 2010., str. 192.*

Summary

ASSOCIATED CREDIT AGREEMENTS

A consumer in the market frequently enters into business transactions stipulating the credit agreement granted for acquisition of certain goods or services which was offered to him according to a previous agreement between the supplier of goods or services and the grantor of the credit. In such cases, he exposes himself to the risk of supplier's non-performance or defective performance of the contractual obligation. According to the general rules of contractual responsibility, the consumer shall have to repay a credit by instalments although the contract, because of which he stipulated a credit agreement, is defectively performed or non-performed at all. Nevertheless, after the implementation of the Article 11 of the Directive 87/102/EEC into the Consumer Protection Act, a very important institute for consumers has been introduced into Croatian law, the institute of associated credit agreements. The institute entitles the consumer with rights which are not given to him according to general rules on contractual responsibility. In case of an unsuccessful exercise of the rights in regards to the supplier of goods or services, the consumer may exercise his rights against the grantor of the credit. Although the Article 83 of the Consumer Protection Act has stepped out from the minimum level of consumer protection in lots of diverse elements, which was prescribed by the Article 11 of the Directive 87/102/EEC with respect to associated credit agreements, the same approach was not applied when provisions were adjusted to conform to the Article 15 of the repealing Directive 2008/48/EC. Contrary to the principle of maximum harmonisation which was a basis for the Directive 2008/48/EC, Croatian legislator has implemented the above mentioned provision with considerable insufficiency totally revising its content and meaning. Therefore, the author in the article points at urgent need to amend the Article 15 of the Consumer Credit Code governing the associate credit agreements with the aim to harmonise it with the Directive 2008/48/EC and to increase level of consumer protection. In conclusive remarks the author presents examples of German case law and European Court of Justice practice and emphasizes the importance of provisions governing the associated credit contracts and frequent issues arising in practice.

Key words: *associated credit agreements, Consumer Credit Code, Consumer Protection Act, Directive 87/102/EEC, Directive 2008/48/EC, consumer credit, consumer loan, consumer protection.*

Zusammenfassung

VERBUNDENE KREDITVERTRÄGE

Es ist nicht selten, dass der Verbraucher zum Kauf der Ware oder Dienstleistung einen Kreditvertrag schließt, welcher ihm auf Grund vorheriger Vereinbarung mit dem Verkäufer oder Dienstleister und Kreditgeber angeboten wurde. Dabei geht der Verbraucher das Risiko ein, dass der Verkäufer, bzw. der Dienstleister seine Vertragspflicht nicht erfüllen wird, oder nicht ordnungsgemäß erfüllen wird. Nach allgemeinen Regeln zur Vertragshaftung müsste der Verbraucher den Kredit abzahlen, auch im Fall dass der Vertrag für den er den Kreditvertrag geschlossen hat, nicht erfüllt wird oder nicht ordnungsgemäß erfüllt wird. Mit der Umsetzung der Bestimmung aus Artikel 11. der Richtlinie 87/102/EWG in das Verbraucherschutzgesetz ist das Institut der verbundenen Kreditverträge in das kroatische Recht eingeführt worden. Dieses Institut erteilt dem Verbraucher Rechte, auf die er nach den allgemeinen Regeln über die Vertragshaftung keinen Anspruch hätte. Falls der Verbraucher seine Rechte dem Verkäufer oder Dienstleister gegenüber nicht geltend machen kann, kann er sie in Bezug auf den Kreditgeber in Anspruch nehmen. Obwohl Artikel 83. des Verbraucherschutzgesetzes in vieler Hinsicht über den minimalen Verbraucherschutz im Sinne vom Artikel 11. über die verbundenen Kreditverträge der Richtlinie 87/102/EWG hinausgeht, war das nicht der Fall bei der Harmonisierung mit Artikel 15. der nachfolgenden Richtlinie 2008/48/EG. Im Gegensatz zum Prinzip der maximalen Harmonisierung, das der Richtlinie 2008/48/EG zugrunde liegt, übernahm der kroatische Gesetzgeber die genannte Bestimmung fehlerhaft in das Gesetz über die Verbraucherkreditierung, indem er den Inhalt und die Bedeutung dieser Bestimmung im Ganzen geändert hat. Die Autorin betont die dringend nötige Änderung des Artikels 15. des Gesetzes über die Verbraucherkreditierung zum Zweck der Harmonisierung sowohl mit den Bestimmungen der Richtlinie 2008/48/EG, als auch mit der höheren Ebene des Verbraucherschutzes. Am Beispiel der Rechtsprechung der deutschen Gerichte und des Gerichtshof weist sie auf die Tragweite der Bestimmungen über verbundene Kreditverträge und auf die üblichen Probleme in der Praxis hin.

Schlüsselwörter: *verbundene Kreditverträge, Gesetz über die Verbraucherkreditierung, Verbraucherschutzgesetz, Richtlinie 87/102/EWG, Richtlinie 2008/48/EWG, Verbraucherkredit, Verbraucherdarlehen, Verbraucherschutz.*

Riassunto

CONTRATTI DI CREDITO COLLEGATI

Frequentemente nel mercato avviene che il consumatore prenda parte a transazioni che, al fine di ottenere un finanziamento all'acquisto di determinati beni o servizi, lo conducono a stipulare un contratto di credito, la conclusione del quale gli viene proposta in forza di un precedente accordo intercorrente tra il venditore di beni o prestatore di servizi ed il soggetto che offre il finanziamento.

In questo modo costui si espone al rischio che il venditore di beni o il prestatore di servizi non adempia o provveda ad un inesatto adempimento della sua obbligazione contrattuale. Secondo le generali regole sulla responsabilità contrattuale il consumatore sarebbe tenuto al pagamento del finanziamento, ancorché il contratto per il quale ha stipulato il contratto di credito non sia stato adempiuto o vi sia stato un inesatto adempimento. Attraverso il recepimento della disposizione dell'art. 11 della Direttiva 87/102/CEE nella legge sulla tutela del consumatore, è stato introdotto nel diritto croato l'importante istituto dei contratti di credito collegati, che prevede a suo favore del consumatore diritti di cui non potrebbe avvalersi in forza della disciplina della responsabilità contrattuale. Nel caso di mancata realizzazione dei diritti nei confronti del venditore o prestatore di servizi, il consumatore può realizzare i suoi diritti nei confronti di chi dà il finanziamento. Sebbene l'art. 83 della legge sulla tutela del consumatore ha considerevolmente superato il grado di protezione minima dettato con riguardo ai contratti collegati di credito dall'art. 11 della Direttiva 87/102/CEE, un tanto non s'è ripetuto in occasione del recepimento dell'art. 15 della Direttiva 2008/48/CE che è andata a sostituire la precedente normativa. Contrariamente al principio di armonizzazione massima sul quale si fonda la Direttiva 2008/48/CE, il legislatore croato nel recepire nella legge sul credito al consumo la menzionata disposizione dà un'attuazione lacunosa della norma, cambiandone contenuto e significato. Pertanto l'autore nel lavoro sottolinea l'urgente necessità di modifica dell'arti. 15 della legge sul credito al consumo, che regola i contratti di credito collegati al fine di uniformare la disciplina con le disposizioni della Direttiva 2008/48/CE, come pure per alzare il grado di tutela del consumatore. Da ultimo, l'autore, prendendo spunto della prassi giurisprudenziale tedesca e comunitaria, rileva l'importanza che rivestono le disposizioni in materia di contratti di credito collegati, come anche ai frequenti problemi che si manifestano nella pratica.

Parole chiave: *contratti di credito collegati, Legge sul credito al consumo, Legge sulla tutela del consumatore, Direttiva 87/102/CEE, Direttiva 2008/48/CE, credito al consumo, finanziamento al consumo, tutela del consumatore.*

GRADILIŠNA RENTA

Dr. sc. Milovan Jovanović, redoviti profesor
Ivo Eškinja, dipl. iur./univ.spec.oec., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 332.68
Ur.: 2. prosinca 2010.
Pr.: 1. veljače 2011.
Prethodno priopćenje

Sažetak

Rente su i dohoci od korištenja prirodnih resursa koje njihovi vlasnici prisvajaju ako se isti gospodarski iskorištavaju. To se odnosi na korištenje zemljišta kao resursa prilikom gradnje i gospodarskog korištenja kapaciteta izgrađenih na njemu.

U tom kontekstu pojavljuju se i tri različite ekonomske kategorije kao: gradilišna, građevinska i gradska renta.

Sama problematika navedenih renti vezana je uz njihovo nastajanje i prisvajanje, a potom i oporezivanje. Teoretsko i praktično promatranje problema tako nastalih renti sveobuhvatnije se tretira od početka XX. stoljeća. Zbog toga se i veliki broj znanstvenika počinje baviti tom problematikom, nudeći svoja zajednička, ali i osobna viđenja tretiranog problema. Ipak, temeljno pitanje kako izračunati visinu rente ostajalo je samo u pokušajima i nije dobiven konačan odgovor. Također nije odgovoreno tko će prisvojiti koju rentu i kako će se ona oporezivati.

U samom radu ponuđeni su načini izračunavanja visine gradilišne rente i gradske rente, kao i osobe koja ima pravo na njihovo prisvajanje te način oporezivanja svake od vrsta renti.

Čitav model zasnovan je na cijeni zemljišta koja postaje temeljni parametar za izračunavanje visine rente uz primjenu odgovarajućih kamatnih stopa.

Također je utvrđeno da građevinska renta ne postoji jer građevinar kao izvođač radova gradnje određenih objekata ne može ostvariti rentu. Rentu tijekom vremena eksploatacije objekta može ostvariti investitor, a prisvojiti vlasnik zemljišta.

Ključne riječi: *gradilišna renta, gradska renta, cijena zemljišta, kamatna stopa, gradilišno zemljište, poslovni prostor, stambeni prostor.*

I. UVOD

Iako je prvotna namjera ovog rada bila obraditi problem nastanka i naplate gradske rente, tijekom istraživanja zadane problematike ispostavilo se da se njezin temelj ipak nalazi u gradilišnoj renti.

Istraživanjem građevinske rente došlo se do spoznaje, da ona kao takva ne postoji, već se javlja u obliku gradilišne rente. Zbog toga se i kod istraživanja i analize te donošenja zaključka usmjerava upravo u tom pravcu, da bi se u zadnjem dijelu analizirala gradska renta kao posebnost gradilišne rente u urbanoj cjelini.

Kako se problem gradilišnih renti u literaturi već duži vremenski period znanstveno i stručno obrađuje, iznjedrila se potreba da se na jednom mjestu, u relativno kratkom radu navedu najznačajniji autori i njihovi radovi kako bi potencijalnim budućim interesentima na jednom mjestu bili dostupni. Zbog toga i početak razmatranja tih renti daje prikaz značajnijih autora i njihovih pristupa problemima gradilišne, građevinske i gradske rente.

Dok su strani autori već od početka, prihvaćajući zakonitosti tržišta, uočavali temeljni problem zakonitosti ponude i potražnje za zemljištem te njenog izvorišta za određivanje cijena zemljišta, a time i same rente, u uvjetima socijalističkog društva i državnog ili društvenog vlasništva problem rente poprima i svoje zasebne osobitosti, posebno prilikom njihovog prisvajanja i oporezivanja.

Polazeći od temeljne postavke da je renta dohodak od vlasništva nad prirodnim resursom te da pripada uvijek njihovom vlasniku, onda i sve rente koje se ostvaruju na zemljištu pripadaju vlasniku zemljišta. Vlasništvo nad zemljištem osnova je za prisvajanje rente.

Kako se u problematici građenja na zemljištu i gospodarskim iskorištavanjem izgrađenih objekata pojavljuju određeni oblici rente, tako se u literaturi pojavljuju i različiti nazivi za rente koje u tom slučaju nastaju. Tako se govori o građevinskoj, gradilišnoj i gradskoj renti.

U samom radu nastoji se posebno obraditi svaka od navedenih ekonomskih kategorija, pravo na njeno prisvajanje, načini izračunavanja visine rente te oporezivanje.

Kako se i navedene rente, javljaju u svim svojim pojavnim oblicima zemljišnih renti (apsolutne, diferencijalne i monopolne) prilikom analize nije se ulazilo u detalje čimbenika koji određuju cijenu zemljišta kao osnovice za izračunavanje visine rente, već je to prepušteno slobodnoj ocjeni kupca ili procjeni njene cijene s osnove njegove očekivane dobiti.

Kako sva dosadašnja dostupna istraživanja navedene problematike s ciljem određivanja visine rente nisu dala odgovor, namjera ovog rada je da se to konačno i ostvari.

1. RENTA-DOHODAK OD VLASNIŠTVA NAD ZEMLJIŠTEM

Sama kategorija rente u ekonomsko-pravnoj teoriji i praksi različito se tumačila i upotrebljavala. Sama riječ javlja se već u 12. stoljeću. Tako već starolatinski poznaje *reditus* (dohodak) *et in reditu* (ono što puno donosi) i *renumero* (isplatiti). U latinskom ona glasi *reddita* (vratiti, vraćati); *renta* (položiti) na španjolskom, *renta* (renta), na francuskom, *renda* (dati) na portugalskom, *rendita* (davati) na talijanskom, *the rent* (davati zakupom na korištenje) na engleskom i *die rente* (realna dobit od uloženog novca) na njemačkom.

U hrvatskom jeziku renta je označena kao “1. redovni dohodak što ga pravna ili fizička osoba prima bez poduzetničkog djelovanja na temelju nasljeđa ili vlasništva nad nekretninama, 2. prihod koji se u obliku dividende isplaćuje za kapital uložen u dioničko društvo.”¹

Pod rentom se podrazumijeva “dohodak koji u naravi ili novcu stječe određena osoba (rentijer) bez vlastitog rada ili poduzetničkog djelovanja, već jednostavno na temelju ispunjenih uplata, nasljeđem ili vlasništvom nad nekretninama”^{2,3}

2. RENTE U EKONOMSKOJ TEORIJI

Poseban oblik renti predstavljaju, tzv. zemljišne rente, kao oblik naplate za korištenje zemljišnog vlasništva.

Već prvi značajniji radovi, koji tretiraju zemljišne rente, javljaju se u ranom kapitalizmu, iako je naplata zemljišnih renti poznata već i ranije, pa čak i u antici.

Tako o renti raspravlja već W. Petty koji govori o načinu nastanka rente. Uočava da će na visinu rente utjecati plodnost tla te njegov položaj. F. Quesnay opravdava prisvajanje “čistog proizvoda” od vlasnika zemlje pravom vlasništva. R. J. Turgot uočava da je cijena zemlje kapitalizirana zemljišna renta.

Teoretičari klasične političke ekonomije puno kompleksnije pristupaju problemu zemljišne rente.

Tako Adam Smith zbog različitih verzija svoje teorije vrijednosti daje i više suprotnih tumačenja renti. Kako rentu nije mogao objasniti u okviru radne teorije vrijednosti, definira je kao prirodnu nagradu koju dobiva vlasnik za zakup zemljišta.

David Ricardo smatra se osnivačem teorije renti, temeljem svojih istraživanja raspodjele društvenog proizvoda. On uočava da se društveni proizvod u poljoprivredi raspodjeljuje temeljem rada, strojeva i kapitala na zemlji i to na tri društvene klase; vlasnike radne snage, vlasnike kapitala i vlasnike zemlje, tj. na najamnine, profite i rente.

1 Anić, V., Goldstein, I., Rječnik stranih riječi, Novi liber, Zagreb, 2004., str. 1111.

2 Dragičević, A., Ekonomski leksikon, Informator, Zagreb, 1991., str. 683.

3 Ekonomski leksikon, gl. ur. Baletić, Z., Leksikografski zavod “Miroslav Krleža” i Masmedia, Zagreb, 1995., str. 784.

Kao osnivač moderne teorije rente smatra se J. Anderson. Njegova proučavanja imala su praktičnu primjenu. On svoja praktična promatranja zasniva na odnosima koji vladaju na tržištu. To posebno dolazi do izražaja uočavanjem diferencijalne rente koja nastaje zbog različite kvalitete zemljišta.

S. J. C. S de Sismondom završava klasična francuska politička ekonomija. Tako on uočava da "iako radnik svojim radom proizvodi mnogo više nego što iznosi njegov dnevni trošak, posle deobe za zemljoposjednikom i kapitalistom njemu retko kada ostane nešto više od onoga što mu je neophodno potrebno."⁴

U djelu "Tečaj političke ekonomije" J. B. Say, razlikuje tri faktora proizvodnje i to rad, kapital i zemlju, pa na temelju toga uočava i dohotke; najamninu, profit i rentu.

Kao zaštitnik zemljišne aristokracije u uvjetima kapitalističkog načina proizvodnje javlja se T. Malthus. Problemom renti Malthus se bavi u svom djelu "Ispitivanje prirode i kretanja rente".

Problemom odnosa profita i rente bavi se i James Mill. On je smatrao da profitna stopa u poljoprivredi regulira ostale profite. Takvo njegovo stajalište podvrgnuto je kritici jer u stvarnosti situacija je obrnuta. Industrijski profit je taj koji regulira onaj u poljoprivredi. J. Mill bavi se i porezima, pa se zalagao za visoko oporezivanje renti, koje je skoro dovelo do nacionalizacije zemlje.

J. McCulloch prihvaća ranije teorije o renti, posebno Ricardovu, ali je vulgarizira. Smatra da je zemlja prirodna snaga kojom raspolaže određeni broj individua. Tako objašnjava rentu prirodnom snagom rada zemlje.

Svoju teoriju rente John S. Mill zasniva na monopolu vlasništva nad zemljom. Najneplodnije zemljište ne daje rentu. "Zemljišna renta predstavlja višak prinosa iznad prinosa najneplodnije zemlje koja se obrađuje ili kapitala koji je uložen u najnepovoljnijim uvjetima."⁵

R. Jones proučava rentne oblike do kapitalizma i u kapitalizmu. Uočava da proizvedeni višak vrijednosti mogu prisvajati i klase koje ne sudjeluju u njegovom stvaranju. Također uočava da se renta sastoji iz viška profita.⁶ Razlikuje i čimbenike koji uvjetuju povećanje zemljišne rente kao što su: povećanje proizvodnje zbog povećanja akumulacije kapitala u poljoprivredi, efikasnija primjena uloženog kapitala i smanjenje učešća proizvodnih klasa u odnosu na dio zemljovlasnika.

Rani socijalisti (T. More i dr.) u svojim se radovima zalažu za ukidanje privatnog vlasništva nad zemljom te raspodjelu prema potrebama.

Socijalisti-utopisti (Saint-Simon, Fourier, Owen) kritiziraju kapitalistički način proizvodnje suprotstavljajući mu socijalizam kao alternativu. Zalažu se za ukidanje bezradnih dohodaka (profita, kamata i renta). Isto gledište zastupa i francuski socijalist P. J. Proudhon.

Za ukidanje bezradnih dohodaka, profita, kamate i rente, zalažu se i socijalist-rikardovci (Ravenstone, Hodgskin, Thompson, Gray i Bray).

4 Marx, K., Teorije o višku vrijednosti, Dela, tom 24, Prosveta, Beograd, 1972, str. 117.

5 Mill, J. S., Principles of Political Economy, Boston, 1848., str. 427.

6 Roll, E., Povijest ekonomske misli, Kultura, Zagreb, 1956., str. 247.

Problemu rente posebno se posvetio Karl Marx u svom radu "Teorije o višku vrijednosti" i u "Kapitalu". Istraživanju rente kao dohotka od vlasništva nad zemljištem pristupa nakon analize profita, poduzetničke dobiti, trgovačkog kapitala, kamata i dividenda, odnosno dohodaka koji proizlaze iz vlasništva nad kapitalom. On promatra rentu kao suvišak viška vrijednosti iznad prosječnoga profita.

Iako je Marx za analizu rente koristio isključivo poljoprivredno zemljište, njegove pretpostavke mogu se primijeniti i na sve ostale oblike renti prilikom korištenja prirodnih resursa, pa tako i samog zemljišta.

Prvo, u analizu su uključeni zemljovlasnik kapitalist (vlasnik zemlje ili zakupac) i najamni radnici. Drugo, u ovom je slučaju ograničio djelovanje opće konkurencije prilikom formiranja cijene. Treće, kretanje kapitala u tom slučaju je moguće samo uz prethodno plaćanje rente zemljovlasniku. Četvrto, zadržavanje čistih uvjeta kapitalističke proizvodnje. Peto, zemlja je nehomogen ekonomski čimbenik koja kao prirodni faktor predstavlja ograničeni prirodni resurs. Zbog toga rentu određuju u svakom pojedinačnom slučaju dva kriterija i to opći po kojem renta predstavlja cijenu za korištenje zemlje bez obzira na njezina svojstva, a drugi je diferencijalni i uvjetovan je položajem i uporabom zemljišta različitih kvaliteta. Šesto, zemljišna renta je čisti oblik rente i iz nje se izvode drugi rentni oblici. Sedmo, kategorija rente odvojena je od kategorije zakupnine jer zakupnina u sebi sadrži cijenu za sve u i na zemlji uložene kapitale i kapitalna dobra.⁷

Prilikom analize rente kao suviška viška vrijednosti treba voditi računa o dugoročnosti pojave ekstra profita kao suviška viška vrijednosti, a koji nastaje zbog povećane produktivnosti rada, a koja je uvjetovana proizvodnim iskustvom i znanjem neposrednih proizvođača, sredstvima za proizvodnju i njihovom razvijenošću, prirodnim uvjetima, rezultatima znanosti i njihovom primjenjivošću, organizacijom radnoga procesa i samoga rada, uvjetima života i rada ljudi.⁸ Sve to omogućava da vlasnik kapitala prisvaja ekstra profit zbog svojih aktivnosti, dok će rentu prisvajati zemljovlasnik isključivo temeljem vlasništva nad prirodnim resursom.

Marx istražuje različite metode i specifične izvore nastanka pojedinih oblika renti. Tako razlikuje diferencijalnu rentu I, diferencijalnu rentu II, apsolutnu rentu i monopolsku rentu, kao i određivanje cijene zemljišta.

Engelsov doprinos razvoju teorije rente posebno je značajan prilikom izučavanja problematike gradske rente, i što je posebno obrađeno u njegovom radu "O stambenom pitanju"⁹. Engelsovo razmatranje gradske rente bit će detaljnije analizirano u nastavku ovog rada, u poglavljima koja se odnose na samu gradilišnu i gradsku rentu.

Lenjinov doprinos pojavnosti renta vezan je uz poljoprivredu te ju razmatra u radu "Agrarno pitanje i Marxovi kritičari" Smatra da kapitalistički način

7 Vidi detaljnije u Maksimović, I., *Politička ekonomija, Suвременa administracija*, Beograd, 1979., str. 530-533.

8 Jovanović, M., *Polis, oikos, nomos*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2004., str. 90-93.

9 Engels, F., *O stambenom pitanju*, Dela, tom 29, Prosveta, Beograd, 1979.

produktivnije uvjetuje pojavu rente koja je po njemu "dio viška vrijednosti koji ostaje pošto se oduzme poduzetnička dobit."¹⁰ Smatra da u kapitalizmu zbog privatnog vlasništva nad zemljom i porasta produktivnosti rada dolazi do porasta renti. Tako su rasli prihodi zemljovlasnika po osnovi diferencijalnih i apsolutne rente pa se stalno povećavala i cijena zemljišta.

3. TEORIJA RENTE KOD HRVATSKIH GRAĐANSKIH EKONOMISTA

Hrvatski građanski ekonomisti značajnu su pozornost posvetili Ricardovoj teoriji vrijednosti, rente i najamnine. Tako je Blaž Lorković u svojim "Počelima političke ekonomije" detaljno obradio upravo Ricardovu teoriju rente.¹¹

Ricardovoj teoriji rente ozbiljnije se posvetio i Fran Milobar tvrdeći da sve što smanjuje vrijednost proizvoda, smanjuje i vrijednost rente, a što uvećava vrijednost, povećava i rentu te smatra da na visinu rente utječe i broj stanovnika. Za njega je renta isključivo rezultat zemljišnoga nastajanja, a pravo prisvajanja privatno vlasništvo.¹²

Branislav Dimitrijević u svojoj habilitaciji, koju je obranio na Pravoslavnom i državoslovnom fakultetu u Zagrebu, posvećuje posebnu pozornost Ricardovoj teoriji vrijednosti i brani je od dosadašnjih kritika. On Ricardovu teoriju rente promatra kao produžetak njegove teorije vrijednosti i nalazi da naseljavanje nema nikakvih dodirnih točaka s biti Ricardove teorije rente.

Također Vasilije Belošević¹³ posvećuje značajnu pozornost Ricardovoj teoriji vrijednosti i raspodjele te zagovara teoriju rente na čiju visinu ne utječe redosljed obrađivanja parcele.

Stanko Deželić¹⁴, proučava sve važnije Ricardove teorije. On čini razliku između Smithove i Ricardove teorije rente, što za prvog rentu omogućava svako, a za drugog samo kvalitetnije zemljište.

Djuro Račić¹⁵ obrađujući problematiku poreza vezanu uz Ricardovu teoriju vrijednosti tretira sve oblike dohodaka, pa tako i rentu koju podvrgava opozivanju.

Mijo Mirković¹⁶ promatra Ricarda kao kapitalistu te s te osnove tumači njegovo poimanje rente da ona bude što manja. Piše o vezi između rente i profita, rudničkoj renti, zakonu opadajućih prinosa i dr.

10 Lenjin, V. I., *Dela*, tom 3, Institut za međunarodni radnički pokret, Beograd, 1973., str. 139.

11 Lorković, B., *Počela političke ekonomije*, Matica hrvatske, Zagreb, 1889.

12 Milobar, F., *Izabrana poglavlja iz narodnog gospodarstva (Političke ekonomije)*, Matica hrvatska, Zagreb, 1907.

13 Belošević, V., *Poglavlja iz političke ekonomije*, skripta, Zagreb, 1925.

14 Deželić, S., *Politička ekonomija*, monografija, Zagreb, 1923.

15 Račić, Dj., *Financijska znanost*, Kultura, Zagreb, 1922.

16 Mirković, M., *Problem vrijednosti u teoretskoj ekonomiji*, Ekonomist, Zagreb, 1938.

4. HRVATSKI TEORETIČARI RENTE U DOBA SOCIJALIZMA

Razdoblje socijalizma u Hrvatskoj prolazilo je kroz dvije faze, i to državnog i samoupravnog socijalizma. Prirodni resursi mogli su se promatrati s vlasničkih pozicija kao državni, društveni ili privatni. Tako je i samo zemljište imalo pravno isti status, s time da je privatno zemljište zakonom bilo ograničeno.

Polazeći od Marxove tvrdnje da se zemljišna renta u potpunosti počela iskazivati tek u kapitalizmu, postavljalo se pitanje što se sa zemljišnim rentama događa u socijalizmu gdje je zemljište u državnom ili pogotovo u društvenom vlasništvu. Sve je to ukazivalo na enigmu nastaje li renta zbog privatnog vlasništva nad prirodnim dobrom ili se ona s tog naslova samo prisvaja.

Upravo na razdjelnici prelaska iz državnog socijalizma u samoupravni socijalizam Vladimir Bakarić¹⁷ obrađuje probleme zemljišnih renti u socijalizmu i zaključuje da i dalje postoje diferencijalne rente I i II te apsolutna renta. Nakon toga tumačenja u teorijskoj obradi zemljišnih renti u poljoprivredi više nije bilo daljnjih tumačenja. Problematika zemljišnih renti jedino se obrađivala u udžbenicima političke ekonomije (I. Vrančić, R. Lang, J. Deželjin, A. Dragičević, I. Bilić, M. Jovanović i dr.).

Ostali se autori više usmjeravaju problemima rente u određenim granama gospodarstva. Tako Branko Horvat¹⁸ obrađuje rentu u uvjetima planskog gospodarstva. Dušan Jagodić¹⁹ bavi se problemom gradske rente. Rentom u morskom ribarstvu bavi se Milovan Jovanović²⁰ gdje raspravlja sa sovjetskim autorom V. A. Murinom koji smatra da u morskom ribarstvu nema renti što mu je Jovanović osporavao. M. Jovanović²¹ objašnjava i pojavu rente na pomorskom dobru i pravo na naplatu rente i njezino ulaganje u poboljšanje kvalitete samoga pomorskoga dobra. Metodologijom uvođenja i zahvaćanja gradske rente bavi se Mladen Montana²². Gradskom rentom bavi se i još određeni broj autora koji će biti obrađeni u dijelu rada koji se odnosi na tu problematiku.

Također pojedini autori ulaze u izučavanje rudničke i šumske rente, no njih se u ovom radu neće obrađivati.

5. GRADILIŠNA RENTA

Da bi se moglo raspravljati o bilo kojem pojavnom obliku i naplatnom obliku rente, treba ju prethodno definirati. Renta predstavlja dohodak kojega ostvaruje vlasnik prirodnog resursa (u ovom slučaju gradilišnog zemljišta) s osnova

17 Bakarić, V., *Problemi zemljišne rente u prelaznoj etapi*, Kultura, Zagreb, 1950.

18 Horvat, B., *Renta kao element cena planske privrede*, Ekonomist, br. 4, Beograd, 1959.

19 Jagodić, D., *Problem gradske rente u Rijeci*, Ekonomski institut, Rijeka, 1967.

20 Jovanović, M., *Rente u morskom ribarstvu*, Ekonomski fakultet, Rijeka, 1968.

21 Jovanović, M., *Renta na pomorskom dobru*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1997.

22 Montana, M., *Metodološki pristup uvođenju i zahvaćanju gradske rente u Rijeci*, Komuna br. 3, 1973.

gospodarskog korištenja tog dobra u određenom vremenskom razdoblju. Rentu uvijek prisvaja vlasnik zemljišta, a ostvaruje ju sam vlasnik ako aktivno iskorištava to zemljište ili objekte izgrađene na njemu (diferencijalna renta II). Ukoliko se zemlja daje u zakup, rentu mora ostvariti zakupac svojom gospodarskom aktivnošću, ali je prisvaja zemljovlasnik temeljem ugovora o zakupu.

Sama gradnja kao građevinska djelatnost nije visoko profitabilna. Zarade se kreću oko 3-5% profitabilnosti. Ali zato je ‘njegova glavna dobit u dizanju zemljišne rente, izboru i korištenju građevinskog terena.’²³ Prema tome za ostvarivanje gradilišne rente temelj je izbor terena (lokacije), a time i cijene zemljišta. To znači da će cijena zemljišta ovisiti o moguće ostvarenoj zemljišnoj renti, odnosno kapitaliziranju te rente.

Zbog stalnoga porasta broja stanovništva potražnja za gradilišnim zemljištem stalno raste, bilo da se radi o izgradnji proizvodnih kapaciteta, infrastrukturnih objekata, gradova, naselja, rekreacijskih i sportskih objekata i sl. Sve to ukazuje na činjenicu da će se graditi sve više i da će potražnja za gradilišnim zemljištem sve više rasti.

To znači da će u interesnu sferu graditelja ulaziti sve udaljenija i po kvaliteti lošija zemljišta koja će zahtijevati dodatna ulaganja u njihovo prilagođavanje potrebama gradnje. U prvom redu to se odnosi na infrastrukturna ulaganja.

Potrebno je napomenuti da će samo građevinska aktivnost potaknuti i pojavu drugih vrsta renti, kao što su rudnička (korištenje kamena, vadenje pijeska te sirovina za izradu cigle i cementa) te šumska renta (izrada potrebnog građevinskog materijala i stolarije).

Prilikom investiranja izuzetno je značajno koje se vrste objekata nastoji graditi na pojedinom zemljištu. U tom kontekstu treba razlikovati izgradnju proizvodnih kapaciteta (razne vrste tvornica, uslužne djelatnosti, trgovački centri, skladišta, turističko-ugostiteljski kapaciteti i sl.), od neproizvodnih djelatnosti kao što su bolnice, škole, fakulteti, dječji vrtići, sportski i rekreacijski centri i slično te izgradnju infrastrukture (ceste, pruge, luke, aerodromi, vodovodi, plinovodi, dalekovodi).

U čitavom tom postupku posebno mjesto zauzima izgradnja stambeno-poslovnih centara (gradova) te ostalih naselja.

Za sve navedeno, a i druge nespomenute objekte prilikom njihove izgradnje potrebno je koristiti odgovarajuće zemljište, a to zemljište ima svog vlasnika koji ga može sam koristiti, prodati ili dati drugome na korištenje (zakup) s ciljem ostvarivanja rente. I svako korištenje zemljišta za izgradnju bilo kakvog objekta koji se komercijalno koristi, mora njegovom vlasniku osigurati gradilišnu rentu, bilo da se radi o izgradnji novih objekata ili korištenju već postojećih.

Sve navedeno iziskuje formiranje odgovarajućih gradilišnih zemljišta, unaprijed određenih odgovarajućoj namjeni. Za to je potrebno izraditi dugoročne urbanističke planove i predvidjeti namjenu odgovarajućeg gradilišnog zemljišta. Tako dolazi i do postupaka prenamjene postojećih zemljišta te promjene u njihovoj

23 Marx, K., Kapital, II tom Dela, tom 22, Prosveta, Beograd, 1977., str. 200.

cijeni zbog očekivane visine rente koju vlasnici zemljišta sada mogu ostvarivati.

Na odabir adekvatnog gradilišnog zemljišta (lokacije) za izgradnju pojedinih gospodarskih subjekata utječe čitav niz čimbenika (lokacija zemljišta, adekvatna veličina, troškovi pripremnih radova, infrastrukturna opremljenost, cijena, dostupnost adekvatne radne snage i njezin smještaj, te ostali relevantni čimbenici).

Kao primjer može se navesti drvoprerađivačka industrija u općini Novi Vinodolski koja je nekada bila izuzetno razvijena. U zaleđu Novog Vinodolskog postoji izuzetno kvalitetan šumski fond. Zbog toga je u Brezama sagrađena pilana. Tu su se samo obrađivali balvani i time je obrada te drvene sirovine prestajala. Nakon toga ista se drvna građa prevozila u Novi Vinodolski (cca 15 km udaljenosti) gdje je postojalo drvno-industrijsko poduzeće koje je iz te sirovine proizvodilo finalne proizvode.

Postavlja se pitanje zašto prerađivačko poduzeće nije izgrađeno kraj same sirovinske baze, što bi smanjilo troškove prijevoza suvišnog otpada koji je ostajao preradom potrebne sirovine (balvana). Time bi se mogla iskoristiti pozicijska renta koja bi se u tom slučaju sigurno javljala.

Opravdanja za takvo stanje ima više, pa i sama pojava raznih renti nije mogla prouzročiti drugačije postupanje. Pilana je izgrađena kod sirovinske osnove (blizina šumskog fonda). Za sječu drva, izvlačenje iz šume i grubu obradu u pilani potrebno je relativno malo radne snage i to s niskom kvalifikacijom. Da se uz pilanu gradilo i drvno-industrijsko poduzeće bilo bi potrebno izgraditi stanove za potrebnu radnu snagu, a uz to i ostale potrebne objekte (školu, vrtić za djecu, zdravstvenu ustanovu, društvene objekte, opskrbni centar i sl.). Sve bi to zahtijevalo dodatna ulaganja. Uz to bilo bi potrebno osigurati odgovarajuću kvalificiranu radnu snagu koja bi se teško odlučila za stalno naseljavanje u tom području.

Drugo rješenje bilo bi da se radna snaga svakog dana prevozi iz Novog Vinodolskog i okolnih mjesta do proizvodnog poduzeća. No, tu se javlja problem zimi kada padne snijeg i promet zna biti zatvoren duže vremena što bi negativno utjecalo na proces proizvodnje, a radnici bi i dalje primali svoje redovite dohotke.

Zbog toga je prerađivačko poduzeće locirano u Novom Vinodolskom gdje su uvjeti potrebne radne snage, njen smještaj i ostali potrebni objekti veći ranije postojali, kao i morska luka koja se jedno vrijeme za prijevoz tih proizvoda upravo i koristila.

Sve navedeno upućuje kako je odabir gradilišnog zemljišta za pojedine gospodarske aktivnosti, izuzetno složen postupak.

Danas je posebno prisutan problem izgradnje mnogobrojnih opskrbnih centara. Kako se radi o izuzetno velikim centrima u kojima se prodaju razne robe te je za njihovu izgradnju potrebno izuzetno velika površina zemljišta. Oni se u pravilu grade izvan gradskih centara na punktovima koji su dostupni širem okružju.

Kako se njima dolazi cestovnim prijevozom to je uz njih je potrebno sagrađiti i adekvatna parkirališta što zahtijeva dodatno gradilišno zemljište. No, za očekivati je da će i to zemljište njegovom vlasniku donositi odgovarajuću rentu i da nije neposredno u proizvodnoj funkciji.

Sličnih primjera moglo bi se navoditi u nedogled kada je u pitanju gradilišno zemljište i gradilišna renta.

Sve navedeno otvara još jedno pitanje. Što je s onima koji su obavljali ulaganja da bi pojedina zemljišta postala gospodarski atraktivnija za izgradnju odgovarajućih objekata (izgradnja adekvatne infrastrukture). Time se interes potencijalnih investitora povećava, a ujedno i cijena zemljišta.

U tom slučaju takvi ulagači trebali bi iz svojih ulaganja ostvarivati svoje profite (autoceste-cestarine, elektro-distributeri od naplate električne energije, plinski distributeri od cijene plina, lokalni ulagači od cijene komunalnih naknada i slično) i od ulaganja u njihovu izgradnju vlastitu gradilišnu rentu. To znači da vlasnik zemljišta, na kojima su izgrađeni infrastrukturni objekti, ima pravo ostvariti i prisvojiti gradilišnu rentu od gospodarske aktivnosti koja se na tom zemljištu ostvaruje i nema pravo zadirati u rentu koja se ostvaruje na tuđem zemljištu, pogotovo ako je taj drugi zemljište kupio i u njega uložio svoj kapital od kojega očekuje rentu iz svojih gospodarskih aktivnosti.

5.1. Određivanje gradilišne rente

Određivanje gradilišne rente izgleda kao izuzetno složen problem.

Ipak on to nije. Iako se visina rente (bilo koje) ne može nikada precizno izračunati, ipak se približno može lako, moglo bi se reći čak i dovoljno točno utvrditi. Za to su potrebni odgovarajući parametri, a do njih se može relativno lako doći.

Zbog toga se mora krenuti od poznatih pretpostavki. Prirodni resursi pa tako i zemljište nemaju vrijednosti (u njih nije uloženi ljudski rad kao stvaratelj vrijednosti), ali zato imaju cijenu. Tako će se u radu stalno govoriti o cijeni zemljišta, a ne o njegovoj vrijednosti. Ona na tržištu ovisi o godišnjoj renti koju to zemljište donosi, ponudi i potražnji za tim zemljištem i važećoj godišnjoj kamatnoj stopi.

C = cijena zemljišta

R = godišnja renta

k = godišnja kamatna stopa

$$C = \frac{R \times 100}{k}$$

Ukoliko je na nekom zemljištu godišnja renta 100,000, a godišnja kamatna stopa 5%, onda je cijena zemljišta:

$$C = \frac{100.000 \times 100}{5} = 2.000.000$$

Prema tomu ako se neko zemljište namijenjeno gospodarskoj aktivnosti u nekom društvu gdje je godišnja kamatna stopa 5%, prodaje po cijeni od 2.000,000 onda je za očekivati da njegov kupac očekuje da će tom eksploatacijom zemljišta ostvariti rentu u visini od 100,000.

To znači da se gradilišna renta izračunava po formuli:

$$R = \frac{C \times k}{100} = \frac{2.000.000 \times 5}{100} = 100.000$$

Iz navedenog obrasca jasno proizlazi da je u ovom slučaju godišnja gradilišna renta 100,000 uz pretpostavku da taj gospodarski subjekt privređuje.

Ukoliko bi zbog faktora ponude i potražnje cijena tog zemljišta porasla na 4.000,000 uz ostale nepromijenjene uvjete, kupac bi se za kupnju tog zemljišta mogao odlučiti samo ako zna da će mu to zemljište osigurati rentu od 200,000 godišnje.

Ako je do porasta cijene zemljišta došlo, zato što su izgrađeni odgovarajući infrastrukturni objekti u koje nije investirao vlasnik zemljišta, a to će uvjetovati i povećanje rente, u tom slučaju vlasniku zemljišta pripada čitava renta, s time da apsolutnu prisvaja neoporezovanu, odnosno u punom iznosu, dok diferencijalnu rentu nastalu na temelju tuđeg ulaganja, treba posebno oporezovati. Porezno opterećenje posebno bi se trebalo primijeniti prilikom prodaje tog zemljišta čija je cijena povećana zbog tuđeg ulaganja kapitala.

Vlasnik kupljenog građevinskog zemljišta ima pravo da na uloženi kapital za kupnju zemljišta ostvaruje rentu u najmanjem iznosu kojega bi ostvario da je taj kapital uložio u banku po godišnjoj kamatnoj stopi.

Postavlja se i pitanje što je s gradilišnim zemljištem koje se daje u zakup. U tom slučaju mora se odrediti cijena tog zemljišta. To se može postići usporedbom sa sličnim zemljištima ili procjenom stručnih osoba. Pa ako se tako odredi cijena zemljišta, onda je uz iste parametre koji su ranije navedeni moguće izračunati i visinu gradilišne rente. Navedeno izračunavanje gradilišne rente podrazumijeva da se radi o izgradnji objekata na neizgrađenom gospodarskom zemljištu.

Gradilišna renta isto će se ostvarivati ako netko gradi na svom vlastitom zemljištu koje je naslijedio, a kao osnovicu za oporezivanje rente, može se uzeti cijena tog zemljišta. No, takav investitor je u povoljnijem položaju jer ne mora dio predujmljenog kapitala uložiti u kupnju ili zakup zemljišta, već ga može uložiti u druge aktivnosti ili za taj iznos umanjiti investiciju. Pogotovo ako mora ulaziti u kreditne odnose.

Otvara se pitanje zbog čega se visina gradilišne rente mijenja s promjenom cijene zemljišta koja se formira temeljem zakona ponude i potražnje za odgovarajućim zemljištem. Razlog tome je upravo u samoj biti diferencijalne rente. Tu se radi o diferencijalnoj renti I koja je uvjetovana lokacijom i kvalitetom parcele čiji je značaj vrednovan mogućnošću ostvarivanja veće rente nego na nekoj drugoj lokaciji zbog koje je kupac te parcele ili zakupac spreman izdvojiti odgovarajući iznos za njezinu kupnju ili platiti odgovarajući iznos zakupa.

Sljedeće je pitanje vezano uz posebno oporezivanje rente kao dohotka od vlasništva nad prirodnim resursom, pa tako i gradilišnog zemljišta. Odgovor je da se gradilišnu rentu ne smije posebno oporezivati (samo apsolutnu). Razlog tomu leži u činjenici, ali i ekonomskoj zakonitosti da bi u tom slučaju interes za kupnjom

gradilišnoga zemljišta opao. Uložen novac u kupnju takvog zemljišta tada bi njegovom vlasniku donio manju dobit od kamate što bi mu je osigurala banka kada bi taj iznos novca položio u samu banku.

Sve navedeno ukazuje na činjenicu, da je u uvjetima nedostatka novca potrebnog za poduzetnička ulaganja, povoljnije uzimanje zemljišta u zakup. Tako se veći dio sredstava može uložiti u proizvodno-komercijalne aktivnosti, a zakup podmirivati u ugovorenim obrocima iz ostvarene rente. Time će poduzetnik lakše realizirati svoju gospodarsku djelatnost, vlasnik zemljišta zadržava svoj vlasnički status nad tim zemljištem, a ubire redovitu rentu neovisno o uspješnosti poslovanja zakupca. Ako je uz to zakupac izvršio dodatna ulaganja (prilagodba terena, izgradnja odgovarajućih instalacija, prilaznih putova, građevinski objekti i sl.) nakon isteka zakupnog ugovora cijena tog zemljišta raste, ali i cijena zakupa koja omogućava zemljovlasniku da u novom ugovoru o zakupu zemljišta prisvoji veću rentu ili eventualno proda zemlju po višoj cijeni.

Za razliku od neobračunavanja poreza na gradilišnu apsolutnu rentu, prilikom prodaje zemljišta potrebno je obračunati porez na promet nekretninama prema tržišnoj cijeni.

5.2. Odnos prema gradilišnom zemljištu u nekim zemljama

Posljednjih godina sve se više pozornosti posvećuje optimalnom korištenju gradilišnog zemljišta. U tu svrhu koriste se odgovarajući modeli i metode za donošenje dugoročnih odluka u izgradnji. Gradilišna zemljišta pretežno se nalaze u privatnom ili kolektivnom vlasništvu (države, općina, crkva i dr). Javljaju se i sve veća ograničenja slobodnog prometa zemljišta koja su obuhvaćena urbanističkim planovima. Kapitalističke države nastoje prilagodbama poreznih sustava, taksama, promjenama visine rente i uređenja instituta zakupa, prisvojiti gradilišnu rentu koja je nastala kao rezultat državnog ulaganja u prilagođavanje i uređenje te izgradnju infrastrukture. Države poduzimaju i odgovarajuće mjere s ciljem povećanja rasta cijena gradilišnog zemljišta koje sve značajnije sudjeluje u samoj investiciji građenja.

Upotreba i uređenje zemljišta u Francuskoj je pod državnim nadzorom od 1943. godine. Otkup zemljišta za potrebe izgradnje obavlja se državnim, općinskim i drugim komorama koje određena zemljišta daju u zakup.

Nadzor korištenja zemljišta u Velikoj Britaniji uređen je 1919. godine, a proširen 1933. godine. U toj se državi zemljište pretežno izdaje u zakup gdje se kao zemljovlasnici javljaju i općine, a primjenjuje se izuzetno razvijen sistem oporezivanja kojega karakterizira znatno fiskalno opterećenje prilikom kupoprodaje zemljišta.

Zakonska regulativa u Njemačkoj izuzetno štiti privatne interese u području privatnog vlasništva nad zemljom. Ipak postoje i odgovarajuća ograničenja u području slobodnog prometa zemljištem, što se postiže sustavom osnovnog i dodatnog oporezivanja koje seže i do 90% ostvarene dobiti.

U Italiji kada je u pitanju gradilišno zemljište postoje mnogobrojne špekulacije vezane uz kupoprodaju zemljišta. Uz značajno porezno opterećenje dohotka od zemljišta nije zaustavljen rast cijena gradilišnog zemljišta. U području stambene izgradnje privatna sredstva sudjeluju i do 80%. U stambenoj izgradnji sudjeluje i država i to ostvarenim doprinosima na primanja radnika i poslodavaca.

Reguliranje gradilišnog zemljišta u Švedskoj provodi se generalnim urbanističkim planom. U toj se zemlji od 1974. godine primjenjuje Zakon o eksproprijaciji i arondaciji zemlje. Zakonski propisi predviđaju oduzimanje zemlje od vlasnika uz naknadu koja sadrži razne oblike rente.

U Norveškoj prevladava dugoročno davanje zemljišta u zakup uz mogućnost revizije ugovora o zakupu tijekom trajanja zakupa.

U Danskoj se zemljište pretežno nalazi u privatnom vlasništvu, dok manji dio pripada lokalnim vlastima. Promet i uporaba gradilišnog zemljišta ograničeni su generalnim urbanističkim planom. Tako se zemljišna politika provodi planskim opredjeljenjem i posebnim zakonima.

U Finskoj je prisutno povećanje cijene gradilišnog zemljišta. Zbog toga se primjenjuje pojačan nadzor njegova korištenja, a osobito u gradovima. Značajno je oporezivanje dobiti od prodaje zemljišta kao i učešće investitora u troškovima uređenja i prilagodbe korištenja gradilišnog zemljišta.

U Izraelu se primjenjuje dugoročni zakup gradilišnog zemljišta uz zakupninu koja iznosi aproksimativno 4% od njegove cijene. Tijekom trajanja ugovora o zakupu predviđene su mogućnosti izmjene zakupnine svakih 4 do 7 godina. U Izraelu privatni vlasnici raspolažu sa otprilike 10% ukupne zemljišne površine, ali imaju presudnu ulogu u formiranju cijene zemljišta. Korištenje gradilišnog zemljišta regulirano je odlukom Nacionalnog komiteta za zemljišnu politiku.

U SAD-u prevladava privatno vlasništvo nad zemljištem. Problem je stalno prisutan u nedostatku građevinskih terena, posebno u gradovima. Nastoji se riješiti zoniranjem prema namjeni i intenzitetu korištenja, parcelizacijom i sličnim mjerama. Porezne obveze kreću se aproksimativno od 2 do 4% od cijene zemljišta. U slučaju nepodmirenja poreznih obveza, država može vlasnicima oduzeti zemlju i istu prodati radi podmirenja duga.

U svjetskoj financijskoj teoriji i praksi najčešće se primjenjuju dva različita tipa oporezivanja gradilišne rente.

Označavaju se kao :

- britanski tip oporezivanja i
- germanski tip oporezivanja.

Britanski tip izvorno se primjenjuje od 1799. godine, uz izvjesne prekide, te se kao takav primjenjuje u Velikoj Britaniji te ostalim zemljama Commonwealtha. Oporezivanje se obavlja tako da se prvo oporezuje svaki porezni obveznik, pravna ili fizička osoba pojedinačno, a potom je na kraju godine još jednom ta ista renta uključena u ukupni dohodak svakog poreznog obveznika te se u okviru njega ponovno oporezuje, i to po progresivnoj stopi.

Germanski tip poreza na gradilišnu rentu zasniva se na tome da rentu ne treba posebno oporezivati nego je treba samo uključiti kao prihod u cjelovit i jedinstven prikaz poreza na dohodak.

6. GRADSKA RENTA

Grad kao aglomeracija privređivanja i stanovanja predstavlja zaseban povod za pojavu gradilišnih, ali i specifične gradske rente kao rezultata korištenja na gradskom zemljištu izgrađenih građevinskih resursa (poslovnih prostora i stanova). Korištenjem tih objekata njihovi vlasnici mogu ostvarivati i prisvajati gradsku rentu. Prema tomu za sam nastanak rente vlasnički odnos nije bitan. On dolazi do izražaja samo prilikom prisvajanja.

Prema statistici Ujedinjenih naroda u 2010. godini u gradovima u svijetu živi, a još veći broj radi, 3.5 milijarde, a u Republici Hrvatskoj 2.5 milijuna stanovnika. To je više od 50% svjetskog, odnosno hrvatskog stanovništva. Prognoze istog izvora predviđaju da će do 2050. u svijetu 2/3 stanovništva živjeti u gradovima.

Sve to ukazuje da će potražnja za gradilišnim zemljištem u gradovima rasti, da će se gradilišne rente povećavati, a da će u samim gradovima dolaziti do porasta gradske rente.

Gradski izgrađeni prostor, koji omogućava ostvarivanje gradske rente, može se podijeliti na stambeni i poslovni, s pratećim vlasničkim i stvarnopravnim odnosima.

6.1. *Suvremene teorije o gradskoj renti*

Povijesno je utvrđeno da su se gradovi pojavljivali i nestajali vezano uz njihovu ekonomsku opravdanost. U početku su to bila raskrižja trgovačkih putova gdje su se jednostavno sastajali kupci i prodavatelji. Kasnije su prerastali u središta političke i financijske moći u kojima se postupno razvijala organizirana proizvodnja koja je zahtijevala adekvatnu radnu snagu. Brzi rast akumulacije dovodio je do daljnjih ulaganja u proširenje gospodarskih kapaciteta, a time i svega ostaloga što je zahtijevao grad kao stambeno-poslovna aglomeracija. Gradilišno zemljište postaje predmet interesa potencijalnih vlasnika i korisnika, a time i teoretičara koji se bave tom problematikom. Samim zadiranjem u cijenu zemljišta i čimbenicima koji na nju utječu došlo se do spoznaje nastanka i djelovanja zakonitosti gradske rente.

Početkom 20. stoljeća javljaju se teorije o vrednovanju lokacije i gradskih renti koje se zasnivaju na ekonomskim čimbenicima. One se temelje na istraživanju ekonomskih čimbenika koji utječu na razvoj gradova, cijene zemljišta i gradske rente.

Tako J. E. Cairnes smatra da lokacijska renta ne predstavlja višak vrijednosti, već običan profit. A. Weber lokaciju promatra u odnosu na troškove poslovanja i njihovo smanjenje.²⁴ G. Melvin istražuje visinu cijene gradilišnog zemljišta i njezin rast vezano uz demografski rast i razvoj gradova.

24 Weber, A., *The Theory of Location of Industry*, University of Chicago, 1929.

Početakom 60-ih godina 20. stoljeća počinju se koristiti odgovarajuće metode prilikom izbora lokacije. L. Wingo koristi 3 grupe matematičkih modela (*ad hoc* model, gravitacijski i ekonomski model). Prva grupa modela koristi se prilikom planiranja korištenja gradskog zemljišta.

Utjecaj transportnih troškova, pozicijske rente, osobnih primanja i izbor drugih čimbenika na izbor lokacije obrađuje J. Kain.²⁵

W. Alonso²⁶ kao najvažniji faktor za izbor lokacije uzima veličinu parcele, njezin položaj i očekivanu korist koju mogu ostvariti njezini korisnici.

6.2. Doprinos teoriji gradske rente u bivšoj Jugoslaviji

Problematiku gradske rente na prostorima bivše Jugoslavije potrebno je promatrati s gledišta vlasništva nad zemljištem kao jedinim izvorom prisvajanja gradske rente.

Kao i sva zemljišta, tako je i gradsko ulazilo u 3 osnovne kategorije s obzirom na vlasništvo: društveno, privatno i mješovito.²⁷ Upravo specifičnosti društvenog vlasništva predstavljale su poseban problem prilikom utvrđivanja same rente, a time i gradske rente.

Neovisno o tome, gradska renta kao teoretska ekonomska kategorija plijenila je zanimanje mnogih, posebno politekonomskih teoretičara, ali i ostalih znanstvenika i praktičara koji su je nastojali što točnije i kompleksnije sagledati kako bi se odredilo njezino izračunavanje, prisvajanje i oporezivanje.

Iako su se oko vrsta gradskih renti svi teoretičari gotovo u potpunosti slagali, problemi su se javljali kada je trebalo utvrditi vanjske čimbenike koji utječu na njezin nastanak i visinu, te pravo na njezino prisvajanje kada su obavljena dodatna ulaganja sredstava koja su dovođila do njezinog povećanja. U tom slučaju razmatranja su se kretala u pravcu tko u takvom slučaju ima pravo na njezino prisvajanje.

Tako Lazo Antić²⁸ pojavnost gradske rente tretira u njezina 3 pojavnosti oblika, kao diferencijalnu rentu I i II te apsolutnu rentu. Osobitu pozornost posvećuje monopolističkom položaju vlasnika zemljišta i ulaganjima društvenih sredstava u komunalno opremanje zemljišta.

D. Jagodić razmatra osnovne probleme gradske rente te napominje da se ona mora promatrati kao ekonomska kategorija. Gradsku rentu promatra s pozicije središta i periferije grada gdje različite gospodarske aktivnosti pronalaze svoje optimalne uvjete upravo na različitim dijelovima grada.²⁹

25 Kain, J., *The Journey-to-Work as a Determinant at Residential Location*, University of California, 1961.

26 Alonso, W., *Location and Land Use: Toward a General Theory of Land Rent*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1964.

27 Montana, M., *Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 17, br. 1, Rijeka, 1996., str. 93.

28 Antić, L., *Gradska renta i njezina funkcija u socijalizmu*, *Ekonomski pregled*, br. 1, Zagreb, 1966.

29 Jagodić, D., *Problemi gradske rente u Rijeci*, *Ekonomski institut Rijeka*, Rijeka, 1967.

Problematicom gradske rente bavi se i Miodrag Nikolić koji djelovanje gradske rente stavlja u kontekst politike upravljanja, raspodjele i izgradnje poslovnih prostora.³⁰ U daljnjem izučavanju problematike gradske rente navodi da ta renta može dovesti i do određenih socijalnih razlika koje “nastaju na osnovi prometa građevinskog zemljišta i zgrada u gradovima, pa da cijena ovih objekata brzo raste i na taj način se otvara mogućnost da netko živi od rente (gradske rente).”³¹

Djelovanje zakona vrijednosti, rente u kapitalizmu i socijalizmu razmatra i Miodrag Janjić, s time da je zemljište u privatnom ili društvenom vlasništvu, ali da se kao takvo i koristi.³²

Prisvajanje i određivanje visine gradske rente Tone Dobrajc svodi na zakupninu da bi se ona određivala licitiranjem pojedinih lokacija. Smatra da visina zakupnine treba pokrивati troškove proširene reprodukcije, a sve ostalo smatra gradskom rentom.³³

Donošenjem zakona o nacionalizaciji Jovan Ilinčić smatra da su ispunjeni svi uvjeti da se eliminiра mogućnost prisvajanja apsolutne rente u gradovima.³⁴

Na razliku između građevinske i gradske rente ukazuje Tone Klemenčić, i smatra da je građevinska renta ona „koju proizvodi građevinsko zemljište zajedno sa zgradom“, dok se gradska renta javlja „kada se građevinsko zemljište nalazi u sastavu urbanog naselja koje dodatno uloženi kapitalom, lokacijom i sličnim stvarima posebno povoljne uvjete za nastajanje rente.“³⁵

Od novih radova u Hrvatskoj posebno se ističe “Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente” M. Montane u kojem navodi da „gradska renta je teorijski općenito definirana, ali nije dovoljno pojmovno i sadržajno objašnjena.“³⁶ U radu razmatra i pojmovno određuje neke vrste renti.

Ulazeći u problematiku gradske rente kao polazište uzima prostor i njegovu funkciju kao najvažnije elemente gradske rente. Uz analizu ekonomskih aspekata korištenja gradskog prostora osvrće se i na formiranje cijene građevinskog zemljišta. Zaključuje da „u načelu, gledajući općenito samo ekonomski, ta je cijena rezultat tržišnih odnosa između ponude građevinskog zemljišta (odnosno prostora različite kakvoće i svojstava) i potražnje za takvim zemljištem u okviru neke urbane ili šire prostorne cjeline.“³⁷ Uz to nudi i razrađeni osnovni model za utvrđivanje gradske rente.

30 Nikolić, M., Slobodno formiranje zakupnine - jedan od načina zahvatanja gradske (položajne) rente, *Stambena i komunalna privreda*, br. 4, 1967.

31 Nikolić, M., *Gradska renta - faktor socijalnih razlika*, *Socijalizam*, br. 10, 1972., str. 1161.

32 Janjić, M., *Uvodna razmatranja o renti*, Savezni zavod za urbanizam i komunalna pitanja, Beograd, 1968.

33 Dobrajc, T., *Zakupnina i gradska renta u Mariboru*, *Zakupnina i gradska renta u Mariboru*, *Stambena i komunalna privreda*, br. 1, 1968.

34 Ilinčić, J., *Poslovni prostor i gradska renta*, Savezni zavod za urbanizam, komunalna i stambena pitanja, Beograd, 1968.

35 Klemenčić, T., *Problemi utvrđivanja i zahvatanja gradske rente*, *Savjetovanje “Gradska renta kao sredstvo socijalne i ekonomske politike”*, Ljubljana, 1976., str. 173.

36 Montana, M., *Novi prilozi stvaranju sustava gradske rente*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 17, br. 1, Rijeka, 1996., str. 81.

37 Op. cit., str. 90.

6.3. Praktični prikaz gradske rente

U daljnjoj analizi gradske rente polazi se od pretpostavki da gradsko zemljište može biti u privatnom i mješovitom vlasništvu, što je faktično stanje u Republici Hrvatskoj. U takvom vlasničkom statusu su i objekti izgrađeni na tom zemljištu. To znači da su vlasnički odnosi poznati.

Sve navedene objekte, s obzirom na nastajanje gradske rente može se podijeliti na stambene i gospodarske. A korištenje objekata može obavljati samo vlasnik ili isti davati u zakup.

Gradnja novih objekata može se odvijati na vlastitom ili tuđem zemljištu. Ukoliko se objekt gradi na tuđem zemljištu onda se ponovno javlja zakup samog zemljišta čime zakupac stječe samo pravo korištenja tog zemljišta.

Koncentracija ekonomske, političko-administrativne, kulturne, obrazovne, zdravstvene i sl. moći u gradovima dovela je do sve većeg interesa, a time i potražnje za gradskim gradilišnim zemljištem. Tako i cijena tog zemljišta stalno raste (zbog toga se u velikim gradovima pristupilo izgradnji izuzetno visokih zgrada zbog smanjenja troškova izgrađenog prostora u koji ulazi cijena zemljišta), a sukladno tomu rastu i gradske rente.

6.3.1. Visina rente u postojećim gradskim aglomeracijama

Gospodarske aktivnosti u gradovima pretežno se svode na administrativne, uslužne i komercijalne djelatnosti, a veoma malo na neke proizvodne aktivnosti.

Ako se ta aktivnost odvija u vlastitom prostoru što uključuje i vlasništvo nad zemljištem onda će se ostvarivati gradska renta u strukturi ostvarene dobiti. Iznos visine gradske rente u takvim situacijama moći će se približno izračunavati na temelju podataka kretanja, cijena zakupa takvog ili približno sličnog poslovnog prostora u gradu.

Na slobodnom tržištu poslovnog prostora zakon ponude i potražnje za istim određivat će njegovu cijenu. Cijena zakupnine određivat će i rentu i to tako da će apsolutnu rentu predstavljati iznos kamata na cijenu zemljišta na kojem se objekt nalazi. Sve ostalo u strukturi dobiti predstavlja profit i diferencijalnu rentu. Prema tome što su zakupnine više to su i gradske rente više. A visina zakupnine koju je zakupac spreman platiti isključivo zavisi od njegove očekivane dobiti. Tako će samo tržište za poslovnim prostorom određivati i visinu gradske rente što znači da je ona promjenjiva.

Sigurno je da će cijena poslovnog prostora biti uvjetovana čitavim nizom faktora (ponudom i potražnjom, pozicijom, vrijednosti prethodnih ulaganja, stupnjem opremljenosti, ekološkim uvjetima, komunalnim naknadama i sl.) što se neće razmatrati već to treba prepustiti zakupcu koji je za korištenje tog prostora spreman platiti odgovarajuću cijenu. On je taj koji prilikom formiranja zakupnine mora uzeti u razmatranje sve te čimbenike i spoznati ekonomsku opravdanost visine zakupnine.

S druge strane, vlasnik poslovnog prostora želi da zakupnina pokrije troškove, amortizaciju, kamate na uloženi kapital, troškove održavanja, poduzetničku dobit i rentu.

Kako su sve veličine za formiranje cijene zakupa unaprijed poznate (iznos amortizacije, kamate, profitne stope na uloženi kapital, troškovi održavanja i ostali troškovi), ako se isti oduzmu od ostvarenog zakupa ostaju rente.

Ako se od tako izračunate rente oduzmu kamate na vrijednost zemljišta postojećeg objekta ostalo predstavlja diferencijalnu rentu.

Isti parametri mogu se primjeniti i prilikom izračunavanja renti kada se radi o korištenju vlastitog prostora, pa se i u tako ostvarenoj dobiti može iskazati iznos ostvarene gradske rente.

U okviru korištenja poslovnog prostora u gradovima je moguće ostvarivanje monopolske rente ako isti ima izuzetan značaj ili je lociran na posebnoj lokaciji (npr. objekti u ugostiteljskom turizmu koji su smješteni na posebno atraktivnoj lokaciji koju redovito posjećuje veliki broj turista, a u blizini nije dozvoljena nova gradnja istih ili sličnih sadržaja). Zakupnine takvih prostora izuzetno su visoke, a time i rente (lokali u centrima povijesnih jezgri gradova).

U ovom radu neće se ulaziti u prostornu ekonomiju, a još manje u ekonomiku prostora što je izuzetno značajno za gradske prostore, kao što su već postojeći tako i onih koji se namjeravaju graditi.

Kada su u pitanju stambeni prostori i tu se radi o gospodarskom korištenju tog prostora. U prvom redu radi se o iznajmljivanju stambenog prostora kao što su stanovi ili dijelovi stana. Za korištenje stana ili dijela stana plaća se stanarina, a ona uključuje i gradsku rentu kada je taj stan u gradu. Kako se i visina stanarine formira na tržištu to će o njezinom iznosu zavisiti i visina gradske (stambene) rente.

Osim što se stanovi grade za slobodnu prodaju na tržištu, jedan dio je namjenjen i za davanje u zakup, bilo da se radi o investitoru ili kupcu stana. Svakome od njih cilj je ostvariti povrat uloženoga kapitala uvećanog za profit ili poduzetničku dobit. Ukoliko su i vlasnici gradilišnog zemljišta, trebali bi ostvariti i rentu.

Ukoliko su stanovi građeni na zemljištu koje je dato u zakup onda vlasnik zemljišta, dok traje ugovor o zakupu prisvaja rentu. U oba slučaja renta se ostvaruje naplatom stanarine.

U okvirima tržišnog gospodarstva iznajmljivanje stanova podložno je ponudi i potražnji za stambenim prostorom pa se u okviru toga kreću i stanarine. U zapadnom svijetu osnovna stanarina formira se u približnom iznosu od oko 4% cijene stana, uvećana za kamatu i ostale troškove. To znači da će on svoju investiciju isplatiti u roku 25 godina te ostvariti zaradu jednaku kamati na uloženi kapital kao da ga je uložio u banku.

No što je potražnja veća, to su i visine stanarina veće, pa su mogućnosti povrata uloženoga kapitala brže i zarade veće. No, na visinu stanarina osim njegove vrijednosti utječe i cijena stana koja zbog određenih vanjskih čimbenika može biti višestruko veća od vrijednosti (lokacija, pozicija u zgradi i sl.) stana. U tom slučaju i sama gradska renta je veća. Tako će se renta izračunavati temeljem cijene gradilišnog zemljišta na kojem se zgrada nalazi (apsolutna renta) čemu treba pridodati diferencijalnu rentu kao razliku između stanarine izračunate na temelju tržišne cijene stana i postignute stanarine.

Odgovarajuća gradska renta može se ostvarivati i iznajmljivanjem dijela stana. U tom slučaju vlasnik stana ostvaruje rentu proporcionalno cijeni iznajmljenog dijela stambenog prostora. Tada se cijena toga dijela stambenog prostora zasniva na ponudi i potražnji za takvim stambenim prostorom. U takvim slučajevima u cijenu ulaze i naknade za korištenje dodatnih usluga (voda, struja, telefon i sl.) u visini navedenih troškova.

Gradsku rentu može ostvarivati i sam vlasnik stana i to najčešće zbog pozicije stanovanja. To se odnosi na troškove prijevoza članova obitelji vezane uz odlazak i dolazak na posao, kao i ostala potrebna putovanja (blizina škola, vrtića, trgovina i sl.) kao i uštede vremena provedena na putu. Po ranije navedenoj metodologiji i u takvim situacijama je moguće izračunati gradsku rentu.

III. ZAKLJUČAK

Može se utvrditi za gradilišnu rentu da je to specifičan oblik zemljišne rente koji nastaje uporabom gradilišnog zemljišta prilikom gradnje odgovarajućih objekata koji svojom uporabom ostvaruju odgovarajuću gospodarsku aktivnost, a vlasnik zemljišta prisvaja dio prihoda u obliku rente. Rentu će kao dio viška vrijednosti uvijek ostvarivati onaj tko obavlja gospodarsku aktivnost u izgrađenom objektu (tvornice, poslovni prostori, infrastrukturni objekti, stanovi i dr.), ali rentu prisvaja vlasnik zemljišta bilo da je on i vlasnik dotičnog objekta ili ako je zemljište dao u zakup.

U izvornom smislu građevinska renta ne postoji. Ako se građevinara promatra kao investitora koji izvodi radove izgradnje samog objekta, on nakon dovršetka radova ne ostvaruje nikakvu rentu. Prodajom objekta, temeljem cijene formirane ponudom i potražnjom, može ostvariti profit i ekstraprofit kao rezultat svoje aktivnosti. Tek stavljanjem tog objekta u gospodarsku funkciju može se u određenom vremenskom razdoblju ostvarivati renta.

Kako je izraz građevinska renta u znanstvenoj i stručnoj uporabi već zauzeo značajno mjesto može ga se promatrati kao sinonim za gradilišnu rentu pa ga je zbog toga potrebno pozornije promotriti u kojem se kontekstu pojavljuje.

Gradilišna renta javlja se kao apsolutna renta, a izražena je u visini kamate obračunate na cijenu dotičnog zemljišta, dok će se zbog specifičnih karakteristika zemljišta (položaj, kvaliteta i sl.) javljati diferencijalna renta I, a zbog ranijih ulaganja, koja će dotično zemljište učiniti atraktivnijim za korištenje (infrastrukturni sadržaji ili ranije izgrađeni objekti), diferencijalna renta II. Zbog određenih monopolskih specifičnosti moguća je pojava i monopolske rente.

Apsolutnu gradilišnu rentu ne bi trebalo opteretiti porezom. Oporezivanje apsolutne rente smanjilo bi interes za kupnju građevinskog zemljišta jer bi u tom slučaju renta bila niža nego kamata kao prihod koji bi se ostvario stavljanjem novca namijenjenog kupnji zemljišta u banku. Ali potrebno je oporezivati diferencijalne rente i monopolsku rentu, koje u postupku gospodarske aktivnosti nastaju iz prirodnih čimbenika gradilišnog zemljišta ili tuđih prethodnih ulaganja, a ne iz vlastitih uloženi sredstava.

Za izračunavanje apsolutne gradilišne rente koristi se cijena zemljišta formirana na slobodnom tržištu ili procjena cijene zemljišta, te kamatna stopa primijenjena na oročena novčana sredstva namijenjena za kupnju zemljišta.

Diferencijalna gradilišna renta predstavlja razliku koja nastaje kada se od ostvarene dobiti oduzme prosječni profit na uloženi kapital, uvećan za apsolutnu rentu (obračunatu na cijenu zemljišta). U tom slučaju problem bi moglo predstavljati odvajanje rente od mogućeg ekstraprofita kao rezultata povećane produktivnosti rada ili nekih drugih vanjskih čimbenika.

Iako se gradska renta javlja kao zasebna posebnost, njena pojavnost ima sve osobine gradilišne rente. Ona se očituje u svojoj posebnosti utoliko što su ti građevinski objekti smješteni u aglomeraciji grada te služe kao poslovni i stambeni prostori. Poznato je da čitav niz čimbenika utječe na cijenu gradskog zemljišta, a time i na visinu gradske rente (ponuda i potražnja, kvaliteta zemljišta, pozicija, ranija ulaganja i sl.). Pretpostavlja se da je potencijalni kupac s time upoznat kao i potencijalni zakupac pa će njihova procjena isplativosti odrediti hoće li dotično zemljište kupiti ili zakupiti ako su spremni graditi.

U slučaju da namjeravaju već gotove prostore kupovati ili zakupiti služit će se istom pretpostavkom njihove isplativosti. Vlasnici objekata (poslovnih i stambenih) opet će apsolutnu rentu računati temeljem cijene zemljišta, a diferencijalnu pronalaziti u razlici ostvarene dobiti naspram profita i apsolutne rente. U gradovima je moguća i pojava monopolske rente koju je potrebno oporezivati kao i diferencijalne rente koje se javljaju u tom slučaju.

Summary

A BUILDING SITE ANNUITY

Annuities are incomes deriving from the use of natural resources appropriated by their owners in case of being economically exploited. This refers to the use of land as a resource during construction and economical use of capacities built on it.

Three different economic categories arise in this context: a building site annuity, building annuity and city annuity.

The sole problemacy of aforesaid annuities is related to their emergence and appropriation, and consequently, to their taxation. Theoretical and practical observations of issues concerning the annuities have been performed in detail from the beginning of twentieth century. Due to that fact, numerous scientists began to address this problemacy offering their mutual as well as personal views on treated issues. Nevertheless, all their efforts to come up with a final solution for calculating the annuity amount have failed. Moreover, they did not answer the question: who will appropriate a certain annuity and what are the methods for their taxation?

The authors of the article offer methods for calculating the amount of building site annuity and city annuity as well as indicate a person who has the right to appropriate them. Furthermore, they present methods for taxation of each annuity.

The whole model is based on a land price which becomes a basic parameter to calculate the amount of annuity applying the appropriate interest rates.

In addition, it has been concluded that the building annuity does not exist due to the fact that a constructor being a person who performs construction work at certain buildings cannot acquire the annuity. On the other hand, an investor can acquire the annuity during the exploitation of building and land owner can appropriate it.

Key words: *building site annuity, city annuity, land price, interest rate, building site land, office space, living space.*

Zusammenfassung

BAUSTELLENRENTE

Zu Renten zahlen Einkommen aus der wirtschaftlichen Nutzung von Naturressourcen, die sich gegebenenfalls ihre Eigentümer zueignen. Das bezieht sich auf die Nutzung des Grundstückes als Ressource während des Baues und auf wirtschaftliche Nutzung der auf dem Grundstück gebauten Kapazitäten. In dieser Hinsicht sind drei ökonomischen Kategorien zu unterscheiden: Baustellenrente, Baurente und Stadtrente.

Die Problematik der genannten Renten ist mit ihrer Entstehung, Zueignung und Versteuerung verbunden. Sowohl theoretische, als auch praktische Betrachtungen solcher Renten gehen zurück zu Beginn des 20. Jahrhunderts und eine große Anzahl von Wissenschaftlern beschäftigte sich mit diesem Thema. Nichtsdestotrotz, blieben die folgenden Fragen offen: Wie ist die Rentenhöhe auszurechnen? Wer kann sich welche Rente zueignen und wie sollen verschiedene Renten versteuert werden?

Die vorliegende Arbeit schlägt vor, wie die Baustellenrente und die Stadtrente ausgerechnet werden können und welche Personen auf sie Einspruch haben, bzw. wie diese Renten zu versteuern sind. Dem vorgeschlagenen Model liegt der Grundstückspreis zugrunde, welcher das Grundfaktor für die Ausrechnung der Rentenhöhe unter Anwendung angemessener Zinsen ist. Wie festgestellt wurde, besteht keine Baustellenrente, weil der Bauunternehmer als Auftragnehmer für den Bau bestimmter Objekte keine Rente in Anspruch nehmen kann. Während der Nutzung des Objektes kann der Anleger die Rente in Anspruch nehmen und der Grundstückseigentümer sich die Rente zueignen.

Schlüsselwörter: *Baustellenrente, Stadtrente, Grundstückspreis, Zinssatz, Baugrundstück, Geschäftsraum, Wohnraum.*

Riassunto

RENDITA EDILIZIA

Le rendite sono redditi derivanti dall'utilizzo di risorse naturali, le quali vengono percepite dai proprietari, qualora tali risorse vengano sfruttate economicamente. Si fa riferimento all'utilizzo di terreni quale risorsa in occasione della costruzione e dell'utilizzo economico di quanto ivi costruito.

A tale proposito si manifestano tre differenti categorie economiche: la rendita edilizia, edificatoria e civica.

Subito sorgono questioni attinenti i menzionati tipi di rendita circa le modalità della loro nascita e della loro attribuzione, come anche circa la loro tassazione. La valutazione teorica e pratica del problema di tali tipi di rendita s'è fatta più accurata a partire dal XX secolo. Per questo motivo un sempre maggiore numero di studiosi comincia ad occuparsi della questione, offrendo una visione d'insieme, ma anche un punto di vista individuale. Tuttavia, con riguardo alla domanda basilare, e cioè come calcolare la rendita, v'è stato qualche tentativo di soluzione senza però pervenire ad una risposta definitiva. Altresì difetta una risposta all'interrogativo a chi la rendita venga attribuita e come sia tassata.

Nel lavoro vengono offerte alcuni metodi di calcolo dell'importo della rendita edilizia e di quella civica, così come viene individuato il soggetto che ha diritto affinché le stesse gli vengano attribuite, come ancora la modalità di tassazione di ogni tipo di rendita.

L'intero modello si basa sul prezzo del terreno, che diviene il parametro fondamentale per il calcolo della rendita alla luce dei corrispondenti tassi d'interesse.

S'è altresì pervenuti alla conclusione che la rendita edificatoria non esiste, poiché il costruttore quale committente dei lavori di costruzione di determinati impianti non può realizzare tale rendita. La rendita per il tempo di sfruttamento dell'oggetto può essere realizzata da colui il quale investe, mentre può essere attribuita al proprietario del terreno.

Parole chiave: *rendita edilizia, rendita civica, prezzo del terreno, tasso d'interesse, terreno edificabile, spazio ad uso non abitativo, spazio ad uso abitativo.*

PRETVORBA (TRANSFORMACIJA) PRAVA NA NEKRETNINAMA U DRUŠTVENOM VLASNIŠTVU U REPUBLICI SRBIJI ¹

Dr. sc. Miroslav Lazić, redoviti profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

UDK: 349.412.(497.11)
338.246.025.88

Ur.: 12. prosinca 2010.

Pr.: 28. veljače 2011.

Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Zakon o planiranju i izgradnji Republike Srbije iz 2009. g. dopušta sve oblike svojine na građevinskom zemljištu (privatna, javna, zadružna), ali reguliše građevinsko zemljište u javnoj i privatnoj svojini. Najvažnija novina Zakona je što omogućava pretvaranje prava korišćenja društvene/državne svojine u pravo privatne ili javne svojine na građevinskom zemljištu i privatizaciju svojine na građevinskom zemljištu. Zakon je omogućio da se konverzijom uspostavi pravno jedinstvo svojine na zemljištu i zgradi tako što vlasnik objekta postaje vlasnik (suvlasnik) zemljišta. Iako je ovo rešenje suprotno pravilu superficies solo cedit, po kome vlasnik zemljišta stiče svojinu na zgradi, ovo je jedini način da se otkloni dualitet svojine na zemljištu i zgradi nastao u periodu bivše socijalističke Jugoslavije.

Konverzija prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu se vrši za svaku pojedinačnu katastarsku parcelu i odvija se na dva načina: bez naknade ili uz naknadu tržišne vrednosti zemljišta.

Pravo na konverziju bez naknade tržišne vrednosti zemljišta imaju fizička i pravna lica koji su kao vlasnici zgrada ili etažni vlasnici imali pravo korišćenja građevinskog zemljišta tako što na njemu stiču privatnu svojinu, odnosno susvojinu; ovo pravo imaju i javni subjekti (Republika Srbija, autonomna pokrajina, jedinice lokalne samouprave – opština, grad) koji stiču javnu svojinu na građevinskom zemljištu.

Pravo na konverziju uz naknadu imaju privredna društva i druga pravna lica koja su pravo korišćenja građevinskog zemljišta u državnoj svojini stekla primenom odredbi zakona o privatizaciji, stečaju ili izvršnom postupku; kao i lica koji su stekli pravo građenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu u državnoj svojini do 13. 5. 2003. g. Ova lica su obavezna da naknade tržišnu vrednost građevinskog zemljišta u momentu konverzije umanjenu za troškove

¹ Rad je pisan na srpskom jeziku, kao izvornom jeziku autora.

pribavljanja prava korišćenja građevinskog zemljišta (čl. 103. Zakona). Uredbom Vlade Republike Srbije se razrađuje postupak i način obračunavanja tržišne vrednosti. Troškovi pribavljanja prava korišćenja obuhvataju „ukupnu revalorizovanu cenu kapitala, odnosno imovine, isplaćenu u postupku privatizacije privrednog društva ili drugog pravnog lica, odnosno u stečajnom ili izvršnom postupku” (čl. 4. Uredbe).

Ključne reči: *denacionalizacija nekretnina, građevinsko zemljište, konverzija prava korišćenja.*

1. UVOD

„Općenito se smatra da su nekretnine, kao objekti prava vlasništva i drugih stvarnih prava, dijelovi zemljišta horizontalno i vertikalno omeđeni i sve što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, dokle dopire pravo vlasništva određene fizičke ili pravne osobe, ako zakonom nije drukčije određeno“.²

Nekretnina, a naročito zemljište, zbog ograničenosti postojanja i svog značaja za održanje ljudske populacije i zadovoljavanja raznovrsnih potreba i interesa čoveka, predstavlja, oduvek, poprište žestokih borbi za gospodarenje nad njom i objekat najveće čovekove individualne i kolektivne, faktičke i pravne zaštite. „Dirnuti“ u pravo svojine na zemljištu je, dugo tokom istorije, značilo ugroziti život i sigurnost vlasnika, porodice, roda, društva. Ipak, istorija “poznaje” brojne reforme usmerene na preraspodelu zemlje, odnosno deposediranje jednog vlasnika i dodelu zemlje, posredstvom države, drugom vlasniku.³ Te reforme, iako često društveno korisne, bile su uvek nasilne i nepravične prema vlasniku i predstavljale su “rušenje” garancije svojine kao „svetog, apsolutnog i neograničenog“ prava. One su potvrđivale da je svojina, pa i ona najznačajnija – na nekretninama, “čedo svoga vremena čije sadržinsko oblikovanje zavisi od svagdašnjeg društvenog poretka i na nju utiču različita politička, ekonomska i društvena shvatanja i vrednosti”⁴.

Nakon Drugog svetskog rata i pobeđe socijalističke revolucije u Kraljevini Jugoslaviji i stvaranja FNR Jugoslavije, nastupilo je na području ove bivše državne zajednice vreme promena, potrebnih i suvišnih, pravičnih i nepravičnih. Pod udar su došli, pored ratnih, nacionalnih i ideoloških neprijatelja, stranci i vlasnici nekretnina - vlasnici zemljišta, fabrika, kuća, stanova... Zemljište je oduzimano

2 Opsežno o tome, T. Sillani, Ch, „Limiti verticali“ della proprietà fondiaria, Giuffrè, Milano, 1994, str. 1-92, cit. prema P. Simonetti, Nekretnine kao objekti vlasništva i pravo građenja, Pravni život, Beograd, 11/2009, str. 519.

3 Monteskje, O duhu zakona, Beograd, 1989, tom I, str. 56: “Neki stari zakonodavci, poput Likurga i Romula, izdělili su zemlju na ravne delove. To se moglo učiniti jedino kod osnivanja kakve nove države, ili pak kada je stara bila u toj meri iskvarena, a duhovi se nalazili u takvom stanju da su se siromasi osetili obavezima da zatraže, a bogati prinuđenima da podnesu takav lek”.

4 V., D. Stojanović, Pravo svojine u Evropskoj ekonomskoj zajednici, Pravni život, Beograd, 11-12/1991, str. 1176.

vlasnicima po više osnova - agrarnom reformom, nacionalizacijom, konfiskacijom, eksproprijacijom sa simboličnom naknadom itd. Bilo je to vreme olakog posezanja za tuđom imovinom, vreme totalitarizma, vladavine svrsishodnog, a ne pravednog prava,⁵ pravne nesigurnosti, ali i vreme revolucionarnog komunističkog zanosa, obnove i preporeda razrušene i ratom opustošene zemlje. Socijalističko društveno uređenje karakteriše dominacija kolektivne (društvene i državne) nad individualnom (privatnom) svojinom.

Nakon devastacije socijalističke Jugoslavije, postavlja se, najpre, pitanje sukcesije između novostvorenih država. Ova pitanja se rešavaju na osnovu Sporazuma o sukcesiji zaključenog u Beču 29. juna 2001. g., čiji je cilj da među državama sukcesorima utvrdi i odredi pravilnu raspodelu prava i obaveza, aktive i pasive bivše zajedničke države. U Prilogu „G“ Sporazuma koji se odnosi na privatnu svojinu i stečena prava, čl. 2. izražava osnovnu ideju pravne zaštite imovine – priznati, zaštititi i vratiti u prvobitno stanje, nezavisno od državljanstva, prebivališta ili boravišta titulara, pravo na pokretnu i nepokretnu imovinu koja se nalazi na teritoriji Republike Srbije, a pripada fizičkim i pravnim licima iz država sukcesora, prema stanju na dan 31. 12. 1990. kada je postojala SFRJ.⁶ Svakako, konverzijom prava svojine na zemljištu ne može biti povređeno pitanje zaštite vlasnika, odnosno korisnika po Sporazumu. Međutim, pitanja sukcesije, iako se mogu tretirati kao prethodna i još uvek nisu rešena u svim slučajevima, nisu predmet našeg istraživanja. U radu se prvenstveno bavimo pitanjima promene režima državne svojine na građevinskom zemljištu u Republici Srbiji, odnosno reprivatizacijom i privatizacijom građevinskog zemljišta i transformacijom prava korišćenja u pravo svojine i stvaranjem jedinstvenog pravnog objekta - zgrade sa zemljištem u svojini vlasnika zgrade.

2. GARANCIJA PRAVA SVOJINE I DENACIONALIZACIJA NEKRETNINA U REPUBLICI SRBIJI

Svojina kao pravni pojam, u najširem smislu, označava društveno regulisani i zaštićeni pravni odnos predviđen za prisvajanje i korišćenje dobara. Rimski (individualistički) pojam svojine prihvaćen je i u buržoaskim kodifikacijama (tako čl. 544., 552. C.c.). Smatralo se da svojina na zemljištu obuhvata svojinu iznad i ispod zemlje, “sve do pakla“ (usque ad infernos”, kako su govorili srednjovekovni pravници). Nakon Prvog svetskog rata, od Vajmarskog Ustava (1919. g.), naglašen je socijalni karakter svojine i legalizovana su ograničenja svojine. “Svojina obavezuje.

5 “Pravda, svrsishodnost i sigurnost prava, zajednički vladaju pravom u svim njegovim vidovima, iako između sebe mogu doći u oštru protivrečnost. Različita doba će, naravno, biti sklona da odlučujući naglasak stave na jedan ili na drugi princip. Tako je policijska država nastojala da princip svrsishodnosti učini jedino vladajućim...”, G. Radbruch, *Filozofija prava*, izd. Nolit, Beograd, 1980., str. 99.

6 Opširnije o tome, M. Živković, Tumačenje članova 2, 4. i 7. priloga „G“ sporazuma o pitanjima sukcesije u praksi naših sudova i drugih organa, *Liber amicorum Dobrosav Mitrović*, Beograd, 2007, str. 696. i nadalje.

Njena upotreba treba istovremeno da služi opštoj koristi” (čl. 153.). “Porast stanovništva i modernizacija života odavno je “ugasila” individualistički pojam svojine. Neka, do juče apsolutna prava, nemaju više tako čvrste okvire; to više nisu tvrđave gde je zabranjeno pitati “zašto” i “kako” vlasnik nešto čini...”. Sa razvojem kapitalizma “ovlašćenja sopstvenika u kojima su neki videli “apsolutnog despota” postepeno su se pretvarala u izmaglicu”.⁷

U buržoaskim društvima svojina se sve više sužava u opštem interesu, tako što se vrše njena ograničenja, javnopravna (poput odredbi o građevinskom zemljištu i korišćenju poljoprivrednog i šumskog zemljišta; kulturnih dobara; zakonskih službenosti; telekomunikacije, gradnje itd.) i privatnopravna (poput susedskih prava i zabrane zloupotrebe prava).⁸ Međutim, od ograničenja treba razlikovati ukidanje prava svojine koje predstavlja gašenje privatne svojine i njeno pretvaranje u državnu svojinu uz odgovarajuću naknadu (eksprijacija) ili bez naknade (nacionalizacija i konfiskacija). Svojina je oduvek bila „na udaru“ vlasti.⁹ Ukidanja privatne svojine na zemljištu (poljoprivrednom, šumskom, građevinskom) bez naknade su najbrojnija nakon revolucionarnih promena. U novijoj istoriji, oduzimanje svojine bez naknade je bilo izvršeno u zemljama u kojima je sprovedena socijalistička revolucija. U FNR Jugoslaviji privatna svojina „doživljava sumrak“ kroz konfiskaciju, nacionalizaciju i nepravičnu eksprijaciju, dok jača kolektivna svojina (društvena i državna).

Sve je to uslovalo jačanje težnje vlasnika za državnom, ali i za međunarodnom (nacionalnom) garancijom svojine koja bi sprečila samovolju nosilaca javne vlasti. Pod garancijom svojine podrazumevamo njeno institucionalno garantovanje (kao pravnog instituta) i individualno garantovanje (kao subjektivnog prava koje ne može biti oduzeto vlasnicima, osim po zakonu i uz pravičnu naknadu).¹⁰ Garancija svojine na nacionalnom nivou se ostvaruje ustavom i zakonima kojima država treba da obezbedi poštovanje i zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda, pa i prava na imovinu. Nadnacionalna garancija međunarodnim pravom je realno ostvarena tek u drugoj polovini XX veka: Svojina je kao jedno od prava čoveka, najpre deklarativno,

7 V., R. Rodière, Zloupotreba prava, Anali PF u Beogradu, 1-2/1960, str. 2, 7. Drugi citat: E. Agostini, Sasušivanje prava svojine u Francuskoj (1804 - 1985), Anali PF u Beogradu, 5/1986, str. 471.

8 V., D. Stojanović, cit. delo, str. 1176; O. Stanković - M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1989, str. 97. i dr. Tako, Ustavom RS je predviđeno da se zakonom mogu ograničiti oblici korišćenja i raspolaganja poljoprivrednim zemljištem, šumskim zemljištem i gradskim građevinskim zemljištem u privatnoj svojini, da bi se otklonila opasnost od nanošenja štete životnoj sredini ili da bi se sprečila povreda prava i na zakonom zasnovanih interesa drugih lica (čl. 88.)“.

9 “U Nemačkoj je Fridrih Barbarosa prisvojio rudnike za sebe, a docnije je i drugi imperator, Napoleon, pošao njegovim stopama. S vremena na vreme, narušavana je “nedodirljivost” svojine, kao u slučajevima “oduzimanja imanja Burbonskoj, u Orleanskoj dinastiji, Napoleonu Bonaparti, Luju Renou, konfiskacija dobara državljanima neprijateljskih zemalja itd.” cit. prema E. Agostini, op. cit., str. 476.

10 V., M. Wolf, Sachenrecht, München, 1997, str. 30; D. Stojanović, Svojina kao pravni institut, Pravni život, 10/98, str. 332; M. Lazić, Privatna svojina, ograničenja i garancije, Pravni život, Beograd, 10/2004, str. 134 – 151; O svojini kao ljudskom pravu, U. Hösch, Eigentum und Freiheit, Tübingen, 2000.

ušla u međunarodne pravne akte (konvencije).¹¹ Pravni mehanizam zaštite na nivou Evrope je ostvaren Protokolom 1 (1952.g.) donetim uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950. g.). Protokolom 1 je predviđeno da “svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svoga vlasništva. Niko se ne sme lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu i to samo uz uslove predviđene zakonom i opštim načelima međunarodnog prava” (čl. 1). Zaštita po ovom Protokolu se ostvaruje pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu. Republika Srbija je Protokol 1 ratifikovala marta 2004. godine.

Nakon više decenija socijalističkog uređenja, društvena svojina se pokazuje kao “neefikasni eksperiment” i doživljava svoj „kolaps“. Nekadašnja socijalistička društva se u procesu reforme i demokratizacije vraćaju privatnoj svojini kroz denacionalizaciju, (re)privatizaciju i tržišno privređivanje, uz državnu (javnu) svojinu koja ostaje nužni korektor društvenih protivurečnosti bez obzira na oblik društvenog uređenja. Pravni razlozi vraćanja nasilno i nepravedno podruštvljene privatne svojine na nepokretnostima su, pre svega, izraženi osnovnom vrednošću prava - pravdom, pravičnošću i garancijom svojine. Uloga privatne svojine je da “slobodnom čoveku obezbedi privatni životni prostor koji ne zavisi od tuđe volje”.¹² Vraćanje oduzetih nepokretnosti (restitucija i reprivatizacija) je “nit” koja treba da uspostavi kontinuitet svojine i vladavine prava, kao i da stvori uslove za brži privredni razvoj. Pored toga, u istoj funkciji na teritorijama država nastalih iz bivše Jugoslavije je i razrešenje međusobnih imovinskih pitanja i sukcesije, što, ovom prilikom, nije tema našeg rada. Pravičnost zahteva potpuno obeštećenje razvlašćenih vlasnika, odnosno njihovih pravnih sledbenika, naturalnom ili novčanom restitucijom. *Restitutio ita faciend est, ut unusquisque integrum ius suum recipiat* (Paulus - D. 4, 4, 24, 4). Povraćaj (restitucija) se mora tako izvršiti kako bi se ponovo steklo svoje pravo u punom obimu.¹³ Da li je to učinjeno i da li je moguće?

U Republici Srbiji je delimično izvršeno vraćanje oduzetih nekretnina - poljoprivrednog zemljišta,¹⁴ dela imovine crkvama i verskim zajednicama,¹⁵ seoskih

11 Deklaracijom o pravima čoveka iz 1789, svojina je proglašena kao “jedno sveto i nepovredivo pravo, koje niko ne može biti lišen, izuzev kada to nedvosmisleno zahtevaju zakonom utvrđene javne potrebe i pod uslovom da se prethodno da pravična novčana naknada”. Univerzalna deklaracija o pravima čoveka iz 1948: “niko ne sme biti samovoljno lišen svoje imovine” (čl. 17. st. 2).

12 Wolf-Reiser, Sachenrecht, Tübingen, 1957, str. 171, cit. prema D. Stojanović, op. cit, str. 40.

13 Vidi: S. Perović, Vaskrs prava, Pravni život, Beograd, 11-12/1991, str. 1134; vidi: V. Vodinić, Pravo svojine na nepokretnostima i sukcesija država, u: “Prestanak SFRJ, pravne posledice”, Beograd, 1995, str. 82; D. Hiber, Koncept i pravni model denacionalizacije, Pravni život, Beograd, 9-10/1994, str. 827.

14 Zakon o načinima i uslovima priznavanja prava i vraćanju zemljišta koje je prešlo u društvenu svojinu po osnovu poljoprivrednog zemišnog fonda i konfiskacijom zbog neizvršenih obaveza iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda, “Službeni glasnik RS”, br. 18/91, sa izmenama i dopunama u br. 20/92 i Uredba Vlade RS za sprovođenje Zakona, “Službeni glasnik RS”, br. 41/91, 44/91 i 4/92. V., M. Lazić, Vraćanje poljoprivrednog zemljišta - početak ili kraj reprivatizacije, Pravni život, Beograd, 10/1995, str. 219-233

15 Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, “Sl. glasnik RS”, br. 46/2006.

pašnjaka i utrina¹⁶, dela zadružne imovine.¹⁷ Iako je sproveden postupak prijavljivanja i evidentiranja imovine¹⁸ koja je na teritoriji Republike Srbije oduzeta bez naknade tržišne vrednosti ili pravične naknade, primenom propisa i akata o nacionalizaciji, agrarnoj reformi, konfiskaciji, sekvestraciji, eksproprijaciji i drugih propisa donetih i primenjivanih posle 9. marta 1945. g., izostala je potpuna restitucija koja će, tek, uslediti. I pored reforme društvenog uređenja, i proklamovanog prava na zaštitu privatne svojine, uvođenja tržišnog privređivanja, poodmaklog procesa tranzicije i privatizacije, još uvek nedostaje potpuna restitucija i reprivatizacija nepokretnosti. Takođe, i sa primenom Sporazuma o pitanjima sukcesije između novostvorenih država ima dosta problema u pravnoj praksi Republike Srbije. U nastavku rada, bavićemo se pitanjem promene režima svojine na građevinskom zemljištu, odnosno konverzijom prava korišćenja u pravo svojine.

3. REŽIM SVOJINE I PRAVO KORIŠĆENJA GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA

Značaj i ograničenost građevinskog zemljišta, uslovljava da je i problem vlasništva na građevinskom zemljištu i odnosa sa vlasništvom na zgradi, aktuelan u svim društvima.

Rimsko pravo je koliziju između vlasnika zgrade i vlasnika zemljišta rešavalo primenom principa *superficies solo cedit*, po kome sve građevine koje su čvrsto spojene sa zemljištem čine pravno jedinstvo, odnosno tretiraju se kao jedinstvena nepokretnost u svojini vlasnika zemljišta. Međutim, oduvek je pravni poredak predviđao i neke izuzetke od ovog pravila, kao izraz potreba da se svojina na zgradi razdvoji od svojine na zemljištu na kome je zgrada podignuta. U rimskom pravu i kasnije u pravnim porecima zasnovanim na romanskoj pravnoj tradiciji, ovo razdvajanje je vršeno superficijarnim pravom, a u germanskom pravnom području - pravom građenja. Ova prava imaju funkciju da omoguće licima izgradnju i korišćenje zgrade na tuđem zemljištu uz plaćanje naknade vlasniku zemljišta za

16 Zakon o vraćanju utrina i pašnjaka selima na korišćenje, "Službeni glasnik RS", br. 16/92. Primena ovog zakona je u praksi veoma mala. Stočarstvo je zapušteno zbog nerentabilnosti pa seljaci nemaju velikog interesa za vraćanjem pašnjaka i utrina na korišćenje, koje su šumska gazdinstva najčešće pošumila.

17 Zakon o zadrugama, "Sl. list SFRJ", br. 3/90; Zakon o načinu i uslovima vraćanja imovine stečene radom i poslovanjem zadruga i zadrugara posle 1.7.1953.g., "Sl. glasnik SRS", br. 46/90.

18 Zakon o prijavljivanju i evidentiranju oduzete imovine, ("Sl. Glasnik RS, br. 45/2005". Imovinom, u smislu ovog Zakona, smatra se pravo svojine na nepokretnim i pokretnim stvarima, kao i druga imovinska prava. Prema podacima Mreže za restituciju, utvrđeno je da je posleratna vlast na teritoriji Srbije oduzela 11.031 kuću, 8.610 kuća sa dvorištem, 8.356 poslovnih prostorija, 5.416 stambenih zgrada, 3.032 stana, 2.080 dvorišta i 3.198 drugih objekata. Građani RS potražuju od države oko šest milijardi kvadratnih metara zemljišta. Od toga, tri milijarde poljoprivrednog, 109 miliona građevinskog i 430 miliona kvadratnih metara šumskog zemljišta.

korišćenje, a što pojevtinjuje stambenu izgradnju. S druge strane, vlasnici zemljišta (fizička i pravna lica, opštine i gradovi) ostvaruju ekonomsku korist od zemljišta, bez njegovog trajnog otuđenja. U XIX veku ovi instituti su zapostavljeni jer su se protivili ideji individualističkog koncepta svojine.

“Industrijska revolucija i priliv proletarijata u velike gradove, prati i porast cena građevinskog zemljišta, tako da se kao logičan zaključak nameće pitanje nacionalizacije građevinskog zemljišta. Kapitalisti se ne usuđuju na podruštvljenje zemljišta, jer bi moglo pokrenuti, poput lavine, zahteve radničke klase za podruštvljenje svih sredstava za proizvodnju, što bi neminovno vodilo socijalnom prevratu”.¹⁹ Međutim, potreba pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade, i prostornog planiranja izgradnje javljaju se kao neophodnosti modernih društava počev od XX veka. U kapitalističkim društvima ovaj problem se rešava eksproprijacijom zemljišta i pravom građenja.²⁰ U socijalističkim zemljama dolazi do podruštvljavanja građevinskog zemljišta, a građanima se omogućava sticanja prava svojine na zgradi i prava korišćenja na građevinskom zemljištu.

Regulisanje vlasničko-pravnih odnosa na građevinskom zemljištu u bivš. SFR Jugoslaviji, njegovo izuzimanje, podruštvljavanje i stavljanje van prometa izvršeno je Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta („Sl. list FNRJ“, br. 52/1958, u daljem tekstu: Zakon o nacionalizaciji). Ovim zakonom su, izgrađena i neizgrađena građevinska zemljišta na području grada i naselja gradskog karaktera, po sili zakona (*ex lege*), transformisana u društvenu svojinu „radi njegovog racionalnijeg korišćenja i planske izgradnje gradova i naselja gradskog karaktera kao i drugih urbanih sredina“ (čl. 1., čl. 34. – 41.). Vlasnik zgrade sticao je pravo korišćenja zemljišta koje pokriva zgrada i zemljišta za redovnu upotrebu zgrade sve dok zgrada postoji (član 37.). Na zahtev ranijeg vlasnika, nacionalizovano građevinsko zemljište mu je moglo biti dodeljeno u svrhu izgradnje porodične stambene zgrade uz obavezu da zgradu izgradi u propisanom roku od tri godine (član 40.). Zakon o nacionalizaciji je napustio princip *superficies solo cedit* i razdvojio pravno jedinstvo svojine na zemljištu i zgradi, jer je gradsko građevinsko zemljište bila isključivo u državnoj/društvenoj svojini. „Vlasnički odnosi na gradskom građevinskom zemljištu su se mijenjali, ali je ono u pravu bivše Jugoslavije pa sve do danas, zbog svog značaja konstantno bilo podvrgnuto posebnom pravnom režimu, proglašeno dobrom od općeg interesa.“²¹

U takvim uslovima, nije postojalo ni klasično pravo građenja po kome gradilac ima pravo da upotrebljava zgradu i deo zemljišta na određeni rok (najviše 99

19 Vidi: P. Simonetti, Pravo građenja, Zagreb, 1983., diss., str. 36 i nadalje; vidi: P. Simonetti, Pravno jedinstvo i pravni dualitet nekretnina I i II dio, Hrvatska pravna revija, 1/2008 i 7/2008.

20 Opširnije, P. Simonetti, cit. diss., str. 38: „Prvi propisi o obaveznom prostornom planiranju gradova koji su predstavljali ograničenje prava vlasništva, na urbanom zemljištu, donijeti su u drugoj polovini XIX stoljeća, odnosno početkom XX stoljeća. Takve propise Švedska je donijela 1874., a Nizozemska 1901.

21 M. Povlakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009., str. 143.

godina).²² Pravo građenja sa pravom korišćenja građevinskog zemljišta u društvenoj svojini bilo je regulisano zakonima o građevinskom zemljištu.²³ Privatnim vlasnicima je i po ovim zakonima zemljište u urbanizovanom gradskom reonu oduzimano uz naknadu i pretvarano u gradsko građevinsko zemljište, uz mogućnost priznanja bivšem vlasniku, pod određenim uslovima, pravo prvenstvenog građenja na jednoj građevinskoj parceli. Pravo korišćenja uz simboličnu naknadu, zbog neograničenog trajanja, praktično je pretvorilo zemljište u pripadak zgrade.

Ustav SFRJ iz 1974. g.²⁴ je odredio da ne može postojati pravo svojine na zemljištu u gradovima i naseljima gradskog karaktera, te da se zakonom određuju uslovi, način i vreme prestanka prava svojine, način i uslovi korišćenja i naknada za to zemljište. Odlukom Ustavnog suda SFRJ iz 1986. godine, zauzet je stav da se Zakon o nacionalizaciji više ne može primjenjivati s obzirom da Ustav, kada to zahteva opšti interes, ne dopušta više nacionalizaciju, već samo eksproprijaciju građevinskog zemljišta.

Ustav SR Jugoslavije iz 1992. g. („Sl. list SRJ“ br. 1/92) je u čl. 73. st. 4. predvideo da na gradskom građevinskom zemljištu može postojati privatna ili drugi oblik svojine, suprotno rešenju iz Ustava Republike Srbije („Sl. Glasnik RS“ 1/92 koji u čl. 60. dopušta samo sticanje prava korišćenja). Zakon o građevinskom zemljištu Srbije („Sl. Glasnik RS“ br. 44/95) u čl. 4. st. 3. prihvata rešenje iz saveznog Ustava, i predviđa da se aktom o određivanju gradskog građevinskog zemljišta ne menja oblik svojine. Zemljište koje je do dana stupanja na snagu ovog ZGZ (5. 11. 1995), određeno kao gradsko građevinsko zemljište ostaje u državnoj svojini, osim zemljišta na kome u postupku predviđenom Zakonom bude uspostavljen raniji režim svojine (čl. 33).

U pogledu građevinskog zemljišta, oduzimanjem zemljišta i podruštvljenjem je napušten princip pravnog jedinstva zemljišta i zgrade, i tradicionalni princip *superficies solo cedit*. Zato se u svim državama nastalim iz bivš. Jugoslavije, kao imperativ, javio zahtev za reprivatizacijom građevinskog zemljišta i uspostavljanjem pravnog jedinstva zemljišta i zgrade (restitucijom, privatizacijom i transformacijom prava korišćenja). Transformacijom prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine ponovo se ostvaruje pravno jedinstvo zemljišta i zgrade, što je suština načela *superficies solo cedit*, iako se u ovom prelaznom periodu to čini sa obrnutom prednošću - u korist vlasnika zgrade.

22 O pravu građenja, v: W-R. Bub, M. Schmid, H-G. Jatzek: Grundstücke - erwerben, besitzen, belasten und verkaufen, München, 1996, str. 64; P. Simonetti, Priroda prava korišćenja građevinskog zemljišta u društvenoj svojini, Zbornik radova: Promjene u pravu svojine, Sarajevo, 1990, str. 47, 48; M. Lazić, Pravo građenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2002., br. 42, str. 199. i dr.

23 U Srbiji su važila tri Zakona o građevinskom zemljištu sa brojnim izmenama, („Sl. glasnik SRS“, br. 32/75); („Sl. glasnik SRS“, br. 20/79, 16/83, 38/84, 14/86, 27/86 - prečišćeni tekst, 45/89, 2/90 - ispr., 23/90 - prečišćeni tekst i br. 3/90 - ispr., 53/93, 67/93 i 48/94) i („Sl. glasnik RS“, br. 44/95 i 16/97 i „Sl. list SRJ“, br. 16/2001 - odluka SUS).

24 V., član 81. Ustava SFR Jugoslavije („Službeni List SFRJ“, br. 9/74); Rešenje Ustavnog suda SFRJ br. U-28/82 od 24. maja 1986. g. („Službeni list SFRJ“, br. 57/86).

U Republici Hrvatskoj je prilikom preuzimanja ZOSPO kao republičkog zakona 1991. g., izmjenjena odredba čl. 12. (čl. 9. Zakona o preuzimanju ZOSPO), tako što je pravo korištenja zamenjeno pravom vlasništva, jer je ograničenje vlasništva na vrijeme dok postoji zgrada smatrano protivno ustavnoj garanciji vlasništva.²⁵ Konačno, pravno jedinstvo nekretnina u hrvatskom pravu izvršeno je Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske.²⁶ U Republici BiH (1995), a tako i u Federaciji BiH prilikom donošenja ZOVO, čl. 12. ZOSPO izmenjen je samo utoliko što je određeno da umjesto prava trajnog korištenja vlasnik zgrade ima pravo vlasništva na zemljištu na kome je zgrada izgrađena i koje služi za redovnu upotrebu zgrade, ako zakonom nije drugačije određeno. Tek donošenjem ZGZ FBiH predvidelo se da gradsko građevinsko zemljište može biti kako u državnom tako i u privatnom vlasništvu, te da se može slobodno prenositi (čl. 4.). Putem odredbe čl. 39. je izvršena denacionalizacija izgrađenog građevinskog zemljišta i pretvorba trajnog prava korištenja. „Time je izvršena u Federaciji BiH denacionalizacija, ali ne i restitucija izgrađenog gradskog građevinskog zemljišta. Cilj odredbe nije bio vratiti zemljište bivšim vlasnicima, nego ga povezati sa vlasništvom na zgradi. Putem ove zakonske mjere uspostavljeno je u pogledu izgrađenog gradskog građevinskog zemljišta pravno jedinstvo nekretnine. Ovo se međutim desilo putem inverzije: od zgrade prema zemljištu.“²⁷

U zakonodavstvu Srbije, građevinsko zemljište je određeno kao zemljište predviđeno za izgradnju i redovno korišćenje objekata, kao i zemljište na kojem su izgrađeni objekti u skladu sa Zakonom i zemljište koje služi za redovnu upotrebu tih objekata (čl. 82. Zakona o planiranju i izgradnji, u daljem tekstu: ZPI, Zakon).²⁸ Građevinsko zemljište obuhvata dve kategorije: gradsko građevinsko zemljište (zemljište u građevinskom području naseljenog mesta) i građevinsko zemljište van granica gradskog građevinskog zemljišta (zemljište u građevinskom području izvan naseljenog mesta) (čl. 84. – 86. ZPI). Zemljište je građevinsko ako je to određeno zakonom i nekim planskim dokumentom.²⁹ Planskim dokumentom kojim se

25 Više, P. Simonetti, Trajno pravo korištenja i njegova pretvorba u pravo vlasništva vlasnika zgrade, Zbornik PF Sveučilišta u Rijeci, 2/1999, str. 513; Odl. Ustavnog suda Republike Hrvatske od 30. 11. 1994., „Narodne novine“ 92/94.

26 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske („Narodne novine R Hrvatske“, br. : 9/96, 68/88, 73/00 i 114/01).Vidi: N. Gavella, Novo hrvatsko stvarno pravo u funkciji prilagodbe pravnog poretka Republike Hrvatske europskome; Budimpeštanski simpozijum – Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Budimpešta, 2003., str. 27; P. Simonetti, Uspostavljanje prava vlasništva na građevinskom zemljištu u Republici Hrvatskoj, cit. Budimpeštanski simpozijum, str. 246. V. i: N. Gavella i drugi, Stvarno pravo, Zagreb, 1998., str. 288.; P. Simonetti, Pravno jedinstvo nekretnine i njezinih posebnih dijelova, u: Rasprave iz stvarnog prava, Rijeka, 2001., str. 165-201.

27 M. Povlakić, Transformacija stvarnog prava u BiH, Sarajevo, 2009., str. 149. i nadalje.

28 Zakon o planiranju i izgradnji (“Sl. glasnik RS”, br. 72/2009 i 81/2009 - ispr.) koji je stupio na snagu 11. 9. 2009. g. Stupanjem na snagu ovog Zakona prestaje da važi Zakon o planiranju i izgradnji (“Sl. glasnik RS”, br. 47/2003, 34/2006 i 39/2009 - Odluka US).

29 *Građevinsko područje* jeste područje određeno planskim dokumentom, a predstavlja izgrađeni i uređeni deo naseljenog mesta, kao i neizgrađeni deo područja planiran za zaštitu, uređenje ili

određuje građevinsko zemljište ne može se promeniti oblik svojine na tom zemljištu, ali se može promeniti namena, npr. poljoprivrednog u građevinsko zemljište (član 87. ZPI). Prema stanju zemljišta, građevinsko zemljište može biti izgrađeno i neizgrađeno, odnosno uređeno i neuređeno.

Građevinsko zemljište može biti u svim oblicima svojine (javna, privatna, zadružna, mešovita – prim. autora) i može biti predmet pravnog prometa (čl. 83. ZPI). Pravo svojine na građevinskom zemljištu u javnoj svojini ima Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave. Do sada u RS nije donet zakon o javnoj svojini koji bi precizirao šta sve ona obuhvata. Pravo pretvaranja (transformacije, konverzije) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu imaju vlasnici zgrada i objekata na građevinskom zemljištu, bez obzira da li se zgrade i objekti nalaze u režimu privatne ili javne svojine.

4. PRETVARANJE PRAVA KORIŠĆENJA GRAĐEVINSKOG ZEMLJIŠTA U PRAVO SVOJINE U REPUBLICI SRBIJI

Zakon o planiranju i izgradnji napušta pravilo (nastalo na podlozi društvene/državne svojine) po kome su trajni objekti pravno odvojeni od zemljišta trajnim pravom korišćenja. Zakonom (čl. 101. do 109. ZPI) se reguliše na koji način i pod kojim pretpostavkama se vrši konverzija prava trajnog korišćenja i prava zakupa građevinskog zemljišta u pravo svojine i to tako što vlasnik objekta postaje vlasnik zemljišta, suprotno pravilu *superficies solo cedit*, jer je to najcelishodniji način da se otklone posledice prethodnog razdvajanja svojine na zemljištu i zgradi. ZPI je srodan sa materijom Zakona o državnom premeru i katastru (u daljem tekstu: ZDPK³⁰), tako da su određeni postupci povezani, a odredbe uslovljene. Međutim, postojanje razlika u značenju istih pojmova, nepovezanost pojedinih procesnih radnji i neusaglašenost nekih odredbi izazivaju probleme u primeni.³¹

ZPI predviđa javnu svojinu, što je u skladu sa odredbom čl. 86. Ustava RS («Sl. glasnik RS», br. 98/2006), koji određuje da je javna svojina državna svojina i da su joj titulari Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave. Međutim, Zakon o javnoj svojini nije donet, a važeći Zakon o sredstvima u svojini Republike Srbije («Sl. glasnik RS», br. 53/95, 3/96 - ispr., 54/96, 32/97 i 101/2005 - dr. zakon) propisuje da su sva sredstva koja koriste državni organi državna svojina i ne predviđa mogućnost da autonomna pokrajina i jedinice lokalne samouprave, javna preduzeća i ustanove kojima je osnivač država, pokrajina ili lokalna samouprava

izgradnju objekata (čl. 2. ZPI). *Planski dokumenti* su prostorni plan (RS; regionalni; jedinice lokalne samouprave i područja posebne namene) ili urbanistički planovi (generalni; plan generalne i plan detaljne regulacije).

30 «Sl. glasnik RS», br. 72/2009 i 18/2010.

31 Tako, odredbe čl. 65. do 68. ZPI, kojima se regulišu projekti geodetskih radova: parcelacije, preparcelacije i dr., su ponekad toliko detaljne da prelaze u sukob nadležnosti sa odredbama ZDPK, ili odredbe ZPI zapostavljaju pravila geodetske struke (npr. kod određivanja granica zemljišta za redovnu upotrebu objekta, upisa susvojine etažnih vlasnika) i dr.

budu vlasnici. Neophodno je doneti što pre zakon o javnoj svojini, a nacrt je izrađen 2008. g.

Evidencija građevinskog zemljišta vodi se u katastru nepokretnosti po katastarskim parcelama (realni list nepokretnosti) poljoprivrednog, šumskog, građevinskog i drugog zemljišta, i po vlasnicima (personalni list nepokretnosti), koja evidencija je u nadležnosti Republičkog geodetskog zavoda (RGZ). Međutim, ZPI uređenje i korišćenje građevinskog zemljišta i izgradnju objekata zasniva na građevinskoj parceli, pod kojom podrazumeva deo građevinskog zemljišta, sa pristupom javnoj saobraćajnoj površini, koja je izgrađena ili planom predviđena za izgradnju. Njihov odnos reguliše čl. 65. ZPI kojim je propisano da se na većem broju katastarskih parcela može obrazovati jedna ili više građevinskih parcela, odnosno da se na jednoj katastarskoj parceli može obrazovati veći broj građevinskih parcela.

Osnovni značaj ZPI je što je omogućio da se, ako je građevinsko zemljište izgrađeno, uspostavi pravno jedinstvo nepokretnosti - zemljišta i objekta koji je na njemu izgrađen, i to u korist vlasnika (suvlasnika) objekta ili zgrade³². Pretvaranje prava korišćenja izgrađenog i neizgrađenog građevinskog zemljišta u pravo svojine na građevinskom zemljištu odvija se, u skladu sa zakonom, na dva načina: (a) bez naknade ili (b) uz naknadu.

a) Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine bez naknade

Po ZPI (čl. 100. – 102.), pravo na konverziju prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu bez naknade, imaju:

a) Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave, koji su u zemljišnom registru bili upisani kao imaoci prava korišćenja na neizgrađenom i izgrađenom zemljištu u državnoj svojini; pravna lica čiji je osnivač neki od navedenih javnih subjekata koja su u zemljišnom registru bila upisana kao imaoci prava korišćenja na neizgrađenom i izgrađenom zemljištu u državnoj svojini. Ovim licima, danom stupanja na snagu ZPI, *ex lege*, prestaje pravo korišćenja na tim nepokretnostima i prelazi u pravo javne svojine, bez naknade (čl. 100.).

U roku od jedne godine od stupanja na snagu ZPI, javni pravobranilac ili drugo lice koje zastupa lokalnu samoupravu može da podnese zahtev za upis prava javne svojine u javnu evidenciju na izgrađenom i neizgrađenom građevinskom zemljištu koje koristi lokalna samouprava, a ako zahtev ne bude podnet, upis prava javne

32 *Objekat (glavni, pomoćni i posebni)* je najopštiji pojam koji obuhvata sve građevine koje su spojene sa tlom, ali i same instalacije, postrojenja i opremu koja se ugrađuje u objekat ili samostalno izvodi (zgrade svih vrsta, saobraćajni, vodoprivredni i energetski objekti, unutrašnja i spoljna mreža i instalacije, javne zelene površine... i sl. - čl. 2. tač. 22. ZPI). *Zgrada* jeste objekat sa krovom i spoljnim zidovima, izgrađen kao samostalna upotrebna celina koja pruža zaštitu od vremenskih i spoljnih uticaja, a namenjena je za stanovanje, obavljanje neke delatnosti ili za smeštaj i čuvanje životinja, robe, opreme za različite proizvodne i uslužne delatnosti i dr. Zgradama se smatraju i objekti koji imaju krov, ali nemaju (sve) zidove (npr. nadstrešnice), kao i objekti koji su pretežno ili potpuno smešteni ispod površine zemlje (skloništa, podzemne garaže i sl.) (čl. 2. tač. 22. ZPI).

svojine u korist lokalne samouprave izvršice *nadležni organ po službenoj dužnosti*. U slučajevima kada je sporno ko je korisnik određenog objekta, važi rok od jedne godine u kome će lokalne samouprave moći da pokrenu postupak za zaštitu svojih prava.

b) Lica (fizička i pravna) koja su vlasnici zgrada i upisana su kao nosioci prava korišćenja na izgrađenom građevinskom zemljištu u državnoj svojini, danom stupanja na snagu zakona, postaju vlasnici građevinskog zemljišta.

c) Etažni vlasnici posebnih fizičkih delova u stambenim zgradama sa više stanova, poslovnim i poslovno-stambenim zgradama, koje su izgrađene na građevinskom zemljištu u državnoj svojini. Njihovo pravo korišćenja na zemljištu pod zgradom i zemljištu koje služi za redovnu upotrebu zgrade se, po zakonu, pretvara u pravo susvojine na zemljištu "srazmerno površini posebnih fizičkih delova čiji su vlasnici" (čl. 101. stav 2. ZPI). Udeli suvlasnika mogu biti određeni razlomkom, procentom ili decimalnim brojem. S obzirom na tehničke probleme oko utvrđivanja udela i činjenice da se knjžižba vrši samo po zahtevu, ovu konverzija po sili zakona, u praksi, etažni vlasnici realizuju tek uknjižbom uz mnogo prethodnih pitanja i problema koje moraju da razreše.

Iako je opravdana konverzija srazmerno površini fizičkih delova zgrade, ovakvo rešenje ima određene tehničke i pravne probleme kod uknjižbe u katastru nepokretnosti. Tako, opis prava svojine na malim površinama građevinskog zemljišta (npr. ispod $1/2$ m²) opteretice bazu katastra nepokretnosti velikim brojem upisa i može iskomplikovati promet nepokretnosti. Listovi nepokretnosti etažnih vlasnika u važećoj elektronskoj bazi podataka RGZ imaju tačnost od $1/2$ m², a udeli etažnih vlasnika u višespratnicama na građevinskom zemljištu biće i manji itd.

S druge strane, nameće se pitanje da li etažni vlasnici koji su postali suvlasnici građevinskog zemljišta mogu da obavljaju promet tog suvlasničkog zemljišta samo istovremeno sa prometom svojine na fizičkom delu objekta ili i odvojeno što, u praksi, može dovesti do situacije da se suvlasnici na građevinskom zemljištu razlikuju od vlasnika fizičkih delova objekta. Time bi pravno jedinstvo nekretnine – zemljišta i zgrade, bilo ponovo narušeno. U pravnoj teoriji i praksi se postavlja pitanje, da li je bilo celishodnije da je građevinsko zemljište konvertovano u pravo zajedničke nedeljive svojine čime bi pravo svojine na građevinskom zemljištu pratilo sudbinu zajedničkih delova zgrade. Međutim, rešenje sa sticanjem susvojine je pravičnije, a i zajednička (nedeljiva) svojina je nepodobna za pravni promet, što bi umrtvilo tržište građevinskog zemljišta kao značajnog kapitala. Zato smatramo da je navedeno rešenje prihvatljivo. Smatramo da pitanje eventualnog dopuštanja odvojenog prometa zemljišta i zgrade koje je predmet posebnog zakona, načelno, ne treba dopustiti jer bi moglo dovesti do ponovnog dualiteta svojine.

Konverzijom, vlasnik, odnosno etažni vlasnik zgrade postaje vlasnik, odnosno suvlasnik građevinskog zemljišta pod zgradom i onog koje služi za redovnu upotrebu zgrade. S obzirom da tu površinu treba utvrditi i da se stiće (su)svojina na građevinskom zemljištu (a ne na katastarskoj parceli), iako se pravo svojine stiće po sili zakona, uknjižba ove svojine zahteva učešće korisnika, odnosno vlasnika.

Rok za podnošenje zahteva za uknjižbu nije predviđen, niti je izričito predviđen upis po službenoj dužnosti. Doduše, predviđeno je da upis vrši organ nadležan za poslove vođenja evidencije nepokretnosti i pravima na njima, na osnovu izvoda iz javne knjige o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima (čl. 101. st. 6. ZPI) koji dostavljaju vlasnici, odnosno etažni vlasnici.

Tako, ako vlasnik objekta, odnosno posebnog fizičkog dela objekta nije upisan kao imalac prava korišćenja na građevinskom zemljištu na kome je objekat izgrađen, već je upisan neki od javnih subjekata, pre sticanja prava svojine, od strane organa lokalne samouprave za imovinsko-pravne poslove, utvrđuje se zemljište za redovnu upotrebu objekta (čl. 102. st. 1. ZPI). Zemljište za redovnu upotrebu objekta jeste zemljište ispod objekta i zemljište oko objekta u površini koja je određena kao minimalna za formiranje novih parcela za tu zonu, po važećem planskom dokumentu, za taj objekat. Ukoliko se utvrdi da površina katastarske parcele istovremeno predstavlja i zemljište za redovnu upotrebu objekta, vlasnik postojećeg objekta stiće pravo svojine na tom građevinskom zemljištu, bez naknade. Ako je zemljište za redovnu upotrebu objekta manje od katastarske parcele na kojoj je objekat sagrađen, vlasnik zemljišta može, ako se od preostalog zemljišta ne može formirati posebna građevinska parcela, taj preostali deo zemljišta dati u zakup vlasniku objekta ili otuđiti vlasniku objekta po tržišnoj ceni, neposrednom pogodbom (čl. 96. st. 9. tač. 4. ZPI). Ako je zemljište za redovnu upotrebu objekta manje od katastarske parcele na kojoj je objekat sagrađen, a od preostalog dela zemljišta se može formirati posebna građevinska parcela, vlasnik preostalog dela zemljišta raspolaže tim zemljištem u skladu sa Zakonom. Tek po pravnosnažnosti rešenja kojim se utvrđuje zemljište za redovnu upotrebu objekta, odnosno okončanom postupku, vlasnik objekta u skladu sa ovim zakonom stiće pravo na upis svojine na građevinskom zemljištu, odnosno zakupa u javnoj knjizi o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima.

d) Vlasnici objekta ili vlasnici posebnih fizičkih delova objekta, izgrađenim na građevinskom zemljištu za koje je zaključen ugovor o zakupu radi izgradnje na rok od preko 50 godina, imaju pravo da im se utvrdi pravo svojine na građevinskom zemljištu, odnosno pravo susvojine na građevinskom zemljištu srazmerno površini posebnih fizičkih delova, bez naknade. Zakon u ovim situacijama ne pretvara pravo korišćenja zemljišta vlasnika objekata ili etažnih vlasnika u pravo svojine (susvojine), nego na tom zemljištu utvrđuje to pravo.

Lica koja su ostvarila pravo zakupa na ostalom građevinskom neizgrađenom zemljištu u državnoj svojini, po ranije važećem zakonu, a po završetku izgradnje su posebne fizičke delove objekta prodali trećim licima, ostaju obveznici plaćanja zakupnine po važećem ugovoru o zakupu (čl. 101. st. 4. ZPI), iako su kupci mogli da postanu suvlasnici građevinskog zemljišta. Ovo rešenje izaziva opravdane dileme. Proizilazi da zakupninu plaća onaj koji nije vlasnik nekretnine (zemljišta i zgrade), a da ni zakupodavac kome se plaća zakupnina, više nije vlasnik zemljišta. "Ova rješenja su vrlo nepraktična, jer zakupodavac neće moći osigurati svoja periodična potraživanja, koja traju do isteka ugovorenog roka o zakupu (u praksi do 99 godina) hipotekarnim zalaganjem zgrade, odnosno posebnih dijelova zgrade koji su sada u

vlasništvu trećih osoba koje iz tog pravnog odnosa ništa ne duguju zakupodavcu.³³ Smatramo da u ovom slučaju treba omogućiti gašenje zakupnog odnosa uz naknadu neisplaćenog dela zakupnine od strane zakupca (cena zakupa je ukalkulisana u vrednost prodatih posebnih delova zgrade), a da novi (su)vlasnici građevinskog zemljišta koji su stekli trajno pravo svojine, ne duguju naknadu javnim subjektima. Ukoliko zakupodavac nije javni subjekt, pošto je novo pravo svojine utvrđeno zakonom, zakupodavci kao bivši vlasnici mogu da traže naknadu od države po pravilima o eksproprijaciji.

Za upis prava svojine stečenog, po sili zakona, konverzijom prava korišćenja u pravo svojine bez naknade, ovlašćena lica podnose zahtev organizacionoj jedinici RGZ za uknjižbu, odnosno dostavljaju izvod iz javnog registra. U slučaju da nisu upisani kao vlasnici objekta, odnosno posebnih fizičkih delova objekta, podnose i izvod iz javne knjige o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima (izvod iz zemljišne knjige, knjige tapija, intabulacione knjige, knjige prodatih društvenih stanova sa hipotekom).

Pravo na konverziju nemaju:

- lica koja su ostvarila pravo zakupa na ostalom građevinskom neizgrađenom zemljištu u državnoj svojini, a trećim licima prodala svoj poseban fizički deo objekta i

- lica koja mogu ostvariti pravo na konverziju prava korišćenja u pravo svojine uz naknadu.

Konverzija prava korišćenja se ostvaruje na pojedinačnim katastarskim parcelama. Procena je da oko sedam miliona katastarskih parcela u Republici Srbiji, čini gradsko građevinsko zemljište, ali je izostalo očekivano podnošenje velikog broja zahteva za upis prava svojine stečene konverzijom bez naknade. Međutim, pošto je podnet veliki broj zahteva za legalizaciju bespravno izgrađenih objekata (takođe regulisana ZPI), očekuje se konverzija zemljišta i za ove objekte.

b) Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine uz naknadu

Mogućnost da pravo korišćenja na izgrađenom ili neizgrađenom građevinskom zemljištu u državnoj, odnosno javnoj svojini, transformišu u pravo svojine uz naknadu, imaju:

a) Privredna društva i druga pravna lica koja su stekla pravo korišćenja građevinskog zemljišta u državnoj odnosno javnoj svojini primenom odredbi zakona o privatizaciji, stečaju ili izvršnom postupku, kao i njihovi pravni sledbenici. Pravo korišćenja može se konvertovati u pravo svojine na pojedinačnim katastarskim parcelama, uz naknadu tržišne vrednosti tog građevinskog zemljišta u momentu konverzije prava, umanjenu za troškove pribavljanja prava korišćenja na tom građevinskom zemljištu (čl. 103. ZPI).

33 P. Simonetti, Uspostava prava vlasništva na građevinskom zemljištu u Republici Hrvatskoj, cit. Budimpeštanski simpozijum, str. 247 i nadalje.

b) Lica koji su pravo korišćenja na neizgrađenom građevinskom zemljištu u državnoj svojini stekli radi izgradnje, u skladu sa ranije važećim zakonima o građevinskom zemljištu, do 13. maja 2003. godine ili na osnovu odluke nadležnog organa. Pravo konverzije se vrši uz naknadu tržišne vrednosti tog zemljišta u momentu konverzije prava, umanjene za iznos stvarnih troškova pribavljanja prava korišćenja, sa obračunatom revalorizacijom do momenta uplate po ovom osnovu. Prilikom utvrđivanja stvarnih troškova pribavljanja nepokretnosti ne obračunava se plaćena naknada za uređivanje građevinskog zemljišta (čl. 104. ZPI).

Članom 104. st. 4. ZPI je predviđeno: "Ako se u roku od jedne godine od dana stupanja na snagu ovog zakona ne konvertuje pravo korišćenja u pravo svojine, nadležni organ po službenoj dužnosti utvrđuje prestanak prava korišćenja u skladu sa odredbama ovog zakona i utvrđuje pravo svojine u korist jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji se nalazi predmetno zemljište". Ustavni sud Srbije je svojom Odlukom³⁴ ovu odredbu proglasio neustavnom, jer je utvrdio da je propisivanje roka, po kojoj stečeno pravo korišćenja na zemljištu prestaje, po sili zakona, ako nadležni organi (organ jedinice lokalne samouprave) ne odluči o konverziji u predviđenom prekluzivnom roku i prelazi u javnu svojinu. Ustavni sud je ocenio da zakonom propisano pravo na konverziju prava korišćenje u pravo svojine može biti ograničena rokom za podnošenja zahteva (kao kod konverzije bez naknade, čl. 100. stav 6. - prim. autora:), ali ne može zavisiti od efikasnosti nadležnih opštinskih organa koji odlučuju o zahtevu za konverziju, odnosno ne može ćutanje upravnog organa biti na štetu podnosioca zahteva. Time se povređuje Ustavom zajamčeno pravo na mirno uživanje svojine, kao i načelo jednakosti svih pred Ustavom i zakonom. Takođe, nameće se pitanje zašto se u tom slučaju odlučivanje o sticanju prava svojine, automatski prenosi na RGZ, koji upis promene u katastar nepokretnosti vrši na osnovu svoje odluke, osim ako se hteo "privid prava" da to čini drugi državni organ u korist prvog. Neustavna odredba nije promenjena u zakonu.

c) Pravo na konverziju imaju i vlasnici oduzetog zemljišta uz naknadu koje nije privedeno nameni. Po člana 99. Zakona, nadležni organ će poništiti rešenje o izuzimanju gradskog građevinskog zemljišta iz poseda ranijeg vlasnika ili njegovog zakonskog naslednika, ako su se kumulativno stekle sledeće pretpostavke: 1) ako je zemljište izuzeto do 13.5.2003. godine (kao dana stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji ("Sl. glasnik RS", br. 47/2003, 34/2006 i 39/2009 - odluka US - dalje: ranije važeći Zakon), 2) korisnik gradskog građevinskog zemljišta isto nije privedo nameni do 13. 5. 2004. Godine i 3) raniji vlasnik ili njegov zakonski naslednik je podneo zahtev navedenom nadležnom organu, u roku od šest meseci od dana stupanja na snagu ZPI. Rešenje po ovom zahtevu donosi organ jedinice lokalne samouprave nadležan za imovinsko-pravne poslove, na čijoj teritoriji se nalazi predmetno zemljište, odnosno Ministarstvo nadležno za poslove finansija. Po pravnosnažnosti rešenja, nadležni organ u posebnom postupku utvrđuje visinu novčanog iznosa koji je raniji sopstvenik dužan da vrati na ime primljene naknade za izuzeto pravo korišćenja.

34 Odluka Ustavnog suda, IUz broj 74/2010 od 9. septembra 2010. g., "Sl. glasniku RS", br. 64/2010 od 10. 9. 2010.

Novčana sredstva ostvarena po osnovu konverzije prava korišćenja u pravo svojine po ovom Zakonu, uplaćuju se u iznosu od 50% u poseban fond za restituciju i u iznosu od 50% u budžet jedinice lokalne samouprave (čl. 107. ZPI). Već ovo rešenje ukazuje da je konverzija izvršena pre restitucije zemljišta i zgrada, što, zbog redosleda ovih radnji, može dovesti u pitanje uspešnost i pravičnost predstojeće restitucije.

Osnovni nedostatak ZPI je što u mnogim pitanjima ne može neposredno da se primenjuje, već je za primenu potrebno donošenje podzakonskih akata. Vlada Republike Srbije je, na osnovu člana 108. ZPI, usvojila Uredbu o kriterijumima i postupku za utvrđivanje visine naknade po osnovu konverzije prava uz naknadu (prva Uredba: 21. 01. 2010.), koja je, nakon brojnih primedbi, promenjena (nova Uredba: 09.06.2010.).³⁵

Uredbom su propisani kriterijumi i postupak za utvrđivanje visine naknade po osnovu konverzije prava korišćenja u pravo svojine uz naknadu (čl. 1). Konverzija prava korišćenja u pravo svojine ostvaruje se na pojedinačnim katastarskim parcelama (čl. 2). Tržišnu vrednost građevinskog zemljišta i troškove pribavljanja prava korišćenja utvrđuje Ministarstvo finansija - Poreska uprava (u daljem tekstu: Poreska uprava) na čijoj teritoriji se nalazi zemljište za koje je podnet zahtev za konverziju. Rešenje kojim se utvrđuje pravo na konverziju i visina naknade donosi organ jedinice lokalne samouprave nadležan za imovinsko-pravne poslove na čijoj teritoriji se nalazi predmet konverzije. Poreska uprava zaključkom određuje veštaka građevinske, geodetske, finansijske i drugih struka, odnosno pravno lice registrovano za obavljanje poslova procene tržišne vrednosti nepokretnosti, a naknadu za angažovanje ovih lica snosi podnosilac zahteva.

Rešenje koje donosi nadležni organ, u delu u kome se utvrđuje pravo na konverziju sadrži popis pojedinačnih katastarskih parcela, a u delu u kome se utvrđuje visina naknade iskazuje se visina sredstava koja se kao posebna naknada uplaćuju na račun Fonda za restituciju, odnosno u korist budžeta jedinice lokalne samouprave, u skladu sa Zakonom. Na rešenje o konverziji može se izjaviti žalba Ministarstvu finansija, u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenja.

Smatramo da je postupak utvrđivanja tržišne vrednosti veoma složen. Uredbom je određena formula³⁶ za izražavanje tržišne vrednosti (čl. 3. st. 3. Uredbe). Po čl. 3a izmenjene Uredbe, preciziran je način utvrđivanja tržišne vrednosti: "Tržišna vrednost građevinskog zemljišta određuje se na osnovu namene i planskim dokumentom maksimalno definisane površine objekta koji se na tom zemljištu može izgraditi i srednje prometne vrednosti zemljišta iste namene, odnosno podnamene kao i zemljište koje je predmet konverzije u istoj ili sličnoj urbanističkoj zoni, u

35 Uredba o kriterijumima i postupku za utvrđivanje visine naknade po osnovu konverzije prava za lica koja imaju pravo na konverziju uz naknadu, "Sl. glasnik RS", br. 4/2010, 24/2010 i 46/2010.

36 $C1=BRGP1/BRGP2 \times C2$. C1 jeste tržišna vrednost parcele građevinskog zemljišta za koju je podnet zahtev za utvrđivanje visine naknade; BRGP1 jeste bruto razvijena građevinska površina objekta; BRGP2 jeste srednja vrednost bruto razvijenih građevinskih površina objekata; C2 jeste srednja prometna vrednost parcela građevinskog zemljišta za koje je izražen BRGP2.

poslednjih godinu dana”. Namenu objekta koji se u skladu sa planskim dokumentom može izgraditi na predmetnom zemljištu opredeljuje način korišćenja tog zemljišta koji je određen planskim dokumentom i koji može biti namenjen za stanovanje, komercijalnu delatnost, proizvodnu delatnost i ostale nedobitne delatnosti od posebnog društvenog značaja (čl. 3a st. 2. Uredbe). “Srednja prometna vrednost građevinskog zemljišta utvrđuje se na osnovu podataka o tržišnoj vrednosti utvrđenoj u postupku utvrđivanja poreza na prenos apsolutnih prava za promet istog ili sličnog građevinskog zemljišta na tržištu, u okviru iste ili slične urbanističke zone, u poslednjih godinu dana.”

Visina naknade po osnovu konverzije utvrđuje se tako što se tržišna vrednost tog građevinskog zemljišta u momentu konverzije prava umanjuje za troškove pribavljanja prava korišćenja na tom građevinskom zemljištu. Po čl. 4. Uredbe, troškovi pribavljanja prava korišćenja građevinskog zemljišta obuhvataju „*ukupnu revalorizovanu cenu kapitala, odnosno imovine isplaćenu u postupku privatizacije, odnosno ukupnu revalorizovanu cenu isplaćenu za imovinu ili deo imovine privrednog društva ili drugog pravnog lica u stečajnom ili izvršnom postupku*”. Revalorizacija cene kapitala, imovine ili dela imovine iz stava 1. ovog člana vrši se na osnovu rasta indeksa cena na malo, zaključno sa mesecom u kome se vrši konverzija”.

Najoštrije, a smatramo potpuno opravdane, primedbe Vladi povodom Uredbe je uputio Savet za borbu protiv korupcije RS i podneo je inicijativu za pokretanje postupka utvrđivanju neustavnosti Uredbe. Savet smatra da je „uredba neustavna jer kao podzakonski opšti akt reguliše zakonsku materiju (čl 123. Ustava predviđa da „Vlada donosi uredbe i druge opšte akte radi izvršavanja zakona), nesaglasna je sa zakonom jer utvrđuje rešenje koje je suprotno rešenju iz odredbe čl. 108. ZPI, i štetna je za državu jer će omogućiti da novi vlasnici preduzeća besplatno dobiju građevinsko zemljište velike tržišne vrednosti”³⁷. Nepovoljno je i to što je Uredba doneta pre Zakona o javnoj svojini, Zakona o lukama i Zakona o denacionalizaciji.

Uredbom, Vlada je pod troškove pribavljanja prava na korišćenje podvela i ukupnu cenu pribavljanja kapitala i imovine, odnosno cenu koju je vlasnik platio za preduzeće koje je privatizovao. Po ZPI tržišna cena zemljišta se umanjuje za vrednost *pribavljenog prava korišćenja* zemljišta (čl. 103., 104.). Ova tehnika računanje troškova pribavljanja prava korišćenja omogućava da, u slučaju da osoba koja je kupila preduzeće čije je zemljište jeftinije od cene samog preduzeća, zemlju dobije bez naknade (besplatno). Ukoliko je cena preduzeća manja od cene zemljišta, kupcu nakon konverzije ostaje besplatno preduzeće.³⁸

37 V., Saopštenje Saveta za borbu protiv korupcije od 25. 6. 2010. g., <http://www.antikorupcija-savet.gov.rs/view.jsp?articleId=671>.

38 Činjenica je da se većina od 2.300 privatizovanih preduzeća nalazi na građevinskom zemljištu, ali je najvrednije zemljište Luke Beograd. V. Barać, predsednica Saveta za borbu protiv korupcije RS, još navodi: „Osim Luke Novi Sad, devet luka na Dunavu je privatizovano, a to znači da, primenom te Vladine Uredbe, lučko zemljište može postati privatno. Tako će vlasnici privatizovanih luka moći kompletno lučko zemljište da pretvore u privatnu svojinu. Time se stvara mogućnost da se ono koristi u drugoj nameni, a u slučaju Luke Beograd to je već urađeno projektom “Grad na vodi”, <http://www.pressonline.rs>.

Ukupna tržišna vrednost građevinskog zemljišta utvrđena od strane Poreske uprave u skladu sa zakonom i ovom uredbom, važi dve godine od dana donošenja akta o utvrđivanju, a zatim se ponovo utvrđuje. Članom 12. nove Uredbe ("Sl. glasnik RS", br. 46/2010) je predviđeno da se postupci započeti po odredbama stare Uredbe ("Sl. glasnik RS", br. 4/10 i 24/10), nastavljaju po odredbama nove Uredbe.

Pravni subjekti koji zadržavaju pravo korišćenja i izuzeti su od prava na konverziju do okončanja postupka privatizacije (čl. 105. i 106. ZPI) su: lica čiji je položaj određen Zakonom o sportu i udruženja građana, osim ako se na njih mogu primeniti druge odredbe zakona koje se odnose na prestanak prava korišćenja ili poništaj rešenja o izuzimanju zemljišta; društvena preduzeća kao nosioci prava korišćenja na građevinskom zemljištu, osim ako se na njih mogu primeniti odredbe zakona koje se odnose na prestanak prava korišćenja ili poništaj rešenja o izuzimanju zemljišta. Nakon sprovođenja privatizacije u ova dva slučaja, konverziju uz naknadu može zatražiti novi vlasnik.

Pored toga, pravo korišćenja utvrđeno u skladu sa odredbama ranije važećeg Zakona na neizgrađenom ostalom građevinskom zemljištu u državnoj svojini, do donošenja zakona kojim će se urediti vraćanje oduzete imovine, zadržavaju: 1) raniji vlasnik, 2) zakonski naslednik ranijeg vlasnika i 3) lica na koja je raniji vlasnik (ne i zakonski naslednik) preneo pravo korišćenja u skladu sa zakonom (čl. 219. ZPI). Ovim licima nije priznato pravo da u katastar izvrše predbeležbu ili zabeležbu potraživanja po osnovu restitucije, ali im je dopušten promet prava korišćenja i pravo gradnje objekata.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zakonom o prostornom planiranju i izgradnji načelno su dopušteni svi oblici svojine na građevinskom zemljištu, ali Zakon uređuje građevinsko zemljište u javnoj i privatnoj svojini, a ne reguliše u zadružnoj svojini.

Osnovna novina ZPI je što omogućava pretvaranje državne svojine na građevinskom zemljištu u druge oblike svojine primenom konverzije prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine i regulisanjem legalizacije bespravno podignutih objekata sa pravom na konverziju. Oba procesa Zakon vremenski ograničava relativno kratkim prekluzivnim rokovima za podnošenje zahteva, što je nepotrebno jer će, s obzirom na realno stanje evidencije nepokretnosti i sporost u radu katastra, ovi postupci trajati dosta dugo, što se već i potvrdilo. Problem predstavlja i činjenica da još uvek nije okončan proces sukcesije po Sporazumu o pitanjima sukcesiji, nije donet zakon o restituciji nepokretnosti, kao i zakon o javnoj svojini, što odlaže uređivanje statusa dela neizgrađenog građevinskog zemljišta u državnoj svojini i ograničava promet tog zemljišta.

ZPI predstavlja, po svojoj suštini, zakon o privatizaciji građevinskog zemljišta, a da prethodno nije izvršena reprivatizacija. Konverzija će obezbediti sticanje potpunih svojinskih ovlašćenja vlasnika zgrada na građevinskom zemljištu, što je jedan od uslova za povećanje investicija. Očekuje se da će neizgrađeno građevinsko

zemljište moći da se unosi kao osnivački ulog u privredna društva i javna preduzeća.

Zakon stvara i uslove za decentralizaciju, jer omogućava da se transformacijom prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo javne svojine korisnika, vrši faktički povraćaj imovine lokalnim samoupravama. Država i opštine će moći da za opremanje neizgrađenog građevinskog zemljišta angažuju i privatna sredstva kroz ugovorno regulisanje odnosa. Za lokalne samouprave je posebno interesantna mogućnost finansiranja komunalnih i drugih delatnosti kroz veće angažovanje privatnih sredstava za proširenje infrastrukture (npr. zajedničko ulaganje u opremanje zemljišta).

Međutim, Zakon o planiranju i izgradnji ima i određene nedostatke. Tako, njime se uređuje deo materije iz Zakona o državnom premeru i katastru, što uslovljava određene kolizije ovih zakona. U tom pogledu, pojedine odredbe ZPI, posebno one koje se odnose na geodetske radove i stvarna prava na nepokretnostima, su neprecizne i neusaglašene sa ZDPK. Odredbe ZPI kojima se određuju obaveze RGZ prevazilaze odnose koje po odredbama Zakona o državnoj upravi imaju Ministarstva, zbog čega se stvara utisak da je RGZ organ u sastavu Ministarstva, a ne državni organ sa većim stepenom samostalnosti koji obavlja poslove od interesa za Republiku Srbiju. Tako po čl. 100. stav 6. i čl. 104. st. 4. ZPI, RGZ se obavezuje da arbitririra o sticanju prava svojine konverzijom, što nije njegova nadležnost.

Iako se konverzija bez naknade prava korišćenja građevinskog zemljišta u pravo svojine, odnosno susvojine sprovodi po sili zakona, praktični problemi oko uknjižbe, u najvećem broju slučajeva, a posebno kod utvrđivanja zemljišta koje je potrebno za redovnu upotrebu zgrade, zahtevaju aktivno učešće zainteresovanih lica. Konverzija prava korišćenja u pravo vlasništva bez naknade se odnosi i na sve slučajeve kada se svojina upisuje kroz prethodni proces legalizacije objekta. Takođe, ova "besplatnost" je anulirana troškovima postupka upisa prava svojine kao i neažurnom prethodnom evidencijom, kao i troškovima prethodne legalizacije građevinskih objekata, što je uslovalo izostanak masovnijeg podnošenja zahteva za uknjižbu. Takođe, u pravnoj praksi pred RGZ, postoji problem u proceduri za konverziju bez nadoknade koja se vrši u postupku legalizacije, jer da bi se promenio oblik vlasništva, potrebno je da na toj parceli postoji legalan objekat, a da bi se on legalizovao, neophodno je da vlasnik ima svojinu nad zemljištem na kome se nalazi.

Stupanjem na snagu ZPI i Uredbe neophodne za obavljanje konverzije uz naknadu, očekivala se ažurna i brza konverzija i privatizacija građevinskog zemljišta u Republici Srbiji, što je izostalo iz više razloga, a posebno zbog neažurne evidencije, složenog i skupog postupka utvrđivanja tržišne cene i dovođenja u pitanje ustavnosti same Uredbe.

Na kraju, i pored brojnih problema, smatramo da će ZPI ostvariti svoj osnovni cilj – da sadašnje pravo korišćenja građevinskog zemljište preraste u privatnu ili javnu svojinu, zavisno od toga ko je vlasnik objekta i koja je namena zemljišta. Takođe, očekuje se da će se posle konverzije i reprivatizacije građevinskog zemljišta, pošto je porez na imovinu u nadležnosti lokalne samouprave, naknada za korišćenje građevinskog zemljišta prestati, odnosno integrisati se sa porezom na imovinu.

Summary

TRANSFORMATION OF REAL PROPERTY RIGHT IN PUBLIC OWNERSHIP IN THE REPUBLIC OF SERBIA

The 2009 Planning and Development Act of the Republic of Serbia envisages all forms of ownership on the building land (private, public and cooperative), however, it specifically regulates the building land in public and private ownership. The most significant novelty in this Act is that it allows for transforming the right to use the societal (state-owned) property into the right of private or public property ownership and enables the privatization of the building land. The Act provides for the establishment of the legal unity of ownership on the land and buildings by conversion; in that way, the owner of the building becomes the owner (co-owner) of the land. Although this legal solution is contrary to the principle of *superficies solo cedit*, under which the owner of the land acquires ownership on the building, it is the only way to eliminate the duality of property ownership on the land and the building incurred in the period of the former Socialist Republic of Yugoslavia.

The conversion of the right to use into the ownership right on the building land is performed for each individual registered land parcel, and it is carried out in two ways: with or without paying the reimbursement for the market value of the land.

The right to conversion without the reimbursement for the market value of the land is provided to physical and legal persons who (being the owners of the building or owners of the condominium property) have already had the right to use the building land, and who thus acquire private property ownership or tenancy in common on the land; this right is also given to the public entities (such as the Republic of Serbia, autonomous province and units of the local self-government such as a municipality and a township) which thus acquire the public ownership on the building land.

The right to conversion with the reimbursement for the market value of the land is given to economic entities and other legal persons who have already acquired the right to use the public (state-owned) building land pursuant to the application of the legal provisions regulating the process of privatization, bankruptcy or enforcement procedure, as well as the persons who have acquired the right to build on an undeveloped building land in public ownership until 13th of May, 2003. These persons are obliged to reimburse the market value of the building land at the moment of conversion minus the costs for acquiring the right to use the building land (the Article 103 of the Act). The Government of the Republic of Serbia issued an enactment specifying the procedure and the manner of calculating the market value of the building land. The costs for obtaining the right to use the building land includes “*the total revalorization of the price of capital or property paid in the process of privatization of economic entity or other legal person in bankruptcy procedure or in enforcement procedure*” (the Article 4 of the Enactment).

Key words: *denationalisation of real property, building land, conversation of the right to use.*

Zusammenfassung

UMWANDLUNG DES EIGENTUMSRECHTS AN IMMOBILIEN IM ÖFFENTLICHEN EIGENTUM IN DER REPUBLIK SERBIEN

Das Gesetz über Planung und Bau der Republik Serbien aus 2009 setzt alle Formen des Eigentums vom (privaten, öffentlichen oder genossenschaftlichen) Grundstück voraus und regelt sowohl das Grundstück im öffentlichen Eigentum, als auch jenes im Privateigentum. Die bedeutendste Neuigkeit dieses Gesetzes räumt die Umwandlung der Nutzung vom gesellschaftlichen/staatlichen Vermögen ins Privateigentum oder ins öffentliche Eigentum am Baugrundstück und Privatisierung des Baugrundstückseigentums ein. Dieses Gesetz ermöglicht die Aufstellung von Rechtseinheit des Eigentums an Grundstück und Gebäude, indem der Objektseigentümer zum Grundstückseigentümer (Miteigentümer) wird. Obwohl eine solche Regelung dem Prinzip *superficies solo cedit*, nach dem der Grundstückseigentümer das Eigentum am Gebäude erwirbt, entgegengesetzt ist, war dies die einzige Weise die Zwiespalt des Eigentums an Grundstück und Gebäude während der ehemaligen Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien zu beseitigen. Die Umwandlung des Nutzungsrechts ins Eigentumsrecht am Grundstück erfolgt für jede einzelne Katasterparzelle entweder ohne Vergütung, oder gegen Vergütung im Marktwert des Grundstücks. Das Umwandlungsrecht steht allen natürlichen und juristischen Personen zu, welche als Gebäudeeigentümer oder Wohnungseigentümer das Nutzungsrecht über das Baugrundstück haben, indem sie das Eigentum oder Miteigentum am genannten Grundstück erwerben. Öffentliche Subjekte (Republik Serbien, autonome Regionen, administrativ-territoriale Einheiten, Gemeinde, Stadt) haben auch Anspruch auf dieses Recht und erwerben öffentliches Eigentum am Baugrundstück.

Das Umwandlungsrecht steht weiterhin Gesellschaften und anderen juristischen Personen zu, die das Nutzungsrecht am Baugrundstück im staatlichen Eigentum durch das Privatisierungsgesetz, Insolvenz- oder Exekutionsverfahren erworben haben, sowie Personen die das Baurecht am unbebauten Baugrundstück im staatlichen Eigentum bis zum 13. Mai 2003 erworben haben. Diese Personen müssen allerdings eine Vergütung in Höhe des Marktwertes vom Baugrundstück zur Zeit der Umwandlung (abzüglich Kosten des Erwerbs vom Nutzungsrecht am Baugrundstück nach Artikel 103. des Gesetzes) zahlen. Die Verordnung der Republik Serbien stellt das Verfahren und die Aufrechnungsmethode betreffend des Marktwertes fest, wobei die Kosten des Erwerbs vom Nutzungsrecht „den gesamten revalorisierten Preis des Kapitals, bzw. Vermögens, der im Privatisierungsverfahren einer Gesellschaft oder einer anderen juristischen Person, oder im Insolvenz- oder Exekutionsverfahren ausgezahlt wurde“ umfassen (Artikel 4. der Verordnung).

Schlüsselwörter: *Denationalisierung von Immobilien, Baugrundstück,
Umwandlung des Nutzungsrechts.*

Riassunto

LA CONVERSIONE (TRASFORMAZIONE) DEL DIRITTO SU BENI IMMOBILI DI PROPRIETÀ COLLETTIVA NELLA REPUBBLICA DI SERBIA

La legge sulla pianificazione e l'edilizia della repubblica di Serbia del 2009 ammette qualsiasi forma di proprietà sul terreno edificabile (privata, pubblica, collettiva); mentre disciplina il terreno edificabile solo nel contesto della proprietà pubblica o privata. La novità più importante di questa legge è che permette di convertire il diritto d'uso della proprietà collettiva/pubblica in diritto di proprietà privata o pubblica sul terreno edificabile, come pure la privatizzazione della proprietà sul terreno edificabile. La legge ha consentito che attraverso la conversione si realizzi l'unitarietà giuridica della proprietà sul terreno e sull'edificio, sicché il proprietario della costruzione diventa anche proprietario (comproprietario) del fondo. Sebbene tale soluzione sia contraria alla regola *superficies solo cedit*, in forza della quale il proprietario del fondo acquista anche la proprietà della costruzione, si tratta dell'unica soluzione possibile per rimuovere la dissociazione tra proprietà del fondo e della costruzione creatasi nel periodo dell'ex-Jugoslavia socialista.

La conversione del diritto d'uso in diritto di proprietà sul terreno edificabile avviene su ogni singola particella catastale e si realizza in due modi: senza indennizzo oppure con indennizzo del valore di mercato del terreno.

Il diritto alla conversione senza indennizzo del valore di mercato del terreno spetta alle persone fisiche e giuridiche, le quali in qualità di proprietari dell'edificio o proprietari di porzione di condominio avevano diritto d'uso del terreno edificabile, acquistando così sullo stesso in diritto di proprietà (o comproprietà) privata; Tale diritto spetta anche ai soggetti pubblici (la Repubblica di Serbia, la regione autonoma, gli enti locali della pubblica amministrazione – il comune e la provincia), che acquistano la proprietà pubblica sul terreno edificabile.

Il diritto di conversione con indennizzo spetta alle società commerciali e le altre persone giuridiche che hanno conseguito il diritto d'uso del terreno edificabile di proprietà pubblica in applicazione delle disposizioni della legge sulla privatizzazione, fallimento o procedura esecutiva; spetta pure ai quei soggetti che hanno conseguito il diritto a costruire su terreno edificabile non edificato di proprietà pubblica fino al 13. 5. 2003. Tali soggetti sono tenuti all'indennizzo del valore di mercato del terreno edificabile al momento della conversione diminuito dei costi sostenuti per l'ottenimento del diritto d'uso del terreno edificabile (art. 103 della legge). Con regolamento del Governo della Repubblica di Serbia viene disciplinato nel dettaglio il procedimento e le modalità di calcolo del valore di mercato. I costi sostenuti per l'ottenimento del diritto d'uso comprendono „l'intero prezzo rivalorizzato del capitale, ovvero del patrimonio, versato nel procedimento di privatizzazione della

società commerciale o di altra persona giuridica, ovvero nel corso della procedura fallimentare o esecutiva” (art. 4 regolamento).

Parole chiave: *denazionalizzazione di beni immobili, terreno edificabile, conversione del diritto d'uso.*

SIGURNOST IGRAČAKA I GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZA NEISPRAVNE IGRAČKE

Dr. sc. Marko Bevanda, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

UDK: 688.72:347.51
Ur.: 20. prosinca 2010.
Pr.: 17. veljače 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Sve mjere usmjerene na sprječavanje opasnosti, odnosno izbjegavanje rizika koje predstavljaju igračke ne mogu u cijelosti spriječiti stavljanje u promet i prisutnost opasnih igračkaka na tržištu, te nastanak šteta izazvanih neispravnim igračkama. Prevencijskim pravnim pravilima o sigurnosti igračkaka, kao i kompenzacijsko-prevencijskim pravilima o odgovornosti za neispravne igračke, nastoji se maksimalno smanjiti broj nezgoda izazvanih neispravnim igračkama, te poticati stavljanje na tržište samo sigurne igračke, odnosno igračke koje predstavljaju nikakvu ili najmanju opasnost, ali i omogućiti ostvarenje naknade štete izazvane neispravnošću igračkaka. U radu se analizira pravno uređenje sigurnosti igračkaka i odgovornosti za neispravne igračke u pravu Sjedinjenih Američkih Država, Europske unije i hrvatskom pravu. Posebna pozornost posvećena je odnosu i funkcijama privatnopravnog i javnopravnog uređenja sigurnosti igračkaka i privatnopravnih pravila o odgovornosti za neispravne igračke.

Ključne riječi: sigurnost igračkaka, neispravne igračke, sukladnost igračkaka, opasni proizvodi, odgovornost za neispravne igračke.

1. UVOD

Dužnost je svih ljudi da štite djecu.¹ Beskompromisna borba na unaprjeđenju zaštite dobrobiti djece, njihova odgoja i razvoja, te promociji dječjih prava, traži aktivno zalaganje svih sudionika u društvu.² Suvremeni život, uz sve prednosti i napredak koji se odražavaju na život, rast i razvoj djeteta, obiluje i negativnim okolnostima, uvjetima i utjecajima u području fizičkog okruženja djeteta, njegovog psihosocijalnog odrastanja i osamostaljivanja i u odnosu odraslih prema njima, koje mogu imati ozbiljne posljedice za njegovo psihofizičko zdravlje, opću sigurnost i život.³ Zdravlje i blagostanje djece, kao najosjetljivije i za proizvođače igračaka najdragocjenije kategorije potrošača, stalna je briga svakog civiliziranog društva.⁴ Način na koji se pojedinci i institucije u konkretnoj državi odnose prema pravima te (vrlo) ranjive kategorije potrošača⁵ pokazuje o kakvom je društvu općenito riječ, o stupnju njegovog društvenog i ekonomskog razvoja, njegovim pravnim vrijednostima, osjećaju pravičnosti, itd. Europska unija ne prihvaća i neće prihvaćati kompromise kada je u pitanju sigurnost potrošača, posebice djece.⁶ To je u cijelosti razumljivo kada se uzme u obzir važnost tržišta igračaka, te činjenica da u Europskoj uniji živi preko 78 milijuna djece ispod 14 godina starosti.⁷ Osiguranje najviše razine zaštite potrošača u pogledu sigurnosti i kvalitete igračaka nastoji se ostvariti

- 1 Vidi čl. 64. st. 1. Ustava Republike Hrvatske (Narodne novine RH, br. 41/01. i 55/01.).
- 2 Vidi: *Nacionalni plan aktivnosti za prava i interese djece od 2006. do 2012. godine*, Vlada Republike Hrvatske, Zagreb, 2006.; Izvješće o provedbi *Nacionalnog plana aktivnosti za prava i interese djece od 2006. do 2012. godine tijekom 2009. godine*, Zagreb, srpanj 2010. godine, <http://www.hud.hr/w-zakoni/nac%20plan%20prava%20i%20int%20djece%202006%202012.pdf>.
- 3 Z. Veselinović, *Percepcija opasnosti i strategije samopomoći kod djece predškolske dobi*, Metodčki obzori, Vol. 3., No. 5., 2008., str. 8.
- 4 *Svi mi koji smo Nacionalnim programom zaštite potrošača u Republici Hrvatskoj definirani nositeljima zaštite potrošača, moramo stalno imati na umu slijedeće činjenice: - i djeca su potrošači !!! - i djeca kao potrošači imaju svojih 8 univerzalnih prava potrošača !!! - djeca imaju pravo na izbor !!! ...*, <http://www.potrosac.hr>.
- 5 Ranjivi potrošači (vrlo mala djeca: 0 do 36 mjeseci) i vrlo ranjivi potrošači (mala djeca: djeca starija od 36 mjeseci, a mlađa od 8 godina; starija djeca: djeca od 8 do 14 godina). *Vodič za procjenu i vrednovanje rizika*, Državni inspektorat Republike Hrvatske, srpanj 2010., str. 13., <http://www.inspektorat.hr/Upload/Documents/Novosti/vodič%207-7-10.pdf>.
- 6 Vidi: *Governance of global product safety*, Speech/07/521, Meglena Kuneva (European Commissioner for Consumer Protection), European Parliament IMCO Committee (Committee on the Internal Market and Consumer Protection) Brussels, 12 September 2007, <http://europa.eu/rapid/>.
- 7 Gledajući prihode u 2009. godine europsko tržište igračaka bilo je najveće na svijetu. U Europskoj uniji egzistira gotovo 2000 proizvođača igračaka. Europska industrija igračaka izravno zapošljava (u sektoru proizvodnje, istraživanja, razvoja, marketinga, prodaje, distribucije, itd.) približno 100 000 radnika. Ukupni izvoz igračaka (bez video igara) za 2009. godinu u Europskoj uniji iznosio 953.2 milijuna eura (2,4% manje nego 2008. godine), a uvoz 5.78 milijardi eura (10.5% manje nego 2008. godine). Podaci navedeni prema: *Toy Industries of Europe: Facts and Figures 2009.*, July 2010., www.tietoy.org.

na različite načine i na nacionalnoj i na razini EU, ali i šire.⁸

Dječji svijet ne može se zamisliti bez igračaka. Igračke zauzimaju središnje mjesto u brojnim dječjim igrama i aktivnostima. Još od pretpovijesnog razdoblja,⁹ dječja želja za igranjem i igračkama, njihova radoznalost u igranju, nezaobilazne su osobine djetinjstva svakoga pojedinoga djeteta.¹⁰ Igranje s igračkama prirodna je aktivnost djeteta.¹¹ Svako dijete ima pravo na igru primjerenu njegovoj dobi.¹² Nepodijeljeno je mišljenje o velikom značaju igranja i igračaka u dječjem razvoju. Drugim riječima, igračke predstavljaju iznimno bitno i nezamjenjivo sredstvo u razvojnom procesu djeteta. Snažan je utjecaj određenih igračaka u razvoju dječjeg mišljenja i psihofizičkih funkcija.

Igračke su jasan primjer kako danas funkcionira globalno tržište, mogu biti dizajnirane na jednom kontinentu, proizvedene na drugome, a prodane u bilo kojem dijelu svijeta.¹³ Proizvođači igračaka suočavaju se s novim i sve brojnijim izazovima i zamkama (ekonomske, političke i pravne) globalizacije. Unatoč tomu što su proizvođači obvezni stavljati u promet samo sigurne igračke, mnogi proizvođači i distributeri igračaka ne poduzimaju odgovarajuće mjere kojima pridonose primjeni

8 Uzimajući u obzir činjenicu da je 86 % igračaka na tržištu EU proizvedeno u Kini brojna tijela EU nastoje razviti sustav učinkovite suradnje s brojnim kineskim vladinim i nevladinim organizacijama, te proizvođačima igračaka, s ciljem osiguranja boljeg razumijevanja sigurnosnih standarda EU u pogledu igračaka, te osiguranja sukladnosti kineskih igračaka koje se izvoze u EU sa standardima sigurnosti koji su propisani u EU. Tako je 2006. godine Europska komisija (Opća uprava za zdravstvo i zaštitu potrošača i Opća uprava za poduzetništvo i industriju) zaključila sporazum s kineskom Općom upravom za nadzor kvalitete, inspekciju i karantenu o Mapi puta za sigurnost igračaka (*Roadmap for safety of toys*). Vidi: http://ec.europa.eu/consumers/cons_safe/prod_safe/safe_toys.pdf; *Evaluating business safety measures in the toy supply chain*, Final report of an evaluation project undertaken under the direction of an independent expert group with the support and technical assistance of the European Commission, May 2008, http://ec.europa.eu/consumers/citizen/my_safety/docs/safety_measures_toy_supply_chain.pdf.

9 ...predmeti koji su proizvod odraslih ili djece, a služe igri, dakle igračke, imaju također značajnu kulturno-historijsku vrijednost, i pokazuju jedan oblik života ljudi prethistorijskih razdoblja. D. Balen-Letunić, *Prethistorijske minijature posude—igračke iz arheološkog muzeja u Zagrebu*, *Vjesnik Arheološkog muzeja u Zagrebu*, Vol. 15., No. 1., 1983., str. 72.

10 Vidi: Z. Marenić, *Teorijski okvir razvoja matematičkih pojmova u dječjem vrtiću*, *Metodika*, Vol. 10., br. 18., 2009., str. 138.

11 Vidi: *Toy Safety in the United States*, Toy Industry Association, 2007., <http://www.toyassociation.org>.

12 *Države stranke priznaju djetetu pravo na odmor i slobodno vrijeme, na igru i rasonodu primjerenu njegovoj dobi, kao i na slobodno sudjelovanje u kulturnom životu i umjetnostima. Države stranke će poštivati i promicati pravo djeteta na puno sudjelovanje u kulturnom i umjetničkom životu te poticati stvaranje odgovarajućih i jednakih uvjeta za provođenje kulturnih, umjetničkih, rekreativnih i aktivnosti slobodnog vremena* - čl. 31. Konvencije o pravima djeteta. Konvencija je usvojena na 44. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda, 20. studenoga 1989. godine (Rezolucija br. 44/25), a stupila je na snagu 2. rujna 1990. godine. Republika Hrvatska stranka je Konvencije o pravima djeteta od 6. listopada 1991. godine.

13 *Global governance of consumer product safety*, Speech/10/, Meglena Kuneva (European Commissioner for Consumer Protection), APEC Toys Safety Dialogue 2010, Hong Kong, 12 January 2010, <http://europa.eu/rapid/>.

sigurnosnih zahtjeva, jer im je dobit prioritetni interes. Zabrinjavajući je podatak da se na globalnom tržištu nalazi veliki broj igračkaka koje ne zadovoljavaju standarde sigurnosti i kvalitete. Nažalost, propisima kojima je uređena sigurnost igračkaka nije predviđena predtržišna kontrola sukladnosti igračkaka sa svim propisanim sigurnosnim standardima koja bi onemogućavala stavljanje u promet igračke koje nisu dobile odobrenje nadležnoga tijela (npr. Agencije za sigurnost igračkaka).¹⁴

Proizvođači igračkaka moraju promatrati djecu kao iznimno osjetljivu i ranjivu skupinu potrošača.¹⁵ U odnosu na većinu drugih kategorija potrošača djeca imaju manji kapacitet za prepoznavanje opasnosti od igračkaka i nužno su upućeni na odrasle u donošenju odluka o kupovini igračkaka sve dok ne steknu sposobnost prosudbe. Uloga roditelja i odgojitelja, odnosno zajednice u kojoj djeca žive i zajednica u kojima povremeno borave (vrtići, škole i sl.), u odabiru igračkaka je ogromna. Ispravan odabir igračkaka, koji se postiže uvažavanjem razvojne primjerenosti kod odabira igračkaka, te sigurnosno – kvalitativnih značajki igračkaka, nesumnjivo može imati pozitivan utjecaj na dječji razvoj. Protivno tomu, nepovoljan odabir može imati ozbiljne posljedice za njihovo psihofizičko zdravlje i život. Stupanj rizika što ga roditelji percipiraju (percipirani rizik) te njihova tolerancija na rizik imaju bitne implikacije za njihovu djecu.¹⁶ Nažalost, proizvođači često manipuliraju potrošačevom percepcijom rizika.¹⁷

S obzirom na to da igračke imaju posebnu ulogu u životu djece, kao i s obzirom na posebna svojstva potrošača kojima su namijenjene (najmlađa i najosjetljivija kategorija potrošačkog društva), te iznimno bitan utjecaj koji imaju na psihofizički razvoj istih, ali i brojnih drugih razloga, igračke zahtijevaju posebnu pravnu regulaciju i kod sigurnosnih zahtjeva i kod odgovornosti za neispravne igračke.¹⁸

Pravnim pravilima o sigurnosti igračkaka, kao i pravilima o odgovornosti za neispravne igračke, nastoji se maksimalno smanjiti broj nezgoda izazvanih neispravnim igračkama, te poticati stavljanje na tržište samo sigurne igračke, odnosno igračke koje predstavljaju nikakvu ili najmanju opasnost.¹⁹ Prevenirajska

14 O američkoj Upravi za hranu i lijekove (Federal Food and Drug Administration – FDA) i njezinoj ulozi u predtržišnoj kontroli sukladnosti lijekova u pravnom poretku SAD-a, odnosu sigurnosnih standarda i pravila odgovornosti za neispravne lijekove vidi: V. E. Schwartz, P. Goldberg, *A Prescription for Drug Liability and Regulation*, Oklahoma Law Review, Vol. 58., No. 2., 2005., str. 135. – 178.

15 Vidi: W. D. Darden, B. J. Babin, M. Griffin, R. Coulter, *Investigation of Products Liability Attitudes and Opinions: A Consumer Perspective*, The Journal of Consumer Affairs, Vol. 28., No. 1., 1994., str. 54. – 80.

16 Vidi: L. Kaplow, S. Shavell, *Economic Analysis of Law*, National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 6960, Issued in February 1999, str. 12. i 13., <http://www.nber.org/papers/w6960>.

17 Vidi: J. D. Hanson, D. A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, Harvard Law Review, Vol. 112., 1999., str. 1420. – 1572.

18 M. Bevanda, *Osvrt na Direktivu Europske unije br. 48/2009. o sigurnosti igračkaka*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 8., Mostar, 2010., str. 213.

19 Vidi: D. G. Owen, *Products Liability Law*, West, St. Paul, 2005., str. 1. i 2.

pravila o sigurnosti igračaka i kompenzacijsko-prevencijska pravila o odgovornosti za neispravne igračke dio su sustava kojemu je cilj sprječavanje pojavljivanja na tržištu nesigurnih igračaka i odvratanje proizvođača od stavljanja takvih igračaka na tržište, ali i omogućavanje ostvarenja naknade štete izazvane neispravnošću igračaka.

Iako se ne mogu promatrati izolirano jedna od druge jer imaju određeni broj dodirnih točaka, pravna pravila o sigurnosti igračaka i odgovornosti za neispravne igračke imaju i neke značajne razlike. Pravna pravila o sigurnosti igračaka djeluju *ex ante*, u cilju sprječavanja pojavljivanja na tržištu igračaka koje su prijetnja zdravlju ili čak životu djecu, odnosno igračaka koje mogu prouzročiti štetu zbog toga što su opasne, odnosno neispravne, dok pravila odgovornosti za neispravne igračke djeluju *ex post*, kada je šteta od neispravne igračke već prouzročena određujući tko su odgovorne osobe za tako prouzročenu štetu.²⁰ Ukoliko preventivni sustav sigurnosti igračaka dobro funkcionira, manja će biti „aktivnost“ kompenzacijskog sustava odgovornosti za neispravne igračke.²¹ Potrebno je postići optimalan odnos pravnih pravila o sigurnosti igračaka i pravnih pravila o odgovornosti za neispravne igračke.

2. OPASNOST ŠTETE OD (NEISPRAVNIH) IGRAČAKA

Unatoč nezamjenjivom pozitivnom utjecaju na dječji razvoj, mnoge igračke istodobno mogu ugroziti zdravlje i život djece. Dječje igračke postaju sve sofisticiranije i zahtijevaju sve veći stupanj mentalnih i fizičkih sposobnosti, a izvjestan stupanj opasnosti postaje čak i poželjan.²² Stoga i rizici od šteta, koji mogu nastati uslijed neispravnosti igračaka, nisu slučajni i stalno se povećavaju. Rijetke su igračke u koje možemo biti apsolutno sigurni. Kao i kod većine drugih potrošačkih proizvoda, stavljanje na tržište određenih igračaka uključuje određene rizike i koristi. Stoga, odluka proizvođača staviti konkretnu igračku na tržište uključuje složenu analizu, procjenu i vrjednovanje njezinih rizika i koristi.²³ Pogreška u navedenoj procjeni može skupo stajati kako proizvođača, tako i djecu kao potrošače.

Opasnost je osobina svojstvena mnogim igračkama. Djeca najčešće nisu sposobna prepoznati i izbjeći opasne situacije. Opasnost, odnosno izvor opasnosti koji uključuje mogućnost ozljede ili prouzrokovanje štete može se pojaviti u

20 Vidi: D. G. Owen, J. E. Montgomery, M. J. Davis, *Product Liability and Safety*, Foundation Press, New York, 2007., str. 12. – 15.

21 Vidi: K. de Ruyter, A. Brack, *European legal developments in product safety and liability: The role of customer complaint management as a defensive marketing tool*, International Journal of Research in Marketing, No. 10., 1993., str. 161.

22 Iz obrazloženja presude Županijskog suda u Koprivnici Gž.1711/07-2 od 4. prosinca 2007. godine, <http://www.vsrh.hr/>

23 Vidi: J. M. Eggen, *The Mature Product Preemption Doctrine: The Unitary Standard and the Paradox of Consumer Protection*, Case Western Reserve Law Review, Vol. 60., No. 1., 2009., str. 110.; R. L. Cupp Jr., *Product design and tort law: Safety implications of increasing similarity in civil liability and regulatory standards*, Injury Control and Safety Promotion, Vol. 8, No. 1, 2001., str. 39.

različitim oblicima: mehanička opasnost, kao što su oštar rub igračke, koji može uzrokovati posjekotine na koži djeteta; uski otvori u kojima mogu biti priklješteni prsti, tijelo, odjeća; opasnost od blokiranja probavnoga trakta, kao što su magneti koji mogu izazvati začepljenje probavnog trakta u slučaju gutanja što može dovesti do opasne infekcije i smrti; opasnost od blokiranja dišnih putova i gušenja, kao što su mali dijelovi koji se mogu lako odvojiti od igračke i progutati, te zaglaviti u ustima ili u grlu, ili na ulazu u donje dišne putove i prekinuti protok zraka u dišnim putovima; opasnost od davljenja, kao što su vezice na lutkama koje mogu dovesti do davljenja; kemijska opasnost, kao što su opasne kemikalije koje mogu prouzrokovati trovanje kod djece odmah nakon gutanja ili kancerogene tvari koje mogu dugoročno uzrokovati teška oboljenja; mikrobiološka opasnost, povećan broj aerobnih mikroba kao što je bakterijska kontaminacija kozmetičkih igračkaka koja može prouzrokovati infekciju kože; opasnost od buke, kao što su preglasan ton zvonjenja trube na biciklu, koji može prouzročiti oštećenje sluha kod djece, jer emitiraju zvuk s previsokim akustičnim pritiskom;²⁴ opasnost od oštećenja vida, kao što je lasersko svjetlo ili strijele koje se mogu lansirati bez zaštitnih gumenih čepova; opasnost od požara, kao što je transformator bez odgovarajuće zaštite od preopterećenja, itd.²⁵

Permanentna ludnica u razvoju informatike i virtualnog svijeta te sve prisutnija dječja strast i ovisnost o računalnom svijetu, posebice (nasilnim) računalnim igricama (koje su proizvođači itekako svjesni),²⁶ poprimaju veliku važnost i predstavljaju novi izazov za pravnu znanost i praksu.²⁷ S obzirom na to da su video igrice s nasilnim sadržajima sve prisutnije u dječjem životu i igranju, iznimno je aktualno i osjetljivo pitanje sigurnosti takvih proizvoda i odgovornosti za štetu izazvanu nasilnim računalnim igrama.²⁸ Gledajući nasilje, djeca uče kako se nasilno ponašati.²⁹ Dječje nasilje u školama, vrtićima, ulicama itd. predstavlja ozbiljan, kompleksan i raširen problem u (našem) društvu, a često je povezan s (nekontroliranim i dugotrajnim)

24 Vidi: <http://www.deafnessresearch.org.uk/factsheets/noise-younger-generation.pdf>.

25 Vidi: RAPEX sustav Europske unije za brzu razmjenu informacija o opasnim potrošačkim proizvodima www.ec.europa.eu/rapex; *Trouble in Toyland*, The 24th Annual Survey of Toy Safety, U.S. PIRG Education Fund, November 2009, <http://www.uspirg.org>; *The Year of the Nursery Product Recall: A look at children's product recalls in 2009 and changes in children's product safety*, Report by: Kids In Danger, March 2010, http://www.kidsindanger.org/publications/reports/2009_Recall_Report.pdf.

26 Vidi: *Safer Children in a Digital World*, The report of the Byron Review, 2008., str. 142. – 159., <http://www.dfes.gov.uk/byronreview>.

27 Vidi: Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the protection of consumers, in particular minors, in respect of the use of video games, Brussels, 22.4.2008, COM(2008) 207 final .

28 Vidi: D. C. Kiernan, *Shall the Sins of the Son Be Visited upon the Father? Video Game Manufacturer Liability for Violent Video Games*, *Hastings Law Journal*, Vol. 52., No. 1., 2000., str. 207. – 251.

29 M. G. Šupljika, *Zašto su nam važni pozitivni sadržaji za djecu i o djeci – psihologijski pogled*, u: *Pozitivni sadržaji za djecu i o djeci*, Zbornik priopćenja s Okruglog stola, Zagreb, 2007., str. 9., publikacija dostupna na web adresi: www.dijete.hr.

igranjem video igrice s nasilnim sadržajem.³⁰ Značajno je i pitanje mogu li se informacije sadržane u različitim publikacijama za djecu (slikovnice i ilustrirani časopisi za djecu) smatrati proizvodom, te mogu li se pravna pravila odgovornosti za neispravne proizvode primijeniti na takve proizvode.³¹

Igračke su proizvodi, koji se zbog nesukladnosti s (propisanim) standardima sigurnosti i rizika koji predstavljaju za potrošače, najčešće povlače s tržišta.³² Visoki broj igračaka prijavljenih u okviru Europskog sustava za brzu razmjenu informacija o opasnim proizvodima (*The Rapid Alert System for Non-Food Products - RAPEX*)³³ ukazuje na postojanje velikog broja igračaka na tržištu Europske unije koje predstavljaju ozbiljan rizik po zdravlje i sigurnost djece,³⁴ ali i na činjenicu da se igračke nalaze u središtu nadzornih aktivnosti nacionalnih tijela za tržišni nadzor i da u javnosti postoji povećana senzibilnost za ovu tematiku.³⁵

Iako igračke, koje su stavili na tržište, predstavljaju (ozbiljan) rizik za zdravlje i sigurnost djece, proizvođači i distributeri često ne poduzimaju mjere usmjerene na sprječavanje opasnosti, odnosno izbjegavanje rizika koje predstavljaju igračke koje proizvode, odnosno isporučuju. *Nijedan proizvođač igračaka neće se htjeti izložiti dodatnim troškovima da bi napravio sigurniju igračku ako potrošači to neće prepoznati i nagraditi ga svojom spremnošću platiti višu cijenu za takvu igračku.*³⁶ Kada bi poštivali dobru proizvođačku praksu i provodili mjere nužne samokontrole, te poštovali dobru praksu u distribuciji i etičke kodekse, sudionici distribucijskog lanca poduzimali bi svaku mjeru kojoj je cilj spriječiti proizvodnju, distribuciju, izlaganje ili nuđenje opasnih igračaka. Preventivne i restriktivne mjere mogu se poduzeti u odnosu na opasne igračke na inicijativu proizvođača ili distributera koji

30 Vidi: X. Zhang, C. Liu, L. Wang, Q. Piao, *Effects of Violent and Non-violent Computer Video Games on Explicit and Implicit Aggression*, Journal of Software, Vol. 5., No. 9., 2010., str. 1014. – 1021., <http://ojs.academypublisher.com/index.php/jsw/article/viewFile/050910141021/2114>.

31 J. M. Proman, *Liability of Media Companies for the Violent Content of Their Products Marketed to Children*, St. John's Law Review, Vol. 78., No. 2., 2004., str. 429. – 450.

32 Poznati su slučajevi vezani uz povlačenje igračaka jednog od najvećih svjetskih proizvođača igračaka američkog Mattela. Najpoznatiji je slučaj iz kolovoza 2007. godine kada navedena tvrtka povukla 21 milijun igračaka proizvedenih u Kini jer su opasne za djecu. Iste godine kada su igračke povučene s tržišta Mattel je dobio „nagradu“ (International Bad Product Awards 2007) za najgori proizvod - igračku koju dodjeljuje međunarodna organizacija za zaštitu potrošača Consumers International. Ovu „prestižnu“ nagradu za 2008. godinu dobili su Kellogg's i Lego za jestive Lego kockice. Vidi: <http://www.consumersinternational.org>

33 <http://ec.europa.eu/rapex>.

34 Vidi: The Directorate-General for Health and Consumers of the European Commission, *Keeping European Consumers Safe 2009 Annual Report on the operation of the Rapid Alert System for non-food consumer products – RAPEX*, http://ec.europa.eu/consumers/safety/rapex/docs/2009_rapex_report_en.pdf.

35 R. Metz, *Sigurnost proizvoda je ključ za sigurnu budućnost naše djece*, Međunarodna konferencija o zaštiti potrošača u Hrvatskoj, organizirana od Zaklade Friedrich Ebert i EU twinning projekta za zaštitu potrošača, Zagreb, 10. ožujka 2009., <http://www.delhrv.ec.europa.eu>.

36 Vidi: S. Shavell, *Temelji ekonomske analize prava* (prijevod: E. Heršak, B. Nikšić), Zagreb, 2009., str. 214.

je stavio igračku na tržište (dobrovoljne mjere) ili po nalogu tijela nadležnoga za nadziranje sukladnosti igračkaka sa sigurnosnim zahtjevima (obvezne mjere).³⁷ Bez odgovarajućeg nadzora nad tržištem u pogledu sigurnosti igračkaka i nadzora nad ispunjavanjem propisanih zahtjeva sigurnosti igračkaka, te učinkovitoga djelovanja nadležnih tijela, koja imaju pravo i obvezu zabraniti ili ograničiti stavljanje pojedinih igračkaka na tržište, kao i povući s tržišta igračke, ako utvrde da iste ugrožavaju sigurnost i zdravlje djece i drugih korisnika, ne može se postići prihvatljiva razina zaštite djece u pogledu sigurnosti igračkaka, odnosno visoka razina zaštite sigurnosti i zdravlja djece kao specifične grupe potrošača.³⁸

Kao što će proizvođače koji stavljaju na tržište sigurne igračke potrošači nagraditi kupovinom njihovih igračkaka, tako će i proizvođače, čije se igračke često povlače s tržišta zbog rizika koji predstavljaju za potrošače ili koje zbog neispravnosti uzrokuju štete, izbjegavati i time ih značajno gospodarski oslabiti. Pored toga, u interesu je proizvođača igračkaka da stavljaju na tržište sigurne igračke radi izbjegavanja troškova u slučajevima odgovornosti za neispravne igračke. Stupanj do kojeg će potrošači kazniti proizvođača za nesigurnost igračkaka ili ih nagraditi za sigurne igračke u značajnoj mjeri ovisi o informacijama koje potrošači imaju o sigurnosti igračkaka, a u današnje vrijeme informacijske revolucije dostupni su im brojni izvori o pojedinim proizvođačima i igračkama.³⁹

Beskrupulozni operatori u mreži distribucijskih kanala (koja predstavlja široko područje za moguće protupravno i neetičko ponašanje), na štetu ozbiljnih poduzetnika, iskorištavaju postojeće nedostatke u tržišnom nadzoru uvođenjem jeftinih, nesukladnih, nekvalitetnih i opasnih igračkaka na tržište.⁴⁰ Nizak standard života nikako ne smije biti opravdanje za prihvaćanje niskih standarda sigurnosti igračkaka i uvođenje nesukladnih i jeftinih, (ali nesigurnih i vrlo opasnih) igračkaka na tržište. Ne postoji razlog koji bi mogao opravdati odustanak od težnje uspostavljanja djelotvornog sustava zaštite djece u pogledu sigurnosti igračkaka, odnosno težnje k najvišoj mogućoj razini zaštite potrošača u pogledu sigurnosti i kvalitete igračkaka. Nažalost, činjenica je da se na tržištima nerazvijenih i siromašnih država nalazi veliki broj iznimno opasnih igračkaka. Takve igračke mogu se ponekad naći i na tržištima razvijenih i bogatih država.⁴¹

37 Commission Decision of 16 December 2009 laying down guidelines for the management of the Community Rapid Information System 'RAPEX' established under Article 12 and of the notification procedure established under Article 11 of Directive 2001/95/EC (the General Product Safety Directive), Official Journal L 22, 26. 1. 2010., str. 10.

38 Vidi: M. Bevanda, *Osvrt na Direktivu Europske unije br. 48/2009. o sigurnosti igračkaka*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 8., Mostar, 2010., str. 212.

39 Tako: A. M. Polinsky, S. Shavell, op. cit., str. 1445. i 1446.

40 Vidi: http://www.smefit.eu/IMG/pdf/Sigurnost_proizvoda_product_safety_Croatian_adaptation.pdf.

41 U izvješću Udruge potrošača Singaporea (Consumers Association of Singapore - CASE) iz rujna 2010. godine navodi se da gotovo polovica (46%) testiranih igračkaka iz raličitih područja Singaporea sadrži opasne kemikalije., <http://www.consumersinternational.org/our-members/featured-members/case---sep-2010>.

3. PRAVNO UREĐENJE SIGURNOSTI IGRAČAKA I ODGOVORNOST ZA NEISPRAVNE IGRAČKE U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA

Iako brojna obilježja i pravila američkoga (postupovnog) prava na određeni način, za razliku od postupovnih pravila država članica EU (kao i brojnih drugih europskih država), potiču i ohrabruju oštećenika na pokretanje građanskog postupka protiv štetnika,⁴² ipak nije u cijelosti jasno zašto je broj parnica koje se vode zbog šteta izazvanih neispravnim proizvodima općenito, ali također i neispravnim igračkama, znatno veći u SAD negoli u Europi.⁴³

Temeljni izvori prava sigurnosti igračaka i odgovornosti za neispravne igračke u SAD-u mogu se podijeliti na pisane izvore i precedentno pravo.⁴⁴ Povijesni put koji je vodio do nastanka posebnih pravila o odgovornosti za neispravne proizvode u američkom pravu bio je obilježen kreativnošću sudaca američkih sudova, koja je bila posebno vidljiva u iznimno poznatim slučajevima *Thomas v. Winchester* (1852.),⁴⁵ *MacPherson v. Buick Motor Co.* (1916.),⁴⁶ *Baxter v. Ford Motor Co.* (1932.),⁴⁷ *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* (1944.),⁴⁸ *Henningsen v. Bloomfield Motors* (1960.),⁴⁹ *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* (1963.)⁵⁰ i dr.⁵¹ Nije manje bio

42 Vidi: *Outline of the U.S. Legal System*, Bureau of International Information Programs United States Department of State, 2004., <http://usinfo.state.gov>.

43 G. Howells, *Defect in English law – lessons for the harmonization of European product liability*, u: *Product Liability in Comparative Perspective*, Edited by: D. Fairgrieve, Cambridge, 2005., str. 140.; G. Howells, *The Relationship Between Products Liability and Product Safety – Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through a Comparison with the U.S. Position*, *Wasburn Law Journal*, Vol. 39., No. 3., 2000., str. 306.; T. J. Kauffman, *Class Action and Consumers in the American Law*, u: *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu: izazovi međunarodnog tržišta roba i kapitala*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2005., str. 509. – 515.; S. H. Hurd, F. E. Zollers, *Product Liability in European Community: Implications for United States Business*, *American Business Law Journal*, Vol. 31., Issue 2., 1993., str. 253. i 254.; R. Rollo, *Why the European Union Doesn't Need the Restatement (Third)*, *Brooklyn Law Review*, Vol. 69., 2004., str. 1117. – 1119.; J. Zekoll, *The German Product Liability Act*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37., 1989., str. 816. – 818.

44 Vidi: D., Vranjanac, *Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država*, u: *Uvod u pravo SAD* (priredio: J. Čirić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008., str. 22. – 24.; J. Čeranić, *Izvori američkog prava*, u: *Uvod u pravo SAD* (priredio: J. Čirić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008., str. 31. – 48., Publikacija pod nazivom *Uvod u pravo SAD* dostupna je i na web adresi: <http://www.comparativelaw.info/uvoduprivosad.pdf>.

45 Court of Appeals of New York, 1852., 6 N. Y. 397.

46 Court of Appeals of New York, 1916., 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050.; Vidi: W. L. Prosser, *The Assault Upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, *Yale Law Journal*, Vol. 69., No. 7., 1960., str. 1099.

47 Supreme Court of Washington, 1932., 168. Wash., 456, 12 P.2d 409.

48 Supreme Court of California, 1944., 24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436.

49 Supreme Court of New Jersey, 1960., 32 N.J. 358; 161 A.2d 69.

50 Supreme Court of California, 1963., 59 Cal. 2d. 57, 377 P.2d 897, 27 Cal. Rptr. 697.

51 Vidi: J. Wade, V. Schwartz, K. Kelly, D. Partlett, *Prosser, Wade and Schwartz's: Cases and*

vrijedan ni nepopustljivi reformski fanatizam jednog dijela pravne doktrine, odnosno izniman napor akademske zajednice predvođene s nekoliko uglednih sveučilišnih profesora prava.⁵² Retrospektiva stvaranja koncepta objektivne izvanugovorne odgovornosti za štetu izazvanu neispravnim proizvodima u američkom pravu iznimno je korisna za potpunije sagledavanje nastanka i razvoja pravnih pravila o odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom u bivšem jugoslavenskom pravu, ali i današnjem hrvatskom pravu. Naime, sudska praksa američkih sudova, kao i gledišta pravne znanosti, koja su dala izniman doprinos u stvaranju suvremenog koncepta odgovornosti za neispravne proizvode, imali su odjeka i u sudskoj praksi i pravnoj znanosti bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Američko iskustvo u području odgovornosti za neispravne proizvode nesumnjivo je izvršilo snažan utjecaj i na profesora Mihaila Konstantinovića, autora i redaktora iznimno poznate Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima⁵³ koja je poslužila kao temelj za izradu Nacrta Zakona o obligacijama i ugovorima iz 1974. godine, kao i samoga Zakon o obveznim odnosima bivše SFRJ iz 1978. godine.⁵⁴ Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, kao i savezni Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine, rezultat su kreativne kodifikacije.⁵⁵ Kako i sam profesor Konstantinović u prethodnim napomenama Skice ističe da se u Skici nalazi veći broj pozajmica iz usporednog zakonodavstva s rješenjima koja odgovaraju potrebama praktičnog života, te da ako se u nekom pravu našlo neko pravilo koje se u praksi pokazalo kao pogodan instrument za postizanje određene svrhe, nije se oklijevalo da se ono prihvati i unese u tekst Skice.⁵⁶ U tom smislu, nema sumnje da se profesor Konstantinović u izradi čl. 141. Skice u velikoj mjeri oslanjao na američki model uređenja odgovornosti proizvođača za neispravne proizvode, posebice na pravila sadržana u par. 402A *Restatementa (Second) of Torts* iz 1964. godine.^{57, 58} Međutim, ne smije se zanemariti činjenica da je i sudska praksa naših sudova poslužila kao bitan izvor materijala za izradu Skice. Kada je u pitanju odgovornost za neispravne proizvode sudska praksa je u ograničenom broju slučajeva prije donošenja Skice priznavala

Materials on Torts, The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1994., str. 694. – 719.; D. G. Owen, *The Evolution of Product Liability Law*, The Review of Litigation, Vol. 26., No. 4., 2007., str. 955. – 989.

52 Tako: J. Stapleton, *Restatement (Third) of Torts: Product Liability, an Anglo-American Perspective*, Washburn Law Journal, Vol. 39., No. 3., 2000., str. 366.

53 M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969.

54 Službeni list SFRJ, br. 29/78.

55 R. M. Slijepčević, *Nastanak i karakteristična obeležja koncepcije Zakona o obligacionim odnosima*, *Evropski pravnik*, br. 4., 2008., str. 31.

56 M. Konstantinović, op. cit., str. 7.

57 Članak 141. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima glasi: *Ko stavi u promet neku stvar koju je proizveo, a koja zbog nekog nedostatka, za koji on nije znao, predstavlja opasnost štete za lica ili stvari, odgovara za štetu koja bi nastala zbog tog nedostatka.*

58 *Restatementi* nisu obvezujućii izvor prava, ali s obzirom na to da u njihovoj izradi sudjeluju ugledni sveučilišni profesori prava, vrhunski suci i pravnici praktičari, oni imaju veliki utjecaj i ugled u praksi.

novi vid odgovornosti - objektivnu odgovornost za štetu od neispravnog proizvoda. Važno je napomenuti da su mnogi jugoslavenski sudovi počeli primjenjivati odredbe iz Skice kao pravno pravilo.⁵⁹ Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine kod odgovornosti za neispravan proizvod u osnovi slijedi Skicu,⁶⁰ odnosno ne odstupa od koncepta objektivne (kauzalne) izvanugovorne odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom.⁶¹

Brojne federalne agencije u SAD-u izravno su uključene u sustav javnopravnog propisivanja sigurnosnih standarda određenih proizvoda.⁶² Sukladnost proizvoda s temeljnim sigurnosnim zahtjevima, odnosno standardima sigurnosti proizvoda koje su donijele navedene agencije mogu imati presudnu ulogu u slučajevima o odgovornosti za neispravne proizvode, posebice kada sud odlučuje o tome je li određeni proizvod ispravan ili ne.⁶³

Kao reakciju na veliki broj proizvoda povučениh s (američkog) tržišta, posebice igračkaka, zbog rizika koji predstavljaju za potrošače, američki Kongres je donio u kolovozu 2008. godine *Consumer Product Safety Improvement Act* (CPSIA 2008).⁶⁴ Navedenim zakonom propisuju se sigurnosni standardi i drugi sigurnosni zahtjevi u pogledu proizvoda za djecu, uključujući i igračke. Nema sumnje da je uloga CPSIA 2008 u postizanju visoke razine sigurnosti igračkaka na tržištu SAD-a iznimno značajna.⁶⁵ Navedeni zakon predstavlja najopsežniju reviziju američkoga

59 M. Orlić, *Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu*, u: Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza Prve regionale konferencije, Cavtat, 2010., Beograd, 2010., str. 343.

60 Vidi: M. Bevanda, *Odgovornost za štetu izazvanu neispravnim proizvodom u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 28, br. 1., 2007., str. 594. i 595.

61 Čl. 179. Zakona o obveznim odnosima iz 1978. godine glasi: (1) Tko stavi u promet neku stvar koju je proizveo, a koja zbog nekog nedostatka za koji on nije znao predstavlja opasnost štete za osobe ili stvari, odgovara za štetu koja bi nastala zbog nedostatka. (2) Proizvođač odgovara i za opasna svojstva stvari ako nije poduzeo sve što je potrebno da štetu, koju je mogao predvidjeti, spriječi upozorenjem, sigurnom ambalažom ili drugom odgovarajućom mjerom. Vidi: B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2., Zagreb, 1978., str. 808. – 813.; S. Cigoj, *Obligacijska razmerja* (Zakon o obligacijskih razmerjih), Ljubljana, 1978., str. 195. i 196.; B. Blagojević, V. Krulj (redaktori), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Beograd, 1980., str. 483., 499. – 504.; A. Radolović, *Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 22., br. 1., Rijeka, 2001., str. 339. – 359.; M. Bevanda, *Odgovornost proizvođača za štetu od proizvoda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 24., br. 1., 2003., str. 277. – 309.

62 Vidi: <http://www.usa.gov/Agencies.shtml>

63 Vidi: D. G. Owen, J. E. Montgomery, M. J. Davis, *Product Liability and Safety*, Foundation Press, New York, 2007., str. 350. – 396.

64 U.S.C. 2051, Public Law No. 110–314, 110th Congress, <http://www.cpsc.gov/cpsia.pdf>.

65 Zanimljiv je podatak da se 2009. godine u SAD-u broj smrtnih slučajeva kod djece ispod 15 godina starosti povezanih s upotrebom igračkaka prepolovio u odnosu na 2008. godinu kada je donesen CPSIA. Međutim, sjenu na ovo veliko postignuće baca podatak da se broj ozljeda tretiranih u američkim hitnim službama povećao u 2009. u odnosu na 2008. godinu. Podaci navedeni prema: U.S. Consumer Product Safety Commission, *Toy-Related Deaths and Injuries Calendar Year 2009*, <http://www.cpsc.gov/library/toymemo09.pdf>.

prava sigurnosti potrošačkih proizvoda od 1972. godine kada je američki Kongres donio (izvorni) Zakon o sigurnosti potrošačkih proizvoda (*Consumer Product Safety Act – CPSA*).^{66, 67} Pored toga, ovaj zakonodavni akt Kongresa donesen je i u cilju jačanja i modernizacije Komisije za sigurnost potrošačkih proizvoda (*Consumer Product Safety Commission*).⁶⁸ Naime, za razliku od njezinog obećavajućega početka u kreiranju jakog sustava sigurnosti potrošačkih proizvoda, uloga Komisija za sigurnost potrošačkih proizvoda s vremenom je znatno oslabila, te je bilo potrebno ojačati njezin status i ovlasti.⁶⁹ Kao i druge federalne agencije tako i američka Komisija za sigurnost potrošačkih proizvoda ima specifično mjesto u američkom pravnom sustavu. Komisija je utemeljena 1973. godine i ima sjedište u saveznoj državi Maryland. Proračun navedene agencije za 2009. fiskalnu godinu iznosio je 105.404 milijuna dolara, a za 2010. godinu 118.000 milijuna dolara.⁷⁰ Na temelju mišljenja i uz odobrenje Senata predsjednik SAD-a imenuje pet članova upravnog odbora i predsjedavajućeg Komisije. Komisija je nezavisna regulatorna agencija i ne nalazi se pod izravnom kontrolom predsjednika SAD-a.^{71, 72}

Odjeljkom 106. CPSIA 2008 uređena su pitanja vezana uz (obvezne) sigurnosne standarde za igračke. Predviđena je obvezujuća primjena temeljnih sigurnosnih zahtjeva za igračke koji su razrađeni u normi F 963⁷³ Američkog društva za ispitivanje i materijale (*American Society for Testing and Materials - ASTM*).⁷⁴ Američko društvo za ispitivanje i materijale jedno je od vodećih svjetskih

66 15 U. S. C. §§ 2051-2089 (1972).

67 F. Leone, B. J. Berger, *The Consumer Product Safety Improvement Act, Its Implementation and Its Liability Implications*, Defense Counsel Journal, July, 2009., str. 300.

68 <http://www.cpsc.gov>.

69 Vidi: T. Christoffel, K. K. Christoffel, *The Consumer Product Safety Commission's Opposition to Consumer Product Safety: Lessons for Public Health Advocates*, American Journal of Public Health, Vol. 79., No. 3., 1989., str. 336.; E. M. Felcher, *Product Recalls: Gaping Holes in the Nation's Product Safety Net*, The Journal of Consumer Affairs, Vol. 37., Issue 1., 2003., str. 170. – 179.

70 Navedeno prema: U. S. Consumer Product Safety Commission, Office of the Inspector General, Semiannual report to Congress, October 1 – March 31, 2010, <http://www.cpsc.gov>.

71 *Međutim, nezavisnost ove vrste agencija ne treba shvatiti u apsolutnom smislu. Tako, predsjednik imenuje predsjedavajućeg agencije (na osnovu mišljenja i uz odobrenje Senata) iz redova njenih članova. Iako predsjedavajući agencije nema mogućnost donošenja odluka u njeno ime (zašta je potrebna većina glasova svih njenih članova), njegova pozicija je vrlo uticajna i često presudno utiče na stav ostalih članova agencije. Takođe, predsjednik će često naći nekog od članova agencije iz suprotne stranke koji će deliti njegova uverenja.*, M. Davinić, *Pojam, vrste i aktivnosti federalnih agencija u pravnom sistemu SAD*, u: *Uvod u pravo SAD* (priredio: J. Ćirić), Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008., str. 79.

72 Vidi: E. Kagan, *Presidential Administration*, Harvard Law Review, Vol. 114., 2001., str. 2245. - 2385.; E. J. Criddle, *Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking*, Texas Law Review, Vol. 88., No. 3., 2010., str. 441. – 503.

73 ASTM International Standard F963 Consumer Safety Specifications for Toy Safety (ASTM F963).

74 Sec. 106. Mandatory Toy Safety Standards (a) In General —Beginning 180 days after the date of enactment of this Act, the provisions of ASTM International Standard F963–07 Consumer Safety Specifications for Toy Safety (ASTM F963), as it exists on the date of enactment of

normizacijskih organizacija koje je razvilo veliki broj dobrovoljnih standarda (uključujući i one za igračke) koje se primjenjuju diljem svijeta.^{75, 76} Od 10. veljače 2010. godine sve igračke koje se nalaze na tržištu SAD-a moraju zadovoljavati sigurnosne zahtjeve previdene normom F 963-07. Na navedeni način Kongres SAD-a dobrovoljne industrijske standarde koje su donijeli proizvođači, odnosno nezavisne agencija za normizaciju, pretvara u obvezne sigurnosne standarde.⁷⁷ Dakle, prethodno navedeni dobrovoljni standardi sigurnosti igračkaka razvijeni od strane Američkog društva za ispitivanje i materijale postali su obvezni standardi sigurnosti igračkaka u SAD-u.

Važeća pravila federalnih upravnih tijela o sustavu sigurnosti proizvoda nalaze se u Kodeksu federalnih pravila (*Code of Federal Regulations – CFR*)⁷⁸ objavljenom u Federalnom registru (*Federal Register*). Poglavlje 16 (II) Kodeksa federalnih pravila (Title 16. *Commercial Practice*, Chapter II. *Consumer Product Safety Commision*) sadrži pravila koja su iznimno bitna i za uređenje i nadzor sigurnosti igračkaka na američkom tržištu. U Federalnom registru od 18. rujna 2010. godine objavljeno je konačno interpretativno pravilo Komisije za sigurnost potrošačkih proizvoda o pojmu proizvoda za djecu, uključujući i dječje igračke.⁷⁹ Riječ je o tumačenju definicija proizvoda za djecu i dječjih igračka sadržanih u odredbama CPSIA 2008.⁸⁰

this Act (except for section 4.2 and Annex 4 or any provision that restates or incorporates an existing mandatory standard or ban promulgated by the Commission or by statute) shall be considered to be consumer product safety standards issued by the Commission under section 9 of the Consumer Product Safety Act (15 U.S.C. 2058).

75 Vidi: <http://www.astm.org/>.

76 Memorandum o razumijevanju između Američkog društva za ispitivanje i materijale (ASTM International) i Hrvatskog zavoda za norme (HZN) potpisan je 1. listopada 2005. godine. Napominjemo da je Vlada Republike Hrvatske na sjednici održanoj 27. listopada 2004. godine donijela Uredbu o osnivanju javne ustanove Hrvatski zavod za norme - engl. Croatian Standards Institute (Narodne novine 154/2004). Vidi: Izvješće o izvršenju godišnjeg programa rada i poslovanja Hrvatskog zavoda za norme za 2005. godinu, Zagreb, 2006., <http://www.hzn.hr/pdf/GI2006.pdf>.

77 F. Leone, B. J. Berger, op. cit., str. 306.

78 <http://www.gpoaccess.gov/cfr/>.

79 Federal Register / Vol. 75, No. 198 / Thursday, October 14, 2010 / Rules and Regulations/ 63067-6308

80 CPSIA 2008 - Sec. 108.: The term “children’s toy” means a consumer product designed or intended by the manufacturer for a child 12 years of age or younger for use by the child when the child plays. Sec. 235.: The term ‘children’s product’ means a consumer product designed or intended primarily for children 12 years of age or younger. In determining whether a consumer product is primarily intended for a child 12 years of age or younger, the following factors shall be considered: “(A) A statement by a manufacturer about the intended use of such product, including a label on such product if such statement is reasonable.”(B) Whether the product is represented in its packaging, display, promotion, or advertising as appropriate for use by children 12 years of age or younger. “(C) Whether the product is commonly recognized by consumers as being intended for use by a child 12 years of age or younger. “(D) The Age Determination Guidelines issued by the Commission staff in September 2002, and any successor to such guidelines.

4. DIREKTIVE EU BR. 48/2009. O SIGURNOSTI IGRAČAKA I BR. 374/1985. O ODGOVORNOSTI ZA NEISPRAVNE PROIZVODE

Temeljni izvori pravnih pravila o sigurnosti igračkaka i odgovornost za neispravne igračkake u pravu Europske unije su Direktiva br. 378/1988. o sigurnosti igračkaka,⁸¹ (izmijenjena i dopunjena 1993. godine),⁸² Direktiva br. 48/2009. o sigurnosti igračkaka,⁸³ Direktiva br. 95/2001. o općoj sigurnosti proizvoda⁸⁴ i Direktiva br. 374/1985. o odgovornosti za neispravne proizvode⁸⁵ (izmijenjana i dopunjena 1999. godine).⁸⁶

Imajući u vidu Ugovor o osnivanju Europske zajednice (u daljnjem tekstu: Ugovor),⁸⁷ i posebno njegov članak 95. (čl. 114. Ugovora o funkcioniranju Europske unije),⁸⁸ prijedlog Komisije, mišljenje Gospodarskog i socijalnog odbora (*Economic*

81 Council Directive 88/378/EEC of 3 May 1988 on the approximation of the laws of the Member States concerning the safety of toys, Official Journal L 187, 16.7.1988., str. 1.-13.

82 Council Directive 93/68/EEC of 22 July 1993 amending Directives 87/404/EEC (simple pressure vessels), 88/378/EEC (safety of toys), 89/106/EEC (construction products), 89/336/EEC (electromagnetic compatibility), 89/392/EEC (machinery), 89/686/EEC (personal protective equipment), 90/384/EEC (non-automatic weighing instruments), 90/385/EEC (active implantable medicinal devices), 90/396/EEC (appliances burning gaseous fuels), 91/263/EEC (telecommunications terminal equipment), 92/42/EEC (new hot-water boilers fired with liquid or gaseous fuels) and 73/23/EEC (electrical equipment designed for use within certain voltage limits), Official Journal L 220, 30/08/1993, str. 1.-22.

83 Directive 2009/48/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 on the safety of toys, Official Journal L 170, 30.6.2009., str. 1.-37. Ova se Direktiva primjenjuje na sve proizvode, bez obzira na upotrijebljene tehnike prodaje, uključujući prodaju na daljinu i elektroničku prodaju, pa i one koji su oblikovani isključivo za profesionalnu uporabu, ali koji su naknadno prešli na potrošačko tržište, izuzev ako poseban komunitarni propis uređuje područje sigurnosti određenog proizvoda, kao što je to slučaj s igračkama. Direktiva 95/2001. o općoj sigurnosti proizvoda ne utječe na prava oštećene osobe u smislu Direktive 374/1985. o odgovornosti za neispravne proizvode.

84 Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety, Official Journal L 11, 15.1.2002., str. 4.-17.

85 Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Official Journal L 210, 7.8.1985., str. 29.-33.

86 Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Official Journal L 141, 04.06.1999., str. 20. i 21.

87 Vidi: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_en.htm

88 Čl. 2. t. 1. Lisabonskog ugovora kojim se mijenjaju i dopunjuju Ugovor o Europskoj uniji i Ugovor o osnivanju Europske zajednice (engl. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, Official Journal C 306, 17.12.2007.) naziv Ugovora o osnivanju Europske zajednice izmijenjen je u naziv Ugovor o funkcioniranju Europske unije. Lisabonski ugovor je potpisan u Lisabonu (Portugal) 13. prosinca 2007. godine, a stupio je na snagu 1. prosinca 2009. godine. Tekst Lisabonskog ugovora na hrvatskom jeziku: *Lisabonski ugovor Europske unije - Konsolidirani tekst Ugovora o Europskoj uniji (Maastricht, 1992.)* - Konsolidirani tekst Ugovora o funkcioniranju Europske unije (Rim, 1957.): protokoli, prilozi i izjave (glavni redaktor hrvatskoga prijevoda

and Social Committee),⁸⁹ te postupajući u skladu s postupkom navedenim u članku 251. Ugovora (čl. 294. Ugovora o funkcioniranju Europske unije), Europski parlament i Vijeće Europske unije donijeli su Direktivu br. 48/2009. o sigurnosti igračkaka.^{90, 91} Direktiva 48/2009. o sigurnosti igračkaka usko je povezana s Direktivom 374/1985. o odgovornosti za neispravne proizvode i stoga ima izniman značaj za europsko odštetno pravo, posebice na kompenzacijski sustav koji omogućava oštećenim osobama ostvariti pravo na naknadu štete izazvane neispravnošću igračkaka. Kao i druge direktive Novog pristupa (koji je definiran u Rezoluciji Vijeća od 7. svibnja 1985. o novom pristupu tehničkom usklađivanju i normama),⁹² Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka ne utječe na primjenu Direktive 374/85 o odgovornosti za neispravne proizvode,⁹³ nego se s njom upotpunjuje u cilju osiguranja odgovarajuće razine zaštite potrošača od nesigurnih proizvoda (igračaka).⁹⁴ Proizvođači i uvoznici igračkaka koji stave na tržište igračke koje nisu sukladne komunitarnim harmoniziranim sigurnosnim zahtjevima za igračke odgovaraju za štetu prouzročenu takvim igračkama prema pravilima Direktive o odgovornosti za neispravne proizvode.⁹⁵

S obzirom na to da su različiti zakoni, uredbe i upravne odredbe o sigurnosti

Davorin Rudolf, *Adrias*, No. 16., Zagreb – Split, 2009.; Vidi: Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Struktura Evropske unije posle Lisabonskog ugovora*, *Pravni život*, br. 12., 2010., str. 455.470.

- 89 Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the safety of toys', COM(2008) 9 final - 2008/0018 (COD), *Official Journal C* 77, 31. 3. 2009, str. 8. – 14.
- 90 Opširnije o novoj Direktivi EU o sigurnosti igračkaka: M. Bevanda, *Osvrt na Direktivu Europske unije br. 48/2009. o sigurnosti igračkaka*, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 8., Mostar, 2010., str. 211.-230.
- 91 Nova Direktiva o sigurnosti igračkaka potpisana je 18. lipnja 2009. godine u Bruxellesu, objavljena je 30. lipnja 2009. godine u Službenom listu Europske unije, a stupila je na snagu 20. srpnja 2009. godine (dvadesetog dana od dana objavljivanja). Države članice moraju u roku od 18 mjeseci, računajući od dana njezina stupanja na snagu, provesti Direktivu 48/2009. u nacionalno pravo odnosno trebaju donijeti zakone, uredbe i upravne odredbe usklađene s Direktivom 48/2009. do 20. siječnja 2011. godine, čija će primjena početi 20. srpnja 2011. godine kada prestaje primjena stare Direktive o sigurnosti igračkaka iz 1988. godine izuzev članka 2(1) i trećeg dijela aneksa II. Direktive 378/88. koji prestaju važiti 20. srpnja 2013. godine. Prema čl. 2(1) Direktive o sigurnosti igračkaka iz 1988. godine igračke se moraju proizvesti od sigurnog materijala i mogu staviti na tržište samo ako ne ugrožavaju sigurnost i/ili zdravlje korisnika ili drugih osoba, kada su korišteni prema svojoj namjeni i u roku uporabe predviđenom u skladu s uobičajenim navikama djeteta. Ovi sigurnosni uvjeti smatraju se ispunjenima kada igračka odgovara uvjetima traženim u Aneksu II Direktive, tj. uvjeti koji se tiču fizičkih, kemijskih i mehaničkih svojstava, zapaljivosti i električkih svojstava igračke. M. Bevanda, *op. cit.*, str. 218. i 219.
- 92 Council Resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards, *Official Journal C* 136, 04/06/1985., str. 1. – 9.
- 93 Čl. 52(1) Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka.
- 94 Vidi: *Guide to the implementation of directives based on the New Approach and the Global Approach*, European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburg, 2000., str. 17.
- 95 Toč. 45. Preambule Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka

igračaka koje su bile na snazi u državama članicama bile odgovorne za nastanak zaprjeka u trgovini igračkama i narušavanje konkurencije na zajedničkom tržištu donesena je Direktiva 378/1988. o sigurnosti igračkaka.⁹⁶ Temeljni ciljevi Direktiva 378/1988. o sigurnosti igračkaka jesu uklanjanje preprjeka u trgovini između država članica uspostavljanjem usklađenih sigurnosnih zahtjeva za igračke i osiguranje da potrošači, posebice djeca,⁹⁷ budu djelotvorno zaštićeni od rizika povezanih s uporabom igračka.⁹⁸ Temeljni ciljevi nove Direktive o sigurnosti igračkaka jesu osiguranje visoke razine sigurnosti igračkaka u cilju zaštite zdravlja i sigurnosti djece, kao i garancija funkcioniranja zajedničkoga tržišta postavljanjem usklađenih sigurnosnih zahtjeva za igračke.⁹⁹ Navedenom Direktivom utvrđena su pravila koja u pogledu sigurnosti moraju ispunjavati igračke. Prema članku 12. Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka (odredba čl. 4. Direktive 378/1988. o sigurnosti igračkaka) države članice na svom teritoriju ne smiju zabraniti stavljanje na tržište igračke koje su sukladne sa sigurnosnim zahtjevima predviđenim odredbama Direktive o sigurnosti igračkaka. Zabranjivanje ili ograničavanje stavljanja igračke na tržište, povlačenje igračke ili povrat igračke s tržišta mora biti podrobno obrazloženo.

Proizvođač mora poduzeti sve nužne mjere da igračke koje stavlja na tržište budu projektirane i proizvedene sukladno bitnim sigurnosnim i zdravstvenim zahtjevima koji se na njih odnose. One moraju biti u skladu s bitnim sigurnosnim zahtjevima tijekom njihovog predvidljivog i uobičajenog perioda uporabe, te ne smiju ugroziti sigurnost ili zdravlje korisnika ili trećih osoba kada se koriste u skladu s namjenom ili na predvidljiv način, vodeći računa o ponašanju djece.¹⁰⁰ Sukladno čl. 17. Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka prije stavljanja igračke na tržište proizvođač je obavezan izvršiti analizu higijene i zapaljivosti igračke, te kemijskih, fizičkih, mehaničkih, električnih, i radioaktivnih opasnosti koje igračka može predstavljati, kao i procjenu moguće izloženosti tim opasnostima. Proizvođač sastavlja tehničku dokumentaciju s kojom dokazuje sukladnost igračke s bitnim sigurnosnim zahtjevima. Proizvođač mora čuvati tehničku dokumentaciju, kao i izjavu o sukladnosti igračke s bitnim sigurnosnim i zdravstvenim zahtjevima (*EC declaration of conformity*), kako bi bila na raspolaganju nadležnom tijelu za

96 Vidi: *Study on the Impact of the Revision of the Council Directive 88/378/EEC on the Safety of Toys*, prepared for European Commission – Directorate General for Enterprise and Industry, Final Report, Risk & Policy Analysts Limited, October, 2004.

97 The purpose of the Safety of Toys Directive is to protect children who play with toys, as well as the adults who supervise that play. H. Delaney, R. van de Zande (Editors), *A Guide to the EU Safety of Toys*, National Institute of Standards and Technology, Gaithersburg, 2001., str. 2.

98 Whereas the laws, regulations and administrative provisions in force in the various Member States relating to the safety characteristics of toys differ in scope and content; whereas such disparities are liable to create barriers to trade and unequal conditions of competition within the internal market without necessarily affording consumers in the common market, especially children, effective protection against the hazards arising from the products in question., Iz Preamble Direktive 378/1988. o sigurnosti igračkaka. Vidi slučaj *Geharo*, Case C-9/04, Judgment of the Court (First Chamber), 6 October 2005.

99 Toč. 48. Preamble nove Direktive o sigurnosti igračkaka.

100 Vidi: čl. 10. Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka.

ocjenjivanje sukladnosti najmanje deset godina nakon stavljanja igračke na tržište.

Sukladnost sa sigurnosnim zahtjevima predviđenim Direktivom 48/2009. o sigurnosti igračkaka ne isključuje proizvođačevu odgovornost za štetu izazvanu neispravnim igračkama prema pravilima Direktive 374/85. o odgovornosti za neispravne proizvode.¹⁰¹ Sigurnosni zahtjevi predviđeni Direktivom 48/2009. trebaju se uzeti u obzir kada se želi utvrditi je li igračka neispravna, ali nedostatak igračke može postojati i onda kada je igračka sukladna zakonom predviđenim normama,¹⁰² jer sukladnost s graničnim vrijednostima u propisima i standardima osigurava pretpostavku sigurnosti igračkaka, ali takva sukladnost može biti nedovoljna.¹⁰³ Prema odredbi čl. 6. Direktive 374/85. o odgovornosti za neispravne proizvode, proizvod je neispravan kada ne daje sigurnost koju je osoba ovlaštena očekivati, uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući: prezentaciju proizvoda, uporabu koja se razumno mogla očekivati i vrijeme kada je proizvod stavljen u promet. Razumna očekivanja potrošača nisu nepromjenljiva. S porastom stupnja znanja o eventualnim rizicima određenog proizvoda za zdravlje i sigurnost potrošača i prevenciji rizika, rastu i razumna očekivanja potrošača kod sigurnosti proizvoda (posebice u nedostatku propisanih standarda sigurnosti).¹⁰⁴

Francuska je prva članica EU koja je u propisanom roku provela Direktivu 48/2009. u nacionalno pravo premijerovim Dekretom br. 166/2010. od 22. veljače 2010. o sigurnosti igračkaka¹⁰⁵ i aktom Ministra gospodarstva, industrije i zapošljavanja (*La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi*) kojim se utvrđuju detaljna pravila za provedbu Dekreta br. 166/2010. od 22. veljače 2010. o sigurnosti igračkaka.¹⁰⁶ Navedena pravila stupaju na snagu 20. srpnja 2011. godine, kada prestaje primjena Dekreta br. 89/662 od 12. rujna 1989. godine o sprječavanju rizika od upotrebe igračkaka,¹⁰⁷ izuzev odredaba koje se odnose na kemijska svojstva igračkaka sadržanih u točki 3., drugog dijela Aneksa II Dekreta koje prestaju važiti 20. srpnja 2013. godine.¹⁰⁸

Osim Francuske, Direktivu 48/2009. o sigurnosti igračkaka provele su u

101 European Commission - Expert Group on Toy Safety, Guidance document on the application of Directive 2009/48/EC on the safety of toys, 16. 4. 2010., str. 68.

102 M. Bevanda, op. cit., str. 223.

103 Vidi: Commission Decision of 16 December 2009 laying down guidelines for the management of the Community Rapid Information System 'RAPEX' established under Article 12 and of the notification procedure established under Article 11 of Directive 2001/95/EC (the General Product Safety Directive), Official Journal L 22, 26. 1. 2010., str. 39.

104 *Abouzaid v Mothercare (UK) Ltd* (2000) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions 348, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2000/348.html>.

105 Décret no 2010-166 du 22 février 2010 relatif à la sécurité des jouets, Journal Officiel de la République Française (JORF) No. 0046, 24/02/2010.

106 Arrêté du 24 février 2010 fixant les modalités d'application du décret no 2010-166 du 22 février 2010 relatif à la sécurité des jouets, Journal Officiel de la République Française (JORF) No. 0055, 06/03/2010.

107 Décret n°89-662 du 12 septembre 1989 relatif à la prévention des risques résultant de l'usage des jouets, Journal Officiel de la République Française (JORF) du 15 septembre 1989 page 11673. Navedeno prema: M. Bevanda, op. cit., str. 220.

108 Ibidem.

nacionalno pravo u za to propisanom roku Estonija, Bugarska i Luksemburg.¹⁰⁹ Sredinom prosinca 2010. godine u Bugarskoj je donesen Pravilnik o temeljnim zahtjevima i ocjeni sukladnosti igračkaka,¹¹⁰ dok je u Luksemburgu donesen Zakon o sigurnosti igračkaka.¹¹¹ Zakonom o sukladnosti proizvoda od 20. svibnja 2010. godine¹¹² i Uredbom br. 57. od 3. rujna 2010. o sigurnosti igračkaka i postupcima ocjenjivanja sukladnosti¹¹³ izvršena je provedba Direktive 48/2009. o sigurnosti igračkaka u estonsko pravo.

5. IZVORI PRAVA SIGURNOSTI IGRAČKA I ODGOVORNOSTI ZA NEISPRAVNE IGRAČKE U REPUBLICI HRVATSKOJ

Najveći broj opasnih proizvoda otkrivenih na tržištu Republike Hrvatsku, kao i na tržištu EU, dječje su igračke i drugi proizvodi namijenjeni djeci. Iako se na hrvatskom tržištu nalazi relativno veliki broj opasnih ili neispravnih igračkaka, u objavljenj i nama dostupnoj sudskoj praksi Republike Hrvatske nema presude u slučajevima šteta prouzročenih neispravnim igračkama. S obzirom na to da u Hrvatskoj ne postoji baza podataka o nezgodama izazvanim neispravnim proizvodima (uključujući i igračke),¹¹⁴ stvarno stanje broja nezgoda izazvanih neispravnim igračkama nemoguće je utvrditi sa sigurnošću.¹¹⁵ Oskudica znanstvenih, ili uopće bilo kakvih članaka, o pravnom problemu sigurnosti igračkaka i odgovornosti za neispravne igračke pokazuje da je navedena problematika u hrvatskoj pravnoj znanosti tretirana kao periferno pitanje. Takvo tretiranje navedenoga specifičnoga područja ili, bolje rečeno, taj veliki propust, mogao bi navesti na pogriješan zaključak da se radi o nebitnoj i neaktualnoj problematici. Upravo protivno, riječ je o izrazito dinamičnoj, složenoj (unatoč mogućoj prividnoj jednostavnosti) i uvijek aktualnoj problematici. S obzirom na prethodno navedene, kao i brojne druge razloge,

109 Nakon predaje rada Uredništvu Zbornika provedena je Direktiva 48/2009. sigurnosti igračkaka u nacionalno pravo i nekih drugih država članica: Belgija (Koninklijk besluit betreffende de veiligheid van speelgoed, Belgisch Staatsblad, N. 45., 10. 02. 2011.), Danska (Bekendtgørelse om sikkerhedskrav til legetøjsprodukter, Lovtidende A, Nr. 13., 10. 01. 2011.), Irska (S.I. No. 14 of 2011 - European Communities (Safety of Toys) Regulations 2011). Posebno je pitanje je li navedena prilagodba nacionalnih prava s obvezama propisanim Direktivom 48/2009. o sigurnosti igračkaka ispravno provedena ili je riječ nepotpunoj, pogriješnoj ili neučinkovitoj provedbi.

110 Наредба за съществените изисквания и оценяване съответствието на играчките, Държавен вестник, Брой 99, 17. 12. 2010.

111 Loi du 15 décembre 2010 relative à la sécurité des jouets, Mémorial A, N. 223, 17. 12. 2010.

112 Toote nõuetele vastavuse seadus, Elektrooniline Riigi Teataja, RTI, 14. 06. 2010, 31, 157

113 Mänguasja ohutusnõuded ja nõuetele vastavuse tõendamise kord, Majandus-ja kommunikatsiooniministri 3. septembri 2010. a määrus nr 57, Elektrooniline Riigi Teataja, RTI, 07. 09. 2010, 63, 464.

114 Vidi bazu podataka o ozljedama u Europskoj uniji (IDB) <https://webgate.ec.europa.eu/idbpa/>.

115 Samo postojanje baze podataka automatski ne znači da su svi slučajevi šteta prouzročenih neispravnim igračkama u njoj evidentirani.

teorijsko i praktično opravdanje znanstvenog istraživanja navedene problematike je višestruko.¹¹⁶

Značajniji izvori prava neposredno ili posredno vezani uz sustav sigurnosti igračaka i odgovornost za neispravne igračke u Republici Hrvatskoj su Zakon o obveznim odnosima,¹¹⁷ Zakon o općoj sigurnosti proizvoda,¹¹⁸ Zakon o normizaciji,¹¹⁹ Zakon o tehničkim zahtjevima i ocjenjivanju sukladnosti,¹²⁰ Zakon o predmetima opće uporabe,¹²¹ Zakon o zaštiti potrošača,¹²² Uredba o sustavu brze razmjene službenih obavijesti o proizvodima koji predstavljaju rizik za zdravlje i sigurnost potrošača,¹²³ Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti i sigurnosti igračaka,¹²⁴ Pravilnik o obavješćivanju o proizvodu koji je opasan za potrošače,¹²⁵ itd.¹²⁶ Međutim, navedeno „bogatstvo“ pravnih pravila o sigurnosti igračaka i odgovornosti za neispravne igračke ne znači gotovo ništa ako ne postoji djelotvorna i dosljedna provedba istih. Ako postoji kriza pravne države, pravnog sustava, nedostatak u kvaliteti i kvantiteti prava, dolazi do neprimjene ili neobjektivne primjene prava.¹²⁷ Ovdje ćemo prikazati samo neke odredbe gore navedenih pravnih propisa.

Zakon o obveznim odnosima RH regulira odgovornost za neispravan proizvod odredbama čl. 1073. - 1080., u Glavi IX.: Izvanugovorni obvezni odnosi; Odjeljku 1.: Prouzročenje štete; Odsjeku 5. Odgovornost za neispravan proizvod.¹²⁸ Prema odredbi čl. 1074. (1) navedenoga Zakona proizvod je bilo koja pokretna stvar, kao i samostalni dio ugrađen u neku pokretnu ili nepokretnu stvar. Igračke su proizvodi koji su obuhvaćeni navedenim pojmom proizvoda, te se pravila o odgovornosti za neispravne proizvode iz Zakona o obveznim odnosima primjenjuju i na tu vrstu

116 Zadani okvir rada ne dopušta nam da se upustimo u opsežniju analizu navedene problematike u pravnom poretku RH.

117 Narodne novine RH, br. 35/05., 41/08.

118 Narodne novine RH, br. 30/09.

119 Narodne novine RH, br. 163/03.

120 Narodne novine RH, br. 20/10.

121 Narodne novine RH, br. 85/06., 75/09., 43/10.

122 Narodne novine RH, br. 79/07., 125/07. i 79/09.

123 Narodne novine RH, br. 39/09.

124 Narodne novine RH, br. 115/08. Danom stupanja na snagu ovoga Pravilnika prestao je važiti Pravilnik o uvjetima u pogledu zdravstvene ispravnosti predmeta opće uporabe koji se mogu stavljati u promet (Narodne novine RH, br. 42/04. i 54/05).

125 Narodne novine RH, br. 55/10., 90/10.

126 Jedan od ciljeva donošenja navedenih propisa je usklađivanje hrvatskog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije iz područja prava sigurnosti proizvoda i odgovornosti za neispravne proizvode.

127 Tako: S. Perović, *Izvanpravni činioci i pravni poredak univerzalne vrednosti i kulturni identitet*, u: Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza Prve regionale konferencije, Cavtat, 2010., Beograd, 2010., str. 145.

128 Vidi: Z. Česić, V. Gorenc i dr., *Komentar Zakona o obveznom odnosima*, Zagreb, 2005., str. 1663. – 1671.; P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Zagreb, 2006., str. 618.-621.; M. Baretić, *Odgovornost za neispravan proizvod*, u: *Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene – najznačajniji instituti*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005., str. 220.-278.; M. Bevanda, *Odgovornost za štetu izazvanu neispravnim proizvodom u hrvatskom i bosanskohercegovačkom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 28, Br. 1., 2007., str. 587.-632.

proizvoda. Prema odredbi čl. 1075. (1) proizvod nije ispravan ako, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja, a poglavito način na koji je proizvod predstavljen, svrhe u koje, prema razumnom očekivanju, proizvod može biti uporabljen te vrijeme kad je proizvod stavljen u promet, ne pruža sigurnost koja se opravdano očekuje od takva proizvoda. Sukladno odredbama čl. 1078. odgovorna osoba se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da: nije stavila proizvod u promet; iz okolnosti slučaja proizlazi da neispravnost, a ni njezin uzrok, nisu postojali u vrijeme stavljanja proizvoda u promet; proizvod nije proizveden za prodaju, davanje u zakup ili bilo koju drugu poslovnu svrhu, kao niti da je proizveden ili stavljen u promet u okviru njegova poslovanja; je neispravnost posljedica pridržavanja prisilnih propisa koji su bili na snazi u trenutku kad je stavio proizvod u promet; stanje znanosti ili tehničkog znanja u vrijeme stavljanja proizvoda u promet nije omogućavalo otkrivanje neispravnosti; je šteta prouzročena isključivo radnjom oštećenika ili osobe za koju on odgovara, odnosno radnjom treće osobe koju proizvođač nije mogao predvidjeti i čije posljedice nije mogao izbjeći ili otkloniti.

Zakonom o normizaciji uređuju se načela i ciljevi hrvatske normizacije, kao i osnivanje, ustrojstvo i djelatnost nacionalnoga normirnog tijela, te pripremanje i izdavanje hrvatskih normi i njihova uporaba.¹²⁹ Jedan od ciljeva normizacije je povećanje razine sigurnosti proizvoda.¹³⁰

Zakonom o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjenjivanju sukladnosti uređuje se način propisivanja tehničkih zahtjeva za proizvode i postupaka ocjenjivanja sukladnosti s propisanim zahtjevima, te donošenje propisa kojima se za pojedine proizvode, odnosno skupine proizvoda detaljnije uređuju tehnički zahtjevi koje moraju zadovoljiti proizvodi koji se stavljaju na tržište i/ili na raspolaganje; prava i obveze gospodarskih subjekata koji stavljaju proizvode na tržište i/ili na raspolaganje; postupke ocjene sukladnosti, prava i obveze tijela koja provode postupke ocjenjivanja sukladnosti proizvoda s tehničkim zahtjevima; dokumente o sukladnosti; način označivanja proizvoda; nadzor nad tržištem; te valjanost isprava o sukladnosti izdanih u inozemstvu.¹³¹ Danom stupanja na snagu Zakona o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjenjivanju sukladnosti iz 2010. godine prestao je važiti Zakon o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjeni sukladnosti iz 2003. godine.¹³² Navedeni Zakon ne primjenjuje se na propisivanje tehničkih zahtjeva i provedbu postupaka ocjenjivanja sukladnosti za proizvode koji su uređeni posebnim zakonima.

Zakon o općoj sigurnosti proizvoda RH donesen je 20. veljače 2009. godine, a stupio je na snagu 17. ožujka 2009. godine. Danom stupanja na snagu ovoga Zakona prestao je važiti Zakon o općoj sigurnosti proizvoda iz 2003. godine.¹³³ U

129 Čl. 1.(1) Zakona o normizaciji.

130 Vidi čl. 4. Zakona o normizaciji.

131 Vidi: čl. 1., st. 1. i 3. Zakona o tehničkim zahtjevima za proizvode i ocjenjivanju sukladnosti.

132 Narodne novine RH, br. 158/03. i 79/07.

133 Narodne novine RH, br. 158/03. i 107/07. Ovim je Zakonom stvoren pravni temelj za prenošenje

cilju osiguranja stavljanja na tržište samo sigurnih proizvoda, ovim se Zakonom propisuju opći sigurnosni zahtjevi za proizvode, obveze proizvođača i distributera, informiranje javnosti, poticanje dragovoljnih mjera te nadzor nad ispunjavanjem propisanih zahtjeva.¹³⁴ Prema odredbi čl. 2.(3) ako poseban propis uređuje područje sigurnosti određenog proizvoda, ovaj se Zakon primjenjuje samo na aspekte i rizike, odnosno vrste rizika za taj proizvod, koji nisu uređeni tim posebnim propisom.

Pravilnik o obavješćivanju o proizvodu koji je opasan za potrošače u svome čl. 1. određuje obvezu obavješćivanja, te oblik i sadržaj obavijesti koju moraju dostaviti proizvođači i distributeri ako na temelju informacija kojima raspolažu, utvrde da je proizvod koji su stavili na tržište, opasan za potrošače, te da nije sukladan s općim sigurnosnim zahtjevima. Sukladno čl. 2. odredbe ovoga Pravilnika primjenjuju se i na proizvode čija je sigurnost uređena posebnim propisom, osim ukoliko poseban propis ne uređuje obvezu obavješćivanja o opasnostima koje ti proizvodi mogu predstavljati na potrošače. Navedeni Pravilnik stupio je na snagu 13. svibnja 2010. godine, osim odredbi članka 3. stavka 1. podstavka 4. i 5. koje stupaju na snagu na dan prijema Republike Hrvatske u Europsku uniju.¹³⁵

Na temelju članka 7. stavka 3. Zakona o predmetima opće uporabe iz srpnja 2006. godine ministar zdravstva i socijalne skrbi, uz prethodno pribavljeno mišljenje ministra gospodarstva, rada i poduzetništva, donio je 30. rujna 2008. godine Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti i sigurnosti igračkaka kojim se propisuje zdravstvena ispravnost i sigurnost igračkaka. Danom stupanja na snagu ovoga Pravilnika (15. listopada 2008.) prestao je važiti Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti predmeta široke potrošnje i zdravstvenoj ispravnosti i sigurnosti igračkaka¹³⁶ u dijelu koji se odnosi na zdravstvenu ispravnost i sigurnost igračkaka. Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti i sigurnosti igračkaka donesen je i u cilju usklađivanja hrvatskog prava s pravom EU u materiji na koju se odnosi. Dječje igračke^{137, 138} koje se stavljaju na

direktiva novoga pristupa u hrvatsko zakonodavstvo. Izvješće o izvršenju godišnjeg programa rada i poslovanja Hrvatskog zavoda za norme u 2007. godini, Zagreb, 2008., str. 15., <http://www.hzn.hr/pdf/GI2007a.pdf>.

134 Čl. 1. Zakona o općoj sigurnosti proizvoda.

135 Navedene odredbe glase: Proizvođačem se smatra: - proizvođač proizvoda čije je sjedište u državi članici Europske unije i svaka druga pravna ili fizička osoba koja se predstavlja kao proizvođač stavljanjem na proizvod svojega zaštitnog znaka ili kojega drugoga razlikovnog znaka, ili onaj koji prerađuje proizvod; – ovlašteni zastupnik ili predstavnik proizvođača kad proizvođač nema sjedište u nekoj državi članici Europske unije ili uvoznik proizvoda kad proizvođač nema predstavnika ili ovlaštenog zastupnika kojemu je sjedište u nekoj državi članici Europske unije.

136 Narodne novine RH, br. 47/08.

137 Dječjim igračkama smatraju se svi proizvodi ili oblikovani materijali namijenjeni za igru djece do 14 godina starosti i različite potrepštine za djecu, koje mogu doći u dodir s usnom šupljinom i kožom, kao što su pisala (grafit kod olovaka i tinta za pera), materijali za modeliranje i gelovi, različita bojila, lakovi, premazi, eksperimentalna oprema za kemiju i druge kemijske igračke (čl. 4. Pravilnika).

138 Dječjom igračkom ne smatraju se: dekorativni proizvodi namijenjeni za proslave; proizvodi namijenjeni hobijima za odrasle s time da je na ambalaži navedeno vidljivo i čitljivo da je namijenjeno sakupljačima od 14 godina i na dalje; sportska oprema uključujući daske za

tržište ne smiju ugrožavati zdravlje i sigurnost djece, te moraju u okviru deklaracije i to na samoj igrački, ambalaži ili privjesnici imati trajno vidljivo označeno upozorenje o mogućim opasnostima, što se posebice odnosi na igračke namijenjene djeci do tri godine starosti i to riječima i/ili slikom, tj. prikazano međunarodno važećim znakom za koju dobnu skupinu igračka nije namijenjena.¹³⁹ Dječje igračke mogu se izrađivati samo od materijala koji je potpuno čist i koji ne sadrži sastojke štetne po zdravlje. Zabranjeno je izrađivati dječje igračke od oštećenoga materijala, rabljenoga materijala, čiji je stupanj onečišćenja opasnim tvarima veći od stupnja utvrđenog u nerabljenom materijalu, odnosno od materijala koji u mehaničkim i fizikalnim svojstvima ne odgovara priznatim propisima i normama.

6. ODNOS I FUNKCIJE PRAVNIH PRAVILA O SIGURNOSTI IGRAČAKA I ODGOVORNOSTI ZA NEISPRAVNE IGRAČKE

U američkim i europskim stručnim i akademskim krugovima vodi se živa rasprava o brojnim pitanjima pravnog uređenja sigurnosti proizvoda i odgovornosti za neispravne proizvode, posebice o odnosu (privatnopravnog i javnopravnog) uređenja sigurnosti proizvoda i pravnih pravila odgovornosti za neispravne proizvode.¹⁴⁰ Dok jedna skupina autora osporava bitnu povezanost navedenih područja, drugi ističu nesumnjivu i neraskidivu vezu između uređenja sigurnosnih proizvoda i odgovornosti za neispravne proizvode.¹⁴¹ Strogo pravno gledano radi

rolanje i sl.; bicikli, skuteri i sl. što služi kao transportno sredstvo, a označeno za sport ili koji su namijenjeni za putovanje na javnim cestama i putevima; proizvodi na električni pogon namijenjeni prijevozu na javnim cestama i putevima; proizvodi namijenjeni sigurnosti djece u dubljoj vodi i pri učenju plivanja; puzzle s više od 500 komada; zračna puška i pištolji osim vodenih pištolja te luka i strijelica dužim od 120 cm; proizvodi namijenjeni vatrometu uključujući kapsule koje nisu posebno označene da su igračke; proizvodi i igre koje koriste oštre predmete (projektili, rakete, zrna) uključujući i one koji su izrađeni od metala; proizvodi koji služi za edukaciju kao električne peći, glačala ili drugi funkcionalni proizvodi koji rade na naponu do 24 W, a namijenjeni su isključivo za edukaciju i uz nadzor odraslih; proizvodi namijenjeni za edukaciju u školama i u druge pedagoške svrhe pod nadzorom odraslih instruktora, kao oprema za znanstvene svrhe; elektronička oprema kao što su osobna računala i upravljačke ploče za kompjuterske igre, uključujući i vanjske jedinice (tastature, »joy sticks« i sl.); interaktivni software namijenjen hobbiju i zabavi kao što su kompjuterske igre i mediji na kojem su spremljene kao CD; dude varalice; svjetiljke koje privlače dječju pozornost, te električni transformatori za igračke (čl. 22. Pravilnika).

139 Čl. 5. i 6. Pravilnika.

140 Opširnije o konceptima uređenja sigurnosti proizvoda: G. G. Howells, *The Relationship Between Product Liability and Product Safety – Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through Comparison with the U.S. Position*, Washburn Law Journal, Vol. 39., No. 3., 2000., str. 306. – 346.; M. Baretić, *Građanskopravna odgovornost za neispravan proizvod*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005., str. 170. – 173.

141 Vidi: A. M. Polinsky, S. Shavell, *The Uneasy Case for Product Liability*, Harvard Law Review, Vol. 123., No. 6., 2010., str. 1438. – 1492.; J. C. P. Goldberg, B. C. Zipursky, *The Easy Case for Product Liability Law: A Response to Professors Polinsky and Shavell*, Harvard Law Review,

se o dva odvojena sustava pravila koja se razlikuju po svojoj prirodi, ali gledano u širem društvenom kontekstu riječ je međusobno upotpunjujućim pravilima.¹⁴² Sa snažnijim razvojem pravnog uređenja sigurnosti igračkaka ubuduće se može očekivati i njegov snažniji utjecaj na slučajeve odgovornosti za neispravne igračke.¹⁴³

Značajna pozornost posvećuje se i pitanju pravnih posljedica nesukladnosti proizvoda s dobrovoljnim ili obveznim standardima sigurnosti. Postavlja se pitanje kakav učinak na određivanje neispravnosti proizvoda i odgovornost proizvođača ima nesukladnost proizvoda s dobrovoljnim ili obveznim standardima sigurnosti.

Sve mjere usmjerene na sprječavanje opasnosti, odnosno izbjegavanje rizika, koje predstavljaju igračke, ne mogu u cijelosti spriječiti stavljanje u promet i prisutnost opasnih igračkaka na tržištu, te nastanak šteta izazvanih opasnim i neispravnim igračkama.¹⁴⁴ Pridržavanje svih propisanih sigurnosnih standarda za igračke, automatski ne znači da je konkretna igračka ispravna u kontekstu pravila o odgovornosti za neispravne igračke. Kao što je ranije rečeno, udovoljavanje graničnim vrijednostima u zakonskim propisima o sigurnosti igračkaka ili u normama pruža pretpostavku sigurnosti igračkaka, ali moguće je da takvo udovoljavanje neće biti dostatno.¹⁴⁵ Dakle, sukladnost određene igračke s temeljnim sigurnosnim zahtjevima predstavlja tek oborivu predmnjevu da je ta igračka sigurna.¹⁴⁶ Prema odredbi čl. 3(2) Direktive o općoj sigurnosti pretpostavlja se da je proizvod siguran s obzirom na rizike i kategorije rizika obuhvaćene odgovarajućim nacionalnim normama kad je sukladan dobrovoljnim nacionalnim normama kojima su prihvaćene europske norme, čiji je popis Komisija objavila u »Službenom listu Europske zajednice«. Prema odredbi čl. 5. st. 3. hrvatskoga Zakona o općoj sigurnosti proizvoda ako nema odgovarajućih tehničkih propisa, pretpostavlja se da je proizvod siguran s obzirom na rizike i kategorije rizika obuhvaćene odgovarajućim hrvatskim normama kad je sukladan hrvatskim normama kojima su prihvaćene europske norme, čiji je popis objavljen u »Narodnim novinama«. Odredbom čl. 5. st. 4. određeno je da se sukladnost proizvoda s općim sigurnosnim zahtjevima ocjenjuje na temelju sljedećih

Vol. 123., No. 8., 2010., str. 1919. – 1948.; A. M. Polinsky, S. Shavell, *A Skeptical Attitude About Product Liability Is Justified: A Reply to Professors Goldberg and Zipursky*, Harvard Law Review, Vol. 123., No. 8., 2010., str. 1949. – 1968.

142 K. de Ruyter, A. Brack, op. cit., 160. i 161.

143 Vidi: C. Hodges, *Approaches to product liability in the EU and Member States*, u: *Products Liability in Comparative Perspective* (Edited by D. Fairgrieve), Cambridge, 2005., str. 195.

144 Tragična smrt petogodišnjeg djeteta s Korčule koje je stradalo tijekom igre na trampolinu s toboganom u dječjoj igraonici Čarobni grad u Splitu aktualizirala je u hrvatskoj javnosti pitanje sigurnosti dječjih igračkaka i drugih proizvoda za djecu, igrališta i igraonica za djecu.

145 Vidi: *Vodič za procjenu i vrednovanje rizika*, Državni inspektorat Republike Hrvatske, srpanj 2010., str. 10., <http://www.inspektorat.hr/Upload/Documents/Novosti/vodic%207-7-10.pdf>

146 Vidi: M. Baretić, *Građanskopravna odgovornost za neispravan proizvod u zdravstvu*, u: *Građanskopravna odgovornost u medicini* (urednik: J. Barbić, HAZU, Zagreb, 2008., str. 76.; S. Lierman, *European Product Safety, Liability and Single-Use Devices in a Medical Context*, European Journal of Health Law, No. 8, 2001., str. 212.; M. Hibbert, S. Lenze, *Feature - European Commission's third report on the Product Liability Directive*, Lovells, str. 7., <http://ca.linexlegal.com/CONTENT/685/40271.pdf>.

elemenata, kada oni postoje: 1. hrvatske norme kojima su prihvaćene odgovarajuće europske norme; 2. ostale hrvatske norme; 3. preporuke Europske komisije koje daju upute za ocjenu sigurnosti proizvoda; 4. pravila dobre prakse u području sigurnosti proizvoda koja su na snazi u dotičnom sektoru; 5. trenutna razina znanosti i tehnike; i 6. razina sigurnosti koju potrošači objektivno očekuju.

Za razliku od američkog *Restatementa (Second) of Torts*, koji odgovornosti za neispravne proizvode posvećuje samo jedan paragraf (402A),¹⁴⁷ koji ne uređuje pitanje sukladnosti proizvoda sa sigurnosnim standardima i s time povezanim pitanjem neispravnosti takvog proizvoda, *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*¹⁴⁸ predstavlja poseban *Restatement* isključivo posvećen problematici odgovornosti za neispravne proizvode koji posebno uređuje pitanje sukladnosti i nesukladnosti proizvoda s propisanim standardima sigurnosti.¹⁴⁹ Naime, četvrti paragraf prvoga potpoglavlja *Restatementa (Third) of Torts: Products Liability* (§ 4. *Noncompliance and Compliance with Product Safety Status or Regulations*) uređuje učinke proizvođačeva nepridržavanja javnopravnih standarda sigurnosti proizvoda. Navedena pravila iznimno su složena zbog različitog tumačenja i primjene par. 4. *Restatementa (Third) of Torts: Products Liability*. Neusklađenost sudske prakse, kao i pravne znanosti, u tumačenju i primjeni navedenoga paragrafa, dovodi do povećane pravne nesigurnosti.¹⁵⁰ Stoga i ne čudi činjenica da tzv. *regulatory compliance* obrane nikada nisu široko prihvatili američki sudovi i komentatori.¹⁵¹ Prema par. 4(a) nesukladnost proizvoda s propisanim sigurnosnim standardima čini proizvod neispravnim.¹⁵² Prema par. 4(b) sukladnost proizvoda s propisanim standardima sigurnosti uzima se u obzir prilikom utvrđivanja neispravnosti proizvoda, ali ista

147 Par. 402A *Restatementa (Second) of Torts* (1964) pod naslovom *Posebna odgovornost prodavatelja proizvoda za fizičku štetu korisnika ili potrošača* glasi: (1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.* (2) *The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

148 *Restatement of the Law Third, Torts: Product Liability*, (20. 05. 1997.), American Law Institute – ALI (Američki pravni institut), St. Paul, Minn., 1998.

149 O pojmu i vrstama neispravnosti proizvoda u *Restamentu (Second) of Torts* i *Restatement-u (Third) of Torts: Products Liability* vidi: A. Meade, *A Reasonable Alternative to the Reasonable Alternative Design Requirement in Products Liability Law: A Look at Pennsylvania*, *Hastings Law Journal*, Vol. 62, Issue 1., 2010., str. 155. – 183.

150 Vidi: D. A. Fischer, M. D. Green, W. Powers Jr., J. Sanders, *Products Liability: Cases and Materials*, Fourth Edition, 2006., str. 507. – 532.

151 L. R. Rabin, *Reassessing Regulatory Compliance*, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 88., No. 7., 2000., str. 2084.

152 *A product's noncompliance with an applicable product safety statute or administrative regulation renders the product defective with respect to the risk sought to be reduced by the statute or regulation.*

ne sprječava dokazivanje da je proizvod neispravan.¹⁵³ Prema tomu, iako postoji sukladnost proizvoda s važećom normom (zadovoljen je minimalni standard sigurnosti proizvoda), sud je slobodan utvrditi neispravnost uslijed propusta u obavještavanju ili konstrukcijsku neispravnost proizvoda, jer propisani sigurnosni standardi općenito predstavljaju tek minimalne standarde.¹⁵⁴ Kako ističu neki komentatori, ako propisani sigurnosni standardi predstavljaju tek minimalne standarde, onda ne postoji opravdan razlog da se sukladnost tretira kao „sigurna luka“ za tužitelja u slučajevima odgovornosti za neispravne proizvode.¹⁵⁵ Dokaz sukladnosti proizvoda s propisanim sigurnosnim standardima nije nebitan, ali on u slučajevima odgovornosti za neispravne proizvode predstavlja samo dio dokazne slagalice, a ne neprobojni štit od odgovornosti.¹⁵⁶ U komentaru e. par. 4. stoji da par. 4(b) odražava tradicionalno stajalište da su, općenito gledano, sigurnosni standardi za proizvode većinom samo minimalni standardi.¹⁵⁷ Navedeno neki komentatori objašnjavaju mogućom „zarobljenošću“ zakonodavca i regulatornih agencija od strane određenog sektora industrije.¹⁵⁸ Međutim, zahtjevi sigurnosti igračkaka koje je kreirala američka Komisija za sigurnost potrošačkih proizvoda nisu minimalni standardi. Za njih možemo reći da predstavljaju znatno rigoroznije zahtjeve od minimalnih standarda sigurnosti, odnosno optimalne standarde sigurnosti igračkaka. S obzirom na posebna svojstva osoba kojima su igračke namijenjene posve je razumljivo zašto su navedeni sigurnosti standardi posebno rigorozni. Stoga bismo mogli reći da je, kako to ističu neki autori za druge vrste proizvoda (npr. lijekove i medicinske uređaje),¹⁵⁹ sukladnost igračkaka sa sigurnosnim standardima koje je usvojila američka Komisija za sigurnost potrošačkih proizvoda nešto na što su (ili na što bi trebali biti) ponosni proizvođači igračkaka. Neki komentatori ističu da sukladnost proizvoda s optimalnim sigurnosnim standardima federalnih regulatornih agencija daje čvršći slučaj za *regulatory compliance* obranu.¹⁶⁰

153 *A product's compliance with an applicable product safety statute or administrative regulation is properly considered in determining whether the product is defective with respect to the risk sought to be reduced by the statute or regulation, but such compliance does not preclude as a matter of law a finding of product defect.*

154 D. G. Owen, *Proof of Product Defect*, Kentucky Law Journal, Vol. 93., No. 1., 2004.-2005., str. 18.

155 Tako: L. R. Rabin, op. cit., str. 2051.

156 D. G. Owen, *Special Defenses in Product Liability*, Missouri Law Review, Vol. 70., No. 1., 2005., str. 15.; V. E. Schwartz, *The Restatements (Third) of Torts: Products Liability: A Guide to Its Highlights*, Tort & Insurance Law Journal, Vol. 34., No. 1., str. 92.

157 *Subsection (b) reflects the traditional view that the standards set by the most product safety statutes or regulations generally are only minimum standards. Thus, most product safety statutes or regulations establish a floor of safety below which product sellers fall only at their peril, but they leave open question of whether a higher standard of product safety should be applied. This is general rule, applicable in most cases.*

158 D. B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn., 2000., str. 1034.

159 J. A. Henderson Jr., *Restatement Third, Torts: Products Liability: What Hath the ALI Wrought?*, Defense Counsel Journal, Vol. 64., 1997., str. 515.

160 L. Noah, *Rewarding Regulatory Compliance: the Pursuit of Symmetry in Product Liability*, The Georgetown Law Journal, Vol. 88., No. 7., 2000., str. 2165.

Kao i američki sudovi,¹⁶¹ nacionalni sudovi država članica EU-a imaju različita shvaćanja problema povrjede sigurnosnih standarda. Dok su s jedne strane oni sudovi koji smatraju da je povrjeda (obveznih ili dobrovoljnih) standarda sigurnosti proizvoda uvjerljiv dokaz o neispravnosti proizvoda, s druge strane nalaze se sudovi koji sukladnost ili nesukladnost proizvoda sa sigurnosnim standardima ne uzimaju kao odlučujući dokaz u slučajevima odgovornosti za neispravne proizvode.^{162, 163}

Prema odredbi čl. 7(d) Direktive 85/374 proizvođač se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je neispravnost proizvoda posljedica pridržavanja prisilnih propisa donesenih od strane tijela javne vlasti. S obzirom na „težinu“ pretpostavki koje moraju biti ispunjene, tj. mora se raditi o prisilnim propisima javne vlasti, te da je neispravnost proizvoda posljedica pridržavanja tih prisilnih propisa, jasno je da će proizvođač vrlo rijetko biti u mogućnosti osloboditi se od odgovornosti pozivajući se na navedeni egzoneracijski razlog.¹⁶⁴ U Trećem izvješću o primjeni Direktive o odgovornosti za neispravne proizvode¹⁶⁵ čini se kako se Komisija pod utjecajem farmaceutske industrije zalaže za *regulatory compliance* obranu.¹⁶⁶ Međutim, neki autori ističu kako za takvu inovaciju Komisija nije pružila nikakve uvjerljive razloge, te da prije nego se poduzmu bilo kakve aktivnosti po ovome pitanju uvijek treba računati na ulogu sigurnosnih standarda u paralelnim područjima komunitarnog prava, posebice u pravu sigurnosti proizvoda.¹⁶⁷ Izazov za

161 Vidi: J. S. Hardy, B. A. Kahn, *Utilizing Statutory Defenses for Potential Product Liability Claims*, Defense Counsel Journal, April 2009., str. 167. i 168.

162 Vidi: D. Fairgrieve, G. Howells, *Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission's Third Review of the European Product Liability Directive*, The Modern Law Review, Vol. 70., Issue 6., 2007., str. 973. i 974.; M. Hibbert, S. Lenze, op. cit., str. 6. i 7.

163 Vidi slučaj *Tesco Stores Ltd & Another v Connor Frederick Pollard (a minor)*, (2006) England and Wales Court of Appeal (Civil Division) 393, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/393.html> Product risk and liability news, Freshfields Bruckhaus Deringer, October/November 2006., str. 2. i 3., <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/16799.pdf>.

164 Two points can be made to stress the narrowness of this defence. First, it only concerns public authority regulations not private standards set by for example the British Standard Institute. Secondly, it is not sufficient that the product conforms to these mandatory standards – the defect must have been caused by compliance with them. G. G. Howells, *Europe's Solution to the Product Liability Phenomenon*, Anglo-American Law Review, Vol. 20., 1991., str. 219.; Vidi: M. Baretić, *Građanskopravna odgovornost za neispravan proizvod*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2005., str. 381. i 382.

165 Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Third Report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC of 25 July 1985, amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999), COM/2006/0496 final, Brussels, 14.9.2006.

166 *Some stakeholders, and in particular representatives of the pharmaceutical industry, have argued strongly for the introduction of a defence of regulatory compliance, which would apply to a product whose safety was closely regulated, provided that the product complied fully with the applicable regulations.*

167 D. Fairgrieve, G. Howells, op. cit., 973.

sve glasi: dokažite da su vaši razlozi za promjenom opravdani.¹⁶⁸ Bilo koji prijedlog za izmjenama Direktive sigurno neće proći bez iznimno osjetljivoga i dugotrajnoga pregovaranja.¹⁶⁹

Stavljanjem na tržište neispravne igračke još nije došlo do uzrokovanja štete, te onaj tko je stavio takvu igračku na tržište (potencijalni štetnik) neće odgovarati prema pravilama odgovornosti za štetu jer nisu ispunjene opće pretpostavke odgovornosti. Potencijalni oštećenik još nije povrijeđen samim činom stavljanja u promet neispravne igračke. Tako i proizvođač igračke ne odgovara prema pravilima građanskopravne odgovornosti za neispravne igračke zbog toga što njegova igračka ima nedostatak, nego zbog toga što je nastala šteta od takve igračke. Naravno, stavljanje u promet neispravnih igračaka predstavlja protupravnu i nemoralnu radnju koja povlači za sobom određene pravne, ekonomske i druge posljedice.¹⁷⁰ Protupravnost ne znači da je nešto protivno samo normi pozitivnog prava, nego znači i sve ono što je protivno pravnom poretku kao cjelini.¹⁷¹ Protupravnost u smislu građanskog prava podrazumijeva povrjedu norme objektivnog prava uslijed koje je nekoj osobi pričinjena šteta koja povlači građanskopravnu odgovornost, tj. sankciju odgovornosti za štetu.¹⁷² Norme objektivnog prava povreda kojih znači protupravnost kao pretpostavku građanskopravne odgovornosti za štetu mogu biti, ne samo norme građanskog prava, nego i norme drugih područja ili grana pozitivnog prava, pod uvjetom da je cilj te norme i zaštita interesa koje štiti građansko pravo.¹⁷³ Drugim riječima, sasvim je svejedno radi li se o normi ustavnog, obiteljskog, kaznenog, upravnog, radnog i drugih grana prava, samo je bitno da je došlo do povrjede norme koja je dio pozitivnog pravnog poretka i kojom se štite imovinski interesi pravnih subjekata, ili čak i oni neimovinski interesi koji su zaštićeni imovinskim sankcijama.¹⁷⁴ U protivnome, ako takva norma nema za cilj zaštitu imovinskih ili neimovinskih prava subjekata zaštićenih imovinskim sankcijama,

168 C. Hodges, *Reform of Product Liability Directive 1998-1999*, London (McKenna & Co.), 1999., str. 16.

169 S. Taylor, *Harmonisation or divergence? A comparison of French and English product liability rules*, u: *Products Liability in Comparative Perspective* (Edited by D. Fairgrieve), Cambridge, 2005., str. 243.

170 Tako na primjer prema odredbama čl. 14. hrvatskoga Zakona o općoj sigurnosti proizvoda novčanom kaznom u iznosu od 50.000,00 do 250.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj pravna osoba, a fizička osoba – obrtnik novčanom kaznom u iznosu od 10.000,00 do 30.000,00 kuna, ako u suprotnosti s odgovarajućim odredbama Zakona o općoj sigurnosti proizvoda stavi na tržište proizvode koji nisu sigurni; proizvodi, uvozi, izvozi, oglašava i stavi na tržište opasan proizvod, odnosno opasnu imitaciju; ne obavijesti na odgovarajući način potrošače i druge korisnike, ne poduzme odgovarajuće mjere kako bi oni izbjegli opasnost, ne čuva dokumente potrebne za praćenje podrijetla proizvoda i ne surađuje s nadležnim tijelom; ne postupi u skladu s izvršnim rješenjima nadležnog tijela.

171 M. Vuković, *Odgovornost za štete*, Zagreb, 1971., str. 146.

172 Ž. S. Đorđević, V. S. Stanković, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1974., str. 308.; Usporedi: B. Loza, *Obligaciono pravo*, Sarajevo, 2000, str. 203. i 204.

173 „Protupravnost“, u: *Pravni leksikon*, Zagreb, 2007., str. 1346. i 1347.

174 J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2000., str. 221.

nego ima neki drugi cilj, tada nema ni protupravnosti u građanskopravnom smislu.¹⁷⁵ Stavljajući u promet neispravnu igračku koja je prouzročila štetu proizvođač je napravio povredu normi objektivnog prava.

Sukladnost proizvoda s obveznim ili dobrovoljnim sigurnosnim standardima bitna je za utvrđivanje proizvođačeve krivnje.¹⁷⁶ S obzirom na to da je odgovornost za neispravan proizvod objektivna odgovornost ili odgovornost bez obzira na krivnju štetnika, štetnik se ne može osloboditi te odgovornosti dokazivanjem da je postupao u skladu s propisanim standardima.¹⁷⁷ U SAD-u i Europi je različita priroda standarda koje se odnose na sigurnost i kvalitetu proizvoda. U SAD-u ima mnogo više dobrovoljnih standarda koje uređuje privatni sektor i koje proizvođači primjenjuju bez pravne obveze za tim (“information and litigation” pristup zaštiti potrošača), dok je u Europi, barem u području pokrivenom direktivama Novoga pristupa (*New Approach Directives*),¹⁷⁸ njihova primjena kvaziobvezujuća (“regulation and administration” pristup zaštiti potrošača).¹⁷⁹

Odštetnopravna odgovornost, posebice odgovornost za neispravne proizvode, ima nekoliko bitnih funkcija.¹⁸⁰ Odštetnopravna odgovornost u pravnom poretku SAD-a (ali i u drugim pravnim porecima *Common Law* pravnog kruga)¹⁸¹ osim kompenzacijske funkcije, ima i preventivnu, ali i kaznenu funkciju, koja se ostvaruje posredstvom kaznene odštete (*punitive damages*).¹⁸² Sve navedene funkcije odgovornosti ne mogu se promatrati izdvojeno jedna od druge.¹⁸³ Posebna

175 Opširnije o protupravnosti u smislu građanskog prava vidi: J. Radišić, *Protivpravnost kao zaseban uslov građanske odgovornosti*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1. – 4. , 2001., str. 539. – 553.

176 S. Lenze, *German product liability law: between European Directives, American Restatements and common sense*, u: *Products Liability in Comparative Perspective* (Edited by D. Fairgrieve), Cambridge, 2005., str. 106.

177 M. Baretić, *Građanskopravna odgovornost za neispravan proizvod u zdravstvu*, u: *Građanskopravna odgovornost u medicini* (urednik: J. Barbić), HAZU, Zagreb, 2008., str. 77.

178 Novi pristup, definiran u Rezoluciji Vijeća od 7. svibnja 1985. o novom pristupu tehničkom usklađivanju i normama (85/C 136/01) - *Council Resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards*, Official Journal C 136 , 04/06/1985., str. 1. - 9.

179 G. G. Howells, *The Relationship Between Product Liability and Product Safety – Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through Comparison with the U.S. Position*, Washburn Law Journal, Vol. 39., No. 3., 2000., str. 308. i 344.

180 *The conventional goals of tort law generally, and product liability law in particular, are “compensation”, “risk spreading”, and “deterrence”*. D. G. Owen, *Product Liability: Principles of Justice for the 21. Century*, Pace Law Review, Vol. 11. 1990., str. 68.

181 O kaznenoj odšteti u Engleskoj, Australiji, Novom Zelandu, SAD-u i Kanadi vidi: J. Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42., No. 2., 2004., str. 391. – 444.

182 *What does the word “punitive” mean in the phrase “punitive damages”? The answer is that the word “punitive” has two connotations. One meaning—as already indicated—is that punitive damages are intended to punish a defendant who has acted egregiously. But a more fundamental meaning within tort law is that punitive damages are permitted in light of our legal system’s recognition that the plaintiff has a right to be punitive.*, B. C. Zipursky, *A Theory of Punitive Damages*, Texas Law Review, Vol. 85., 2005., str. 105.

183 Opširnije o funkcijama odgovornosti i njihovom međusobnom odnosu: T. Ačanski,

karakteristika navedene kaznene funkcije ogleda se u tome što se kroz primjenu kaznene odštete istodobno ostvaruje i preventivna funkcija odgovornosti.¹⁸⁴ Primjena kaznene odštete jedno od najkontroverznijih obilježja američkoga pravnog sustava¹⁸⁵ i veliki problem američkih sudova.¹⁸⁶ Bez obzira što neki autori osporavaju njezine funkcije i vrijednost,¹⁸⁷ kaznena odšteta u američkom pravnom sustavu pokazala je veliku vrijednost i opravdala svoje postojanje.¹⁸⁸ Kaznena odšteta je moćno oružje¹⁸⁹ koje treba na određeni način zastrašiti individualnog štetnika, kao i sve ostale potencijalne štetnike, (npr. proizvođače igračaka) i odvratiti ih od budućeg štetnog djelovanja (npr. stavljanja na tržište igračke koje ne zadovoljavaju odgovarajuće standarde sigurnosti i kvalitete).¹⁹⁰,¹⁹¹ Ona također ima snažnu edukativnu funkciju i za individualnog štetnika i općenito za društvo.¹⁹²

Pretpostavljena krivica kao osnov odgovornosti za štetu prema saveznom Zakonu o obligacionim odnosima, doktorska disertacija, Novi Sad, 1980., str. 3. – 9.

- 184 *Courts routinely state that the "punishment" delivered by punitive damages is justified by both deterrent and retributive concerns.* B. C. Zipursky, op. cit., str. 105.
- 185 A. M. Polinsky, S. Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111., No. 4., 1998., str. 869.; Vidi: K. N. Hylton, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, The Georgetown Law Journal, Vol. 87, No. 2., 1998., str. 421. – 471.
- 186 *Judicially speaking, the many punitive damages issues can be grouped under three headings: (1) What are the conditions under which punitive damages can be awarded? (2) How should punitive damages be calculated or measured? (3) What processes should be used to determine the first two issues?*, D. B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, 2000., str. 1064.
- 187 W. K. Viscusi, *The Social Costs of punitive Damages Against Corporations in Environmental and Safety Torts*, The Georgetown Law Journal, Vol. 87, No. 2., 1998., str. 285. – 345.; W. K. Viscusi, *Why There is No Defense of Punitive Damages*, The Georgetown Law Journal, Vol. 87, No. 2., 1998., str. 381. – 395.
- 188 Vidi: T. Einsenber, *Measuring the Deterrent Effect of Punitive Damages*, The Georgetown Law Journal, Vol. 87, No. 2., 1998., str. 347. – 357.; D. Luban, *A Flawed Case Against Punitive Damages*, The Georgetown Law Journal, Vol. 87, No. 2., 1998., str. 359. – 380.
- 189 K. S. Kizer, *California's Punitive Damages Law: Continuing to Punish and Deter Despite State Farm v. Campbell*, Hastings Law Journal, Vol. 57., 2006., str. 827.
- 190 Vidi: W. J. Warfel, *The Misguided Use of the Doctrine of Punitive Damages in Long-Tail Product Liability Litigation*, Journal of Insurance Regulation, Vol. 9., Issue 3., 1991., str. 455. i 456.
- 191 O ekonomskoj analizi kaznene odštete vidi: R. D. Cooter, *Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis*, Law and Contemporary Problems, Vol. 60, No. 3, 1997., str. 73. – 91.; S. Shavell, op. cit., str. 243. – 247.
- 192 D. G. Owen, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, Villanova Law Review, Vol. 39., 1994., str. 374.

7. ZAKLJUČAK

Sigurnost igračaka i odgovornost za štetu izazvanu neispravnim igračkama predstavljaju vrlo složene (globalne) pravne fenomene. U svakom civiliziranom društvu i naprednom pravnom poretku, navedena pravna područja moraju uživati *par excellence* status. Pravna pravila o sigurnosti igračaka i odgovornosti za neispravne igračke treba promatrati ne samo u kontekstu pravno-političkih motiva za njihovo donošenje, nego i u kontekstu širih društvenih ciljeva koji se njima žele postići.

Zaštita zdravlja i sigurnosti djece od neispravnih igračaka mora biti prioritet u svako doba, a ne samo onda kada nastupe izvanredne situacije. Dvama paralelnim kolosijecima, koja se u određenim dijelovima poklapaju i upotpunjuju, u pravu Sjedinjenih Američkih Država i pravu Europske unije nastoji se doći do istog odredišta. Privatnopravnim i javnopravnim uređenjem sigurnosti igračaka, zajedno s pravnim pravilima odgovornosti za neispravne igračke, nastoji se stvoriti temelj sustava visoke razine zaštite života, zdravlja i sigurnosti djece od nesigurnih igračaka. Takav je sustav moguće postići samo u društvima koja imaju razvijen pravni poredak, pravnu stabilnost i sigurnost, učinkovitu i dosljednu provedbu propisa i razvijen sustav nadzora nad tržištem. Međutim, ukoliko u jednom društvu postoji kriza prava, pravnog sustava i morala, te neusklađenost pravnog i moralnog poretka, tada niti javnopravna pravila o sigurnosti igračaka, kao ni privatnopravna pravila o odgovornosti za neispravne igračke ne mogu ostvariti svoje funkcije. Najrigorozniji standardi u pogledu sigurnosti igračaka ili najstroži propisi o sigurnosti igračaka i odgovornosti za neispravne igračke predstavljaju mrtvo slovo na papiru ukoliko ne postoji djelotvorna i dosljedna provedba navedenih propisa u praksi. Sigurno je da će u uvjetima pravne nestabilnosti i nesigurnosti doći do gruboga kršenja propisa o sigurnosti igračaka. Učinkovita procesna mogućnost ostvarivanja prava također je izrazito bitna karika u lancu sustavne zaštite zdravlja i blagostanja djece kao posebno osjetljive kategorije potrošača.

Premda se opasnost štete od neispravnih igračaka ne ostvaruje uvijek ili ne često, iako je moguće vjerojatnost nastanka štete od neispravnih igračaka znatno umanjiti, apsolutno ne postoji mogućnost da se vjerojatnost ostvarivanja štete od neispravne igračke u cijelosti isključi. Štete od neispravnih igračaka ne mogu se izbjeći, ali se mogu svesti na minimum.

U cilju stvaranja preduvjeta za osiguranje visoke razine zaštite djece kao vrlo osjetljive kategorije potrošača, kao i usklađivanja hrvatskoga zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije u području sigurnosti igračaka, potrebno je donijeti posebnu pravnu regulativu o sigurnosti igračaka u kojoj će biti ugrađena rješenja Direktive EU br. 48/2009. o sigurnosti igračaka.¹⁹³

¹⁹³ Nakon predaje rada Uredništvu Zbornika donesen je novi Pravilnik o sigurnosti igračaka (Narodne novine RH, br. 2/11.). Ovaj Pravilnik stupa na snagu 20. srpnja 2011. godine, kada prestaje važiti Pravilnik o zdravstvenoj ispravnosti i sigurnosti igračaka (Narodne novine RH, br. 115/08.).

Summary

TOY SAFETY AND CIVIL LAW LIABILITY FOR DEFECTIVE TOYS

All measures aimed at preventing danger, that is preventing risks associated with toys, cannot entirely prevent the placement of dangerous toys and their presence on the market as well as damages caused by defective toys. Preventive legal rules on toy safety and compensatory-preventive rules governing the liability for damages caused by defective toys have been prescribed under the effort to maximally reduce the number of accidents caused by defective toys and to stimulate placing on the market of only safe toys, i.e. toys presenting no or minimum danger. Toy safety regulations have been set as well as to enable compensation for damages caused by defective toys. The author in the article analyses legal regulations regarding toy safety and liability for defective toys adopted in the United States of America, European Union and Croatia. A special attention has been given to relationship between private legal and public legal toy safety regulations and their functions as well as private legal rules on liability for defective toys.

Key words: toy safety, defective toys, toy conformity, dangerous products, liability for defective toys.

Zusammenfassung

SICHERHEIT VON SPIELZEUG UND ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG FÜR FEHLERHAFTE SPIELZEUGE

Alle ergriffenen Maßnahmen für die Gefahrprävention, bzw. für die Risikominderung von Spielzeugen können nicht im Ganzen verhindern, dass gefährliche Spielzeuge in Verkehr gebracht werden und dass Schäden als Folge fehlerhafter Spielzeuge entstehen. Regeln zur Sicherheit von Spielzeug als Vorsorgemaßnahmen, sowie Kompensationsvorsorgeregeln zur Haftung für fehlerhafte Spielzeuge beabsichtigen die Zahl der mit fehlerhaften Spielzeugen verbundenen Unfälle zu mindern, wodurch gefördert wird, dass nur sichere Spielzeuge (die gar keine Gefahr oder eine Mindestgefahr darstellen) in Verkehr gebracht werden. Weiterhin ermöglicht dies die Inanspruchnahme des Schadenersatzes auf Grund fehlerhafter Spielzeuge. Die vorliegende Arbeit analysiert die Regelung der Sicherheit von Spielzeug und Haftung für fehlerhafte Spielzeuge im Recht der Vereinigten Staaten, der Europäischen Union und im kroatischen Recht. Insbesondere wird auf das Verhältnis und die Funktionen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regelung der Sicherheit von Spielzeug,

wie auch auf privatrechtliche Regeln zur Haftung für fehlerhafte Spielzeuge aufmerksam gemacht.

Schlüsselwörter: Sicherheit von Spielzeug, fehlerhafte Spielzeuge, Konformität des Spielzeugs, Haftung für fehlerhafte Spielzeuge.

Riassunto

LA SICUREZZA DEI GIOCATTOLI E RESPONSABILITA' CIVILE DA GIOCATTOLI NON A NORMA

Tutte le misure volte ad impedire il pericolo, cioè ad evitare il rischio rappresentato dai giocattoli non sono sufficienti ad ostacolare completamente la messa in commercio e la presenza di giocattoli pericolosi, né ad evitare i danni cagionati dai giocattoli non a norma. Mediante le regole giuridiche di prevenzione sulla sicurezza dei giocattoli, come pure mediante le regole di compensazione e prevenzione della responsabilità da giocattoli non a norma, si cerca di diminuire al massimo il numero di infortuni causati da giocattoli non a norma; si cerca, altresì di esortare la messa in commercio soltanto di giocattoli sicuri, cioè di giocattoli che non presentano pericoli oppure presentano rischi minimi, così come si tenta di realizzare il risarcimento del danno cagionato da giocattoli non a norma. Nel contributo si esamina la disciplina giuridica della sicurezza dei giocattoli e della responsabilità per giocattoli non a norma nel diritto americano, dell'Unione europea ed in quello croato. Particolare attenzione viene dedicata al rapporto ed alle funzioni dell'aspetto privato e pubblico della disciplina della responsabilità da giocattoli non a norma.

Parole chiave: sicurezza dei giocattoli, giocattoli non a norma, conformità dei giocattoli, prodotti pericolosi, responsabilità da giocattoli non a norma.

PROBLEM TEMELJA ODGOVORNOSTI DRŽAVE ZA ŠTETU PROUZROČENU NEZAKONITIM I NEPRAVILNIM RADOM NJENIH TIJELA

Dr. sc. Maja Bukovac Puvača, docent
Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.512.5
347.193
Ur.: 26. siječnja 2011.
Pr.: 16. veljače 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Odgovornost države za štetu koju svojim nezakonitim i/ili nepravilnim radom pojedincima prouzroče njezina tijela, već je dugo vremena predmetom interesa pravne znanosti i sudske prakse poredbenog i domaćeg prava. Budući da su o temeljnom pitanju te odgovornosti – samoj vrsti odgovornosti, Vrhovni sud Republike Hrvatske i Ustavni sud Republike Hrvatske zauzeli suprotna stajališta, jasno je da trenutno uređenje toga pitanja u našem pravu nije zadovoljavajuće. Iz poredbenopravnog prikaza proizlazi da postoje bitno različita rješenja navedenoga pitanja, koja u posljednja dva desetljeća pokazuju trend postroženja odgovornosti države, dijelom i pod utjecajem prakse Europskog suda za ljudska prava i Europskog suda pravde. Analizirana domaća sudska praksa potvrđuje normativne nedorečenosti i nejasnoće, koje bi svakako trebalo ukloniti. Zbog širine i složenosti problema koji se javljaju u pitanju odgovornosti države za štetu, u središtu je rada pitanje same vrste odgovornosti, dok su druga pitanja uglavnom izostavljena. Predlaže se normativna intervencija u uređenje instituta odgovornosti države za štetu u hrvatskom pravu.

Ključne riječi: *odgovornost države za štetu, subjektivna odgovornost, objektivna odgovornost, pretpostavke odgovornosti, nezakonit rad, nepravilan rad.*

1. UVOD

Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj je odluci iz 2007. godine¹ zauzeo stajalište da se odgovornost Republike Hrvatske prema čl. 13. Zakona o sustavu

1 Odluka U-III 2314/06 od 21. veljače 2007., NN 36/07.

državne uprave² temelji na načelu uzročnosti, tj. da je to objektivna odgovornost. Navedena odluka predstavlja bitan zaokret u do sada u teoriji izneseno i sudskoj praksi redovnih sudova prihvaćeno stajalište da je to odgovornost na temelju krivnje (subjektivna odgovornost). Odnosno da država ne odgovara za štetu ako nije ispunjena posebna (voljna) pretpostavka u obliku “volje i pristanka da se oštete prava i interesi trećega.”

U poredbenom je pravu pitanje vrste odgovornosti države vrlo različito riješeno. U većini sustava pravilo je da država odgovara na temelju krivnje, ali poznaju i slučajeve objektivne odgovornosti države.

Ulaskom u Europsku uniju, dio našeg odštetnog sustava postat će i institut odgovornosti države za štetu zbog povrede prava Zajednice, čime se problem odlučivanja o odgovornosti države pred sudovima Republike Hrvatske može dodatno zakomplicirati. Neovisno o tome, i više je nego poželjno u nacionalnom pravu imati usuglašena stajališta, ako ne o svim pitanjima odgovornosti države za štetu, ono barem o temeljnom pitanju, vrsti odgovornosti koja se primjenjuje na Republiku Hrvatsku.

2. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU PROUZROČENU NEZAKONITIM I NEPRAVILNIM RADOM NJENIH TIJELA U POREDBENOM PRAVU I PRAVU ZAJEDNICE

Odgovornost države za štetu jedno je od najsloženijih pravnih pitanja u većini poredbenih sustava i njegova analiza prelazi okvire ovoga rada.³ U ovom ćemo radu izdvojiti samo temeljne karakteristike uređenja toga pitanja u nekim europskim državama, s naglaskom na vrstu odgovornosti koja se primjenjuje na državu.

2.1. Francuska

U Francuskoj je odgovornost države za štetu uređena kombinacijom pravila privatnog i upravnog prava, s naglaskom na potonja. Na opću administrativnu odgovornost države za štetu razvijenu kroz praksu upravnih sudova primjenjuju se pravila upravnog prava.⁴ Ona postoji u slučaju kada je šteta nastala isključivo

2 Zakon o sustavu državne uprave, NN 75/93., 48/99., 15/00., 59/01., 190/03. - pročišćeni tekst, 199/03., 79/07. (dalje u tekstu: ZSDU).

3 Koliko je to složeno pitanje svjedoči i činjenica da se ono izostavlja u svakom pokušaju nalaženja zajedničkih načela i/ili pravila odgovornosti za štetu u europskim državama. Tako se odgovornošću javnih tijela ne bave ni PETL (Principles of European Tort Law), ni DCFR (Draft Common Frame of References), koji u čl. VI.-7:103, izričito navodi da se ne odnosi na odgovornost osoba ili tijela koja proizlazi iz radnji ili propusta u obavljanju javnopravnih funkcija ili tijekom sudskih postupaka.

4 Odgovornost države za štetu u francuskom pravu razvijana je pretežno kroz sudsku praksu upravnih sudova, koji u početku nisu bili jako skloni oštećenima, ali se to tijekom godina promijenilo i sada predstavljaju snažne zaštitnike prava pojedinaca u odnosu prema javnoj

povredom pravila o vršenju javnih (državnih) funkcija i u tom je slučaju država isključivo odgovorna. Ukoliko štetna radnja predstavlja i povredu pravila o vršenju dužnosti i građanski delikt službenika, postoji odgovornost i države i službenika, ali tada po pravilima građanskog prava. Kada je štetna radnja isključivo građanski delikt službenika, on je isključivo odgovoran, po pravilima građanskog prava i to pred redovnim sudovima.⁵ Teškoće u određivanju odgovornosti proizlaze iz činjenice da francusko pravo poznaje dvije vrste javnih službi (*services publics*). Kada se javna služba smatra upravnom, primjenjuje se upravno pravo i odlučuju upravni sudovi. Međutim, neke javne službe smatraju se industrijskim i komercijalnim, u tom su slučaju podvrgnute privatnom pravu i u nadležnosti redovnih sudova. U slučaju sumnje, vrijedi presumpcija da je aktivnost upravna i pod nadležnošću upravnog suda.⁶

U odnosu na pitanje krivnje kao pretpostavke odgovornosti države za štetu, načelno je zauzeto stajalište da je za odgovornost države dostatno da je šteta nastala povredom službene dužnosti. Što se smatra povredom službene dužnosti ovisi o prirodi dužnosti i okolnostima konkretnog slučaja, a u svakom slučaju to je neprimjereno, nesavršeno obavljanje dužnosti. Nije potrebno postojanje krivnje određene službene osobe, već se načelno govori o krivnji službe.⁷ Sudska praksa po pitanju krivnje uglavnom prihvaća načela građanskog prava. Stoga je za odgovornost uglavnom dostatna i obična nepažnja. Gruba nepažnja (*faute lourde*) zahtijeva se kao pretpostavka odgovornosti u slučajevima u kojima je obavljanje službene dužnosti povezano s velikim poteškoćama ili opasnostima (policija, porezna tijela, nadzorna i regulatorna tijela), te kada pri njezinu obavljanju tijela imaju diskrecijske ovlasti. Ranije je (do 1992. godine) i javno zdravstvo smatrano javnom službom povezanom s velikim opasnostima i za odgovornost se tražila gruba nepažnja, a sada je dostatna obična nepažnja.⁸

Država može odgovarati i na temelju objektivne odgovornosti, koja se u francuskom upravnom pravu temelji na riziku i načelu jednakosti pri snošenju javnih

vlasti. U razvijanju vlastitih načela te odgovornosti *Conseil d'Etat* oslanjao se na odluke Ustavnog (*Conseil constitutionnel*) i Kasacijskog suda (*Cour de cassation*). Dam, C. van, *European Tort Law*, Oxford University Press, New York, 2006., str. 475.

5 Petrić, S., *Odgovornost države za štetu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 23., br. 1., 2002., str. 73. -74.

6 Sukob nadležnosti rješava poseban sud (*Tribunal des conflits*) koji odlučuje ne o meritumu već samo o pitanju nadležnosti. Moréteau, O., Lafay, F., *Liability for Acts of Terrorism Under French Law*, u: *Terrorism, Tort Law and Insurance, A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Wien, 2004., str. 41.-42.

7 Petrić, op. cit., str. 76. Razlikuju se osobna krivnja (*faute personnelle*) i krivnja javne službe (*faute de service publique*). Ako je šteta prouzročena osobnom krivnjom, nadležan je redovni sud i primjenjuju se pravila građanskog prava, dok je krivnja javne službe vezana uz obavljanje te službe i o odgovornosti odlučuje upravni sud uz primjenu upravnog prava. Osobna krivnja može istovremeno biti povezana s obavljanjem službe, kada postoji i osobna odgovornost i odgovornost države. Dam., loc. cit.

8 Zanimljivo je da je i za odgovornost poreznih tijela dovoljna obična nepažnja kada je šteta prouzročena kod rutinskih poreznih pitanja. Dam, op. cit., str. 477.-478. i tamo citirana sudska praksa. Petrić, op. cit., str. 77.

tereta. Osnova je u ideji da država djeluje u interesu čitave zajednice i ukoliko iz toga djelovanja nekim građanima nastane nerazmjerna šteta, ona im mora biti naknađena da ne bi na njima bio veći teret. Vrlo su raznoliki slučajevi u kojima država objektivno odgovara: slučajevi u kojima je država poduzela ili dopustila opasnu radnju, slučajevi kad su štetu pretrpjele osobe koje su asistirale u javnoj službi, slučajevi u kojima pojedinci trpe abnormalan teret u javnom interesu, slučajevi u kojima pojedinci trpe štetu zbog zakonodavne aktivnosti države.⁹ Za ove posljednje slučajeve, tj. štetu koja je posljedica zakonodavnog akta, potrebno je da šteta bude značajna, prouzročena točno određenim osobama ili grupi osoba, te da taj sam akt ne isključuje odgovornost države za štetu i ne služi ostvarenju izuzetno značajnih javnih interesa, a povrijeđeni interes je legitiman.¹⁰ U posljednje vrijeme, međutim, sam zakonodavac pri donošenju takvog akta predviđa pravo na naknadu, pa se pred sudovima sve manje primjenjuje načelo jednakosti kao temelj odgovornosti države za štetu.

2.2. Njemačka

Prema čl. 839. BGB-a službenik koji je namjerno ili nepažnjom povrijedio službenu dužnost ima obvezu naknade sve štete koja iz takve povrede nastane trećim osobama. Ukoliko je povreda učinjena nepažnjom službenika, on će odgovarati jedino ukoliko oštećeni ne može naknadu dobiti na drugoj strani. Ova se odredba, iako se njome propisuje odgovornost službenika, primjenjuje za utvrđenje odgovornosti države,¹¹ a sudska praksa državu smatra primarno odgovornom umjesto službenika (koji prema trećem ne može biti izravno odgovoran, već državi duguje isplaćeni iznos samo ukoliko je štetu počinio namjerno ili iz krajnje nepažnje). Država, dakle, prema oštećenom zamjenjuje službenika, a njezina se odgovornost procjenjuje prema pretpostavkama propisanim za njegovu odgovornost: ukoliko je šteta počinjena u obavljanju službene dužnosti (*Amtspflichten*), povrijeđeni interes ulazi u krug interesa zaštićenih povrijeđenom pravnom normom, službenik je postupio skrivljeno, tj. namjerno ili iz nepažnje, oštećenik ne može dobiti naknadu na drugoj strani i propustio je iskoristiti druga pravna sredstva za svoju zaštitu.¹² O odgovornosti države za štetu odlučuju građanski sudovi.¹³

Za krivnju kao pretpostavku odgovornosti države ističe se da, budući da je teret odgovornosti sa službenika prebačen na državu, ima mnogo manje opravdanja

9 Dam, op. cit., str., 479.-480.

10 Vidi opširnije: Petrić, op. cit., str. 75.-76.

11 Prebacivanje odgovornosti sa službenika na državu omogućeno je još 1910. posebnim zakonom o odgovornosti države za svoje javne službenika, te kasnijim ustavnim odredbama (Wimarski ustav 1919., Bonski ustav 1948.). Ibid., str. 82.-83.

12 Ibid., str. 83.

13 To je Ustavom (čl. 34.) predviđeno kao izuzetak od pravila da se sporovi protiv države vode pred upravnim sudovima, a u cilju dosljedne provedbe podjele vlasti, budući da se upravni sudovi smatraju bliskim državi, odnosno da su i sami stranka u tim slučajevima. Dam, op. cit., str. 481.

no što je imala u vrijeme donošenja BGB. Sudska praksa već duže vrijeme pokazuje tendenciju stroge interpretacije standarda dužne pažnje, tako da ponekad ova odgovornost postaje gotovo identična objektivnoj odgovornosti.¹⁴ I u Njemačkoj država može odgovarati na temelju objektivne odgovornosti i to na temelju običajnog pravila o tzv. posebnoj žrtvi (*Sonderopfer*),¹⁵ prema kojem pojedinac koji u korist općeg interesa snosi poseban teret ima pravo na pravičnu naknadu. Ovo se pravilo primjenjuje samo na povrede života, zdravlja, tjelesnog integriteta i osobne slobode, dok se ostali zahtjevi mogu temeljiti na odredbi o eksproprijaciji iz čl. 14. Ustava, koja se smatra posebnom ustavnom primjenom općeg običajnog pravila. Pravilo *Sonderopfer* izgubilo je na svom značaju, budući da u većini propisa sam zakonodavac propisuje pravo na naknadu, te je ono supsidijarno tim zakonskim pravilima i drugim sustavima naknada poput onih na temelju socijalnog osiguranja ili zahtjevima za naknadu zbog povrede odredbi Europske Konvencije o ljudskim pravima.¹⁶

2.3. Španjolska

Za svaku štetu koja proizađe iz redovitog ili izvanrednog djelovanja javnih službi, u španjolskom je pravu Ustavom propisana objektivna odgovornost državnih tijela.¹⁷ Da bi sud ustanovio odgovornost državnih tijela, tužitelj mora dokazati uzročnu povezanost između radnje javne službe i pretrpljene štete. Kao razlog oslobođenja od odgovornosti priznata je viša sila. Međutim, namjerna radnja treće osobe ne predstavlja automatski višu silu. Usprkos činjenici da su upravni sudovi dugo vremena zahtijevali da veza između radnje državnog tijela i njegove službe te štetnog događaja bude ne samo neposredna već i isključiva, suvremena sudska praksa smatra da državno tijelo u tim slučajevima mora naknaditi barem razmjerni dio štete koja mu se, iako je radnju počinila treća osoba, može pripisati (kada je štetu počinila treća strana, ali joj je pridonijela i radnja državnog tijela, npr. kada zatvorenik pobjegne iz zatvora i nekoga ubije ili ozlijedi).¹⁸

Tvrđilo se da je *ratio*, koji podupire ovakav rezultat, to što je odgovornost državnih tijela objektivna. Tako je u jednoj odluci¹⁹ španjolski Vrhovni sud presudio

14 Petrić, op. cit., str. 84.-85.

15 Ono nema zakonskog temelja već potiče iz običaja pruskog prava u 18. st.

16 Dam, op. cit., str. 481.-482.

17 Čl. 106. st. 2. Ustava Španjolske: "Pojedinci, u skladu sa zakonom predviđenim uvjetima, imaju pravo na naknadu svake štete koju bi pretrpjeli u bilo kojem svomu dobru ili pravu, osim u slučaju više sile, pod uvjetom da ta šteta proizlazi iz funkcioniranja javnih službi." (Prijevod: Ivan Bradarić, *Vladavina prava*, br. 5., 1999., str. 175.-227.). Tu odgovornost u čl. 139. detaljnije propisuje Zakon o pravnom položaju državne uprave i općem upravnom postupku (*Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, BOE del 27/11/1992.*)

18 Martín-Casals, M., Ribot, J., *Liability for Acts of Terrorism Under Spanish Law*, u: *Terrorism, Tort Law and Insurance, A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Wien, 2004., str. 106.

19 STS 3a od 28. listopada 1986., RJ 1986/6635., cit. prema loc. cit.

da je država odgovorna jer nije usvojila učinkovite mjere da bi spriječila ili održala pod nadzorom protudemonstrante od napada na osobe koje su demonstrirale u korist prava na pobačaj i zauzeo je mišljenje da je to primjer objektivne odgovornosti državnih tijela, jer običan propust u pružanju službe ima iste posljedice kao i nepružanje usluge, budući da oboje može predstavljati redovno ili izvanredno djelovanje (javne službe).²⁰

Međutim, treba naglasiti da se u takvim slučajevima uz radnju treće osobe, radilo i o izvanrednom (nepravilnom) radu javne službe. Kada je namjerna radnja treće osobe potpuno strana službi i za sobom povlači događaj koji nije bilo moguće spriječiti uporabom mjera i sredstava koje se redovito mogu zahtijevati od takve službe, državno tijelo ne smatra se odgovornim i radnja treće osobe tretira se kao viša sila.²¹

2.4. Engleska

Iako je 1947. godine *Crown Proceedings Act* ukinuo imunitet države (Krune), taj zakon nije odredio posebna pravila o odgovornosti države, već je dopustio primjenu općih pravila o odgovornosti na određene slučajeve prouzrokovanja štete djelatnošću državnih tijela. To su tri grupe slučajeva: 1. odgovornost države za radnje svojih službenika ili predstavnika, kao poslodavca za svoje radnike, prema općim pravilima *common lawa*, 2. odgovornost za povrede prava vlasništva, prava na posjed i posebnih obveza posjednika nekretnine da osigura treće osobe od opasnosti i štete i 3. odgovornost za povrede zakonskih obveza.²²

Da bi država odgovarala za štetu zbog nemara (*tort of negligence*) nužno je da budu ispunjene sljedeće pretpostavke: obveza pažnje (*duty of care*),²³ povreda te obveze i šteta koja je posljedica te povrede. Pri utvrđivanju da je obveza pažnje postojala, potrebno je ocijeniti da je to pravedno, razumno i u općem interesu. Povreda obveze pažnje kao pretpostavka odgovornosti države nije posebno sporna kada je šteta prouzročena aktivnom radnjom države, za razliku od slučaja propuštanja. Vodeći slučaj u kojem je pravo na naknadu štete od države na temelju *negligence* testirano bio je *Hill*²⁴ u kojem je *House of Lords* zaključio je da bi, na temelju općeg interesa, bilo nepoželjno (ne bi bilo *fair, just and reasonable*) uspostaviti građanskopravnu odgovornost policije zbog propusta u sprječavanju daljnjih ubojstava serijskog ubojice. Smatrao je da je bolje dopustiti korištenje

20 Loc. cit.

21 Loc. cit.

22 Petrić, op. cit., str. 78.-80.

23 Za procjenu postojanja *duty of care* u odluci *Anns v. Merton London Borough Council* iz 1978. godine *House of Lords* ustanovio je dvostupanjski test: prvo treba utvrditi je li između štetnika i oštećenika postojala dovoljno bliska veza (*proximity*), te ako je, onda obveza pažnje postoji ako nema razloga koji je negiraju ili ograničavaju polje njenog djelovanja. O obvezi pažnje i povredi iste u engleskom pravu vidi: Winfield and Jolowicz, *On tort*, Sweet&Maxwell Limited, London, 2002., str. 103.-208.

24 *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire (1989) AC 53.*, cit. prema Dam, op. cit., str. 490.

profesionalne procjene u raspoređivanju sredstava i smjeru djelovanja, bez opterećenja potencijalnim brojnim građanskim tužbama nezadovoljnih građana, čak i onih koji su u najužem krugu mogućih žrtava. Europski sud za ljudska prava u slučaju *Osman*²⁵ kasnije je izrazio ozbiljnu sumnju u svako apsolutno isključenje odgovornosti na temelju općeg interesa. Međutim, u kasnijim je slučajevima (Z. v. *United Kingdom*²⁶ i *TP i KM v. United Kingdom*²⁷) zaključio da je u engleskom pravu udovoljeno zahtjevima iz čl. 6. Europske konvencije.²⁸

U engleskom pravu država odgovara i za zloporabe u javnoj službi (*misfeasance in a public office*).²⁹ Ovo je delikt koji uključuje neovlaštenu radnju osobe u javnoj službi koja je bila u zloj vjeri, odnosno štetu oštećeniku prouzročila namjerno ili bezobzirno (*recklessness*), uz svijest da mu ona može nastati. Zbog teškoće u dokazivanju zle vjere službene osobe, smatra se da ovo i nije jaka osnova za odgovornost javne vlasti.³⁰

2.5. *Odgovornost države za štetu u pravu Europske zajednice*

Odgovornost države za štetu prema pravu Zajednice institut je *sui generis* i predstavlja vrlo složen kompleks kriterija, načela i pravila.³¹ U ovom se radu njime ne možemo detaljnije baviti, ali smatramo nužnim navesti barem neke opće napomene u smislu odgovora ne pitanje o kakvoj se tu vrsti odgovornosti radi. Budući da ista tijela (država članica) primjenjuju i nacionalno i pravo Zajednice i da odgovaraju za štetu koju prouzroče pojedincima svojim djelovanjem, nužno je barem načelno usporediti njihove odgovornosti za povredu “nacionalnih” subjektivnih prava i “europskih” subjektivnih prava pojedinaca.³² Pojedinci, odnosno

25 *Osman v. United Kingdom*, 1998, Application no. 23452/94, Reports 1998-VIII, 29 EHRR, 245., cit. prema Walker, C., *Liability for Acts of Terrorism: United Kingdom Perspective*, u: *Terrorism, Tort Law and Insurance, A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Wien, 2004., str. 169.

26 *Z. v. United Kingdom (2001)*, Case 29392/95., cit. prema Dam, op. cit., str. 494.

27 *TP and KM v. United Kingdom (2001)* Application no. 28945/95., cit. prema Walker, op. cit., str. 169.

28 O navedenim slučajevima i odlukama *House of Lords* nakon njih, vidi: Dam, op. cit., str. 492.-494., Winfield and Jolowicz, op. cit., str. 55.-58., 167.-169.

29 Ovaj je delikt dugo godina bio neprimjenjivan u praksi, a onda ga je u drugoj polovici 20. st. *House of Lords* ponovo „aktivirao“. Odigrao je značajnu ulogu u slučaju *Three Rivers*. Više o tome vidi: Winfield and Jolowicz, op. cit., str. 280.-283.

30 Uz to, Europski je sud u slučaju *Brasserie* zaključio da odgovornost države za štetu pod navedenim pretpostavkama nije u skladu s pravom Zajednice. Vidi Dam, op. cit., str. 498.

31 Vidi: Čapeta, T., *Odgovornost države za štetu u pravu Europske zajednice*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3.-4., Zagreb, 2003., str. 783.-812. i tamo citirana literatura; Petrić, S., *Izvanugovorna odgovornost države za štetu u pravu Europske zajednice*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 3., Rijeka, 2003., str. 625.-666. i tamo citirana literatura; Dam, op. cit., str. 498.-506. i tamo citirana literatura.

32 Subjektivna prava kojima su izvor norme prava Zajednice u literaturi se nazivaju “europskim” subjektivnim pravima, da bi se razlikovala od subjektivnih prava čiji su izvori norme nacionalnog prava. Vidi: Čapeta, op. cit., str. 784. i dalje.

fizičke i pravne osobe, pravnu zaštitu europskih subjektivnih prava ostvaruju u nacionalnim pravnim sustavima, a kvalitetu te zaštite nadzire Europski sud koji je svojom bogatom praksom razvio kriterije, načela i pravila kojima nerijetko značajno zadire u nacionalne pravne poretke. Institut odgovornosti države za štetu, koju pojedincima prouzroči povredom prava Zajednice nije imao uporište u europskom zakonodavstvu, već je nastao i razvija se isključivo praksom Europskog suda.³³

U predmetu *Francovich*,³⁴ u kojem je u pitanju bilo postojanje odgovornosti države zbog neprenošenja smjernice, Europski je sud kao pretpostavke te odgovornosti naveo: da je rezultat koji se želio postići smjernicom dodjela subjektivnog prava pojedincima, da je sadržaj tog prava moguće identificirati na temelju smjernice, te da postoji uzročna veza između povrede obveze države i štete koju je pretrpio pojedinac.³⁵ Budući da se kao pretpostavka odgovornosti nije spominjala krivnja, nakon donošenja ove presude zaključci pravne teorije bili su da će u slučajevima kada državno tijelo nema diskrecijskih ovlasti, odgovornost države za štetu biti objektivna.³⁶

Međutim, u predmetu *Brasserie*,³⁷ u pitanju je bilo postojanje odgovornosti države zbog neprimjene odredbi Ugovora o EZ s izravnim učinkom. Europski je sud naveo sljedeće pretpostavke: da je namjera pravnog pravila koje je prekršeno dodjela subjektivnog prava pojedincu, da je povreda dovoljno ozbiljna, te da postoji izravna uzročna veza između povrede obveze države i štete koju je pojedinac pretrpio.³⁸ U ovom je slučaju sud objasnio i da država odgovara za povrede obveza koje svoj temelj imaju u pravu Zajednice, nezavisno o izvoru obveza države i činjenici radi li se o odredbi koja je sposobna proizvoditi izravne učinke ili ne, te da za štetu odgovara država kao takva, bez obzira jesu li obvezu povrijedile zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti.³⁹ U kasnijim je odlukama sud precizirao da mogu odgovarati sve razine vlasti, ne nužno centralna vlast,⁴⁰ te da osim tijela državne uprave, mogu odgovarati i druga tijela s javnim ovlastima.⁴¹

33 Kao osnovna motivacija Europskog suda za potvrdu odgovornosti države pojedincima za povrede prava Zajednice ističe se djelotvornost zaštite subjektivnih europskih prava, a kao temeljni pravni argument njegov zaključak da je opće načelo koje prihvaćaju sve države članice da protupravno djelo ili propust stvara obvezu naknade uzrokovane štete. Vidi Čapeta, op. cit., str. 789.-792., Petrić, *Izvanugovorna...*, cit., str. 636.-638.

34 Spojeni predmeti C-6 i 9/90 *Francovich and Bonifaci*, (1991) ECR I-5357. O predmetu vidi više kod: Čapeta, op. cit., str. 785. i dalje te tamo citirana literatura i Petrić, op. cit., str. 638.-647.

35 Spojeni predmeti C-6 i 9/90 *Francovich and Bonifaci*, (1991) ECR I-5357, paragraf 40 presude, cit. prema Čapeta, op. cit., str. 796., f.n. 65.

36 Vidi: Petrić, op. cit., str. 654.

37 Spojeni predmeti C-46 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame III*, (1996) ECR I-1066.

38 Spojeni predmeti C-46 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame III*, (1996) ECR I-1066, paragraf 51 presude, cit. prema Čapeta, op. cit., str. 796., f.n. 66.

39 Spojeni predmeti C-46 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame III*, (1996) ECR I-1066, paragrafi 22 i 32 presude, cit. prema Čapeta, op. cit., str. 792., f.n. 45. i str. 793., f.n. 46.

40 Vidi predmet C-302/97 *Konle*, (1999) ECR I-3099, u kojem je tužba podnesena protiv Austrije zbog povrede počinjene zakonom donesenim u Tirolu, cit. prema Čapeta, op. cit., str. 795., f.n. 61.

41 Vidi predmet C-424/97 *Haim*, (2000) ECR I-5123, u kojem je tužba podnesena protiv Udruženja

Uvođenjem "dovoljno ozbiljne povrede" kao pretpostavke odgovornosti države za štetu, Europski je sud odgovornost države približio subjektivnoj odgovornosti, jer svaka povreda neće dovesti do odgovornosti, već samo ona koje je dovoljno ozbiljna. To je, jasno, otvorilo niz daljnjih pitanja u smislu kvalificiranja povrede prava Zajednice kao dovoljno ozbiljne. Ona prvenstveno ovisi o tomu je li državi ostavljen izbor u načinu provedbe pravne norme Zajednice koja za pojedinca stvara neko subjektivno pravo. Ako država nema nikakve diskrecije ili je ona minimalna, povreda je samim time dovoljno ozbiljna. To se smatra razlogom zašto se u slučaju *Francovich* nije posebno isticala ozbiljnost povrede, jer je neprenošenje smjernice samo po sebi dovoljno ozbiljna povreda (država nema nikakvu diskrecijsku ovlast u tomu hoće li prenijeti smjernicu).⁴²

„Dovoljno ozbiljna povreda“ i dalje je, bez obzira na brojnost slučajeva u kojima je sud odlučivao o njezinu (ne)postojanju, vrlo sporan element odgovornosti za štetu zbog povrede prava Zajednice. Iz prakse Europskog suda je jasno da dovoljno ozbiljna povreda ne implicira namjeru ili krajnju nepažnju države. Europski sud ne spominje krivnju kao posebnu pretpostavku odgovornosti, ali je ona jedan od faktora koji nacionalni sudovi mogu uzimati u obzir pri procjeni je li država očito i teško prekoračila granice svoje diskrecije. Naime, u slučaju *Brasserie* sud je naveo da se pri procjeni ozbiljnosti povrede može uzeti u obzir: jasnoća i preciznost povrijeđenog pravila, mjera diskrecijske slobode ostavljene nadležnim tijelima, je li povreda namjerna ili nenamjerna, je li pogreška u pravu ispričiva ili ne...⁴³

U slučaju *Francovich* sud nije naglasio da uzročna veza mora biti izravna, ali je to učinio u slučaju *Brasserie*, te nije sporno da se kao pretpostavka odgovornosti države za štetu traži izravna uzročna veza između povrede prava Zajednice i štete koju je pretrpio pojedinac. Kasnije se, međutim, pokazalo da bi upravo uzročna veza mogla biti vrlo teška prepreka ostvarivanju prava na naknadu štete. Naime, u predmetu *Brinkmann*⁴⁴ odlučeno je da država, usprkos dovoljno ozbiljnoj povredi prava (neprenošenje smjernice), nije odgovorna jer je došlo do prekida uzročne veze. Tu su vezu prekinule izvršne vlasti koje su pogriješile izravno primjenjujući normu Zajednice, ali njihova se pogreška mogla opravdati zbog nedovoljno jasnog teksta smjernice.⁴⁵ Iako je, pojednostavljeno govoreći, država dva puta pogriješila, od čega je prva pogreška bila ozbiljna povreda prava zajednice, drugom je pogreškom otklonila odgovornost. Zato se uz „jasnoću i preciznost povrijeđenog pravila“

za socijalnu zaštitu zubara zemlje Nordhein, tijela s javnim ovlastima, cit. prema Čapeta, op. cit., str. 796., f.n. 62.

42 Čapeta, op. cit., str. 799.-803.

43 Spojeni predmeti C-46 i 48/93 *Brasserie du Pêcheur and Factortame III*, (1996) ECR I-1066, paragraf 56 presude, cit. prema Petrić, op. cit., str. 655.- 656.

44 Predmet C-319/96 *Brinkmann*, (1998) ECR I-5255.

45 Nakon ovoga slučaja ističe se da će država kao zakonodavac moći odgovarati samo u slučajevima kada se izvršna tijela nisu umiješala u uzročnu vezu izravnom primjenom odredbi prava Zajednice s izravnim učinkom i kada se radi o povredi odredbi koje nemaju izravni učinak, a izvršna tijela nisu u mogućnosti protumačiti nacionalno pravo u skladu s normom EZ. Čapeta, op. cit., str. 805.

povezuje mogućnost da postanu moćno oružje za otklanjanje odgovornosti države, budući da norme Zajednice često nemaju te karakteristike.⁴⁶

Od presude u predmetu *Francovich* iz 1991. godine, dakle već punih dvadeset godina traje razvoj instituta odgovornosti države za štetu u pravu Zajednice, ali se još uvijek ne može reći da je on jasno i precizno uređen. To je, s obzirom na složenost materije i odnosa na kojima se temelji, potpuno očekivano. Europski sud nije zakonodavac i na pitanja u svezi s odgovornosti države odgovarao je povodom pojedinačnih zahtjeva nacionalnih sudova u konkretnim slučajevima, a nije sustavno razvijao taj institut. Na sva pitanja odgovornosti države za koja Europski sud (još) nije dao odgovor, primjenjuju se nacionalna postupovna i materijalna pravila, ali u granicama koje pravo Zajednice određuje načelima ekvivalentnosti i djelotvornosti. Prema načelu ekvivalentnosti, pretpostavke odgovornosti prema nacionalnom pravu ne smiju biti nepovoljnije od onih koje se odnose na slične domaće tužbe. Prema načelu djelotvornosti one ne smiju u praksi ostvarivanje naknade štete činiti nemogućim ili pretjerano teškim.⁴⁷

Prema dosadašnjoj praksi Europskog suda, odgovornost države ne može se kvalificirati ni kao objektivna ni kao subjektivna, barem ne u njihovu klasičnom građanskopravnom značenju. Objektivna je u smislu što se za odgovornost ne traži krivnja kao posebna pretpostavka, već će u konkretnom slučaju pojedincu država odgovarati za štetu pod sljedećim pretpostavkama:

1. povrijeđena je norma prava Zajednice sa svrhom dodjele subjektivnog prava čiji se sadržaj tom normom može utvrditi

2. povreda je dovoljno ozbiljna (to je uvijek ako država nije imala nikakav ili je imala samo minimalni stupanj diskrecije, a ako je diskrecija države postojala povreda je dovoljno ozbiljna ako je država očito i teško prekoračila granice te diskrecije)

3. postoji izravna uzročna veza između povrede norme i štete nastale pojedincu.⁴⁸

Međutim, da bi povreda bila dovoljno ozbiljna u situacijama u kojima je država imala određeni stupanj diskrecije, krivnja će biti jedan od faktora koji se može (ali ne mora) uzeti u obzir. Prema tome, čak i ako nije bilo krivnje, može se raditi o dovoljno ozbiljnoj povredi i u slučajevima u kojima je država imala određeni stupanj diskrecije.

46 Dam, op. cit., str. 501.

47 O načelima ekvivalentnosti i djelotvornosti više vidi kod: Čapeta, op. cit., str. 806.-808. i tamo citirana literatura i Petrić, op. cit., str. 657.-659.

48 Vidi Čapeta, op. cit., str. 809.-810.

3. ODGOVORNOST REPUBLIKE HRVATSKE ZA ŠTETU PROUZROČENU NEZAKONITIM I NEPRAVILNIM RADOM NJENIH TIJELA

3.1. Primjena općega građanskopravnog instituta odgovornosti za štetu na odgovornost Republike Hrvatske

Opći građanskopravni institut odgovornosti za štetu u našem se pravu primjenjuje i na državu. To je obilježje izraženo u svim fazama razvoja odgovornosti države za štetu.⁴⁹ Ustav Republike Hrvatske⁵⁰ ne sadrži odredbe o odgovornosti države, odnosno drugih javnopravnih tijela za štetu koja nastane nezakonitim ili nepravilnim radom službenih osoba, već to prepušta zakonskom reguliranju.⁵¹ Kao ustavni temelj za propisivanje te odgovornosti navode se temeljna ustavna načela: vladavina prava kao jedna od temeljnih vrednota ustavnopravnog poretka,⁵² obveza svakoga (pa i države i njezinih tijela) da se drži Ustava i zakona i poštuje pravni poredak Republike Hrvatske⁵³ i jednakost svih pred zakonom.⁵⁴ Odgovornost države za naknadu štete proizlazi iz specifičnog položaja države kao jamca pravne i stvarne

49 Razvoj instituta građanskopravne odgovornosti države za štetu na našim prostorima može se pratiti od Vidovdanskog ustava 1921. godine kojim je bila prihvaćena primarna i neposredna odgovornost države, odnosno javnopravnog tijela. Svi kasniji ustavi sadrže opće odredbe o odgovornosti službenika i države, koje se razrađuju u zakonima o činovnicima, državnim službenicima, odnosno upravi. Vidi opširnije: Borković, Ivo, *Upravno pravo*, VII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 137.-138.

50 Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90., 135/97., 8/98. – pročišćeni tekst, 113/00., 124/00. – pročišćeni tekst, 28/01., 41/01. – pročišćeni tekst, 55/01. – ispravak; 76/10. i 85/10. – pročišćeni tekst.

51 Na temelju te činjenice neki pravni pisci su tvrdili da u hrvatskom pravu odgovornost države za štetu nije niti načelno uređena ustavnim odredbama. Kao posljedice potpunog prepuštanja uređenja materije odgovornosti države zakonodavcu, Borković navodi to što oštećeni pravo na naknadu štete ne ostvaruje kao svoje ustavom zajamčeno pravo (pravo s jačom zaštitom i teže promjenjivo), već ga ostvaruje prema zakonskim odredbama (pravo po prirodi slabije od ustavnog i podložno promjenama), te da je zbog takvog ustavnog rješenja bilo nužno donijeti niz zakona u kojima je trebalo za pojedine oblasti djelovanja državnih tijela predvidjeti odredbe o uvjetima ostvarivanja odštetnog zahtjeva za naknadu štete. Borković, op. cit., str. 138-139. Drugi autori ističu da ustavnu odgovornost države za štetu, usprkos nepostojanju izričite odredbe, treba tražiti u temeljnim ustavnim odredbama. Crnić, Ivica, *Odgovornost države za štetu*, Informator, br. 4371, 1996., str. 2.

52 Čl. 3. Ustava Republike Hrvatske: “Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava.”

53 Čl. 5. st. 2. Ustava Republike Hrvatske: “Svatko je dužan držati se Ustava i prava i poštivati pravni poredak Republike Hrvatske.”

54 Čl. 14. st. 2. Ustava Republike Hrvatske: “Svi su pred zakonom jednaki.”

sigurnosti fizičkih i pravnih osoba, kao i stranaca.⁵⁵

U nizu posebnih zakona koji uređuju rad državne uprave,⁵⁶ sudova,⁵⁷ oružanih snaga,⁵⁸ policije,⁵⁹ državnog odvjetništva,⁶⁰ državnog pravobraniteljstva,⁶¹ propisano je da država odgovara za štetu koja nastane trećim osobama u svezi s njihovim radom. Budući da oni u pravilu ne sadrže posebne odredbe koje bi se primjenjivale isključivo na državu kao odgovornu osobu, na te se slučajeve primjenjuju pravila općeg građanskopravnog instituta odgovornosti za štetu. Isto vrijedi i za odgovornost Republike Hrvatske za štetu koju pretrpi fizička osoba zbog neosnovanog oduzimanja slobode ili neopravdane osude.⁶² Posebni slučajevi odgovornosti Republike Hrvatske uređeni su Zakonom o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija, Zakonom o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata i Zakonom o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu nastalu u bivšoj SFRJ za koju je odgovarala bivša SFRJ, iz srpnja 2003. godine.⁶³ Svaki od navedenih zakona sadrži i posebnu odredbu o primjeni općih propisa o odgovornosti za štetu na njima uređene slučajeve odgovornosti Republike Hrvatske.⁶⁴

Na državu treba primijeniti i posebne odredbe o objektivnoj odgovornosti za štetu od opasne stvari i opasne djelatnosti: „Odgovornost države za štetu od opasne

55 Crnić, op. cit., str. 2.

56 Temeljni propis u tom smislu je ZSDU.

57 Zakon o sudovima, NN 150/05., 16/07., 113/08., 116/10., 122/10. – pročišćeni tekst (dalje u tekstu: ZS), Zakon o zemljišnim knjigama, NN 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07. i 152/08. (dalje u tekstu: ZZK).

58 Zakon o službi u Oružanim snagama Republike Hrvatske, NN 33/02., 58/02., 175/03., 136/04., 76/07. i 88/09. i 124/09. (dalje u tekstu: ZSOS).

59 Zakon o policiji NN 129/00. i 41/08. (dalje u tekstu: ZP).

60 Zakon o državnom odvjetništvu NN 76/09., 153/09., 116/10. i 145/10. (dalje u tekstu: ZDO).

61 Zakon o državnom pravobraniteljstvu, NN 75/95. (dalje u tekstu: ZDP).

62 Ta je odgovornost propisana Zakonom o kaznenom postupku, NN 152/08. i 76/09. (dalje u tekstu: ZKP). Ranije su odgovarajuće odredbe, osim u starom ZKP-u bile sadržane i u Zakonu o prekršajnom postupku, ali Prekršajni zakon (NN 107/07.) nema tih odredbi pa se odgovarajuće primjenjuje čl. 14. ZKP-a: „Osoba koja je neopravdano osuđena za kazneno djelo ili je neosnovano uhićena ima pravo na svekoliku rehabilitaciju, pravo na naknadu štete iz sredstava državnog proračuna te druga prava utvrđena zakonom.“

63 Sva tri zakona objavljena su u NN 117/03.

64 Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (dalje u tekstu: ZOŠTA) određuje da će se opći propisi obveznog prava o odgovornosti za štetu primijeniti ako nisu u suprotnosti s odredbama i ciljem toga zakona (čl. 6.). Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu uzrokovanu od pripadnika hrvatskih oružanih i redarstvenih snaga tijekom Domovinskog rata propisuje da Republika Hrvatska po općim pravilima o odgovornosti za štetu odgovara samo za štetu koju su uzrokovale navedene osobe u periodu od 17.VIII.1990. do 30.VI.1996. koja nema karakter ratne štete (čl. 2.). Zakon o odgovornosti Republike Hrvatske za štetu nastalu u bivšoj SFRJ za koju je odgovarala bivša SFRJ propisuje primjenu, kao pravnih pravila, propisa koji su bili na snazi u vrijeme uzrokovanja štete, ukoliko su u suglasnosti s Ustavom Republike Hrvatske (čl. 4.). Time se, naravno, misli na propise koji su u međuvremenu prestali vrijediti pa je potrebno omogućiti njihovu primjenu. Tom odredbom nije isključena primjena općih pravila o odgovornosti za štetu koja su se tada primjenjivala i ostala na snazi i danas.

stvari ili opasne djelatnosti postoji prema čl. 173. i 174. ZOO/91, neovisno o tome je li štetna radnja počinjena u vezi s obavljanjem službe ili ne.⁶⁵ Ovim je mišljenjem Vrhovnog suda Republike Hrvatske prekinuta dugogodišnja praksa redovnih sudova⁶⁶ prema kojoj za štetu koju su počinili pripadnici vojne ili redarstvene službe Republika Hrvatska ne odgovara ukoliko je oni nisu prouzročili neposredno u službi ili u svezi s istom.⁶⁷

Budući da do sada nije bilo sporno da se na državu primjenjuje opći građanskopravni institut odgovornosti za štetu, potrebno je odrediti odnos tih općih pravila i posebnih pravila o odgovornosti države ako i kada su ona propisana. Kao opća pravila o vrsti odgovornosti u našem su pravu prihvaćena ona iz čl. 1045. Zakona o obveznim odnosima,⁶⁸ a prema kojima je odgovornost na temelju presumirane krivnje pravilo, a objektivna odgovornost izuzetak. Primjenom istih na državu, mogli bismo zaključiti da država u pravilu odgovara na temelju krivnje, a da slučajevi objektivne odgovornosti države moraju biti posebno propisani, osim ukoliko se ne radi o odgovornosti za opasnu stvar ili djelatnost (kada se primjenjuju opća pravila o toj odgovornosti iz čl. 1063.-1067. ZOO-a).

Ključno je pitanje mogu li se posebni slučajevi odgovornosti države kvalificirati kao pravila o objektivnoj odgovornosti. Rijetki su propisi u kojima je izričito propisana vrsta odgovornosti države. To je ZZK koji propisuje objektivnu odgovornost države za štetu zbog nepravodobnog unošenja plombe (čl. 98. st. 2.⁶⁹) i štetu prouzročenu vođenjem EOP zemljišne knjige (čl. 209.⁷⁰) te ZOŠTA koji propisuje odgovornost Republike Hrvatske na načelima društvene solidarnosti, ravnomjernog snošenja javnog tereta te pravičnog i brzog obeštećenja (čl. 2.), koji

65 Mišljenje prihvaćeno na III. sjednici Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske održanoj dana 24. travnja 2006. godine, cit. prema Crnić, I., *Odstetno pravo*, Zgombić & Partneri, Zagreb, 2009., str. 221.

66 Vidi npr. odluke: Vs, Rev-2874/00 od 19. rujna 2001., Izbor 2/01-39., Vs, Rev-3764/99 od 18. svibnja 1999., Izbor 1/03-50., cit. prema Crnić, I., *Odgovornost države za štetu kroz sudsku praksu – II. dio*, Hrvatska pravna revija, listopad 2004., str. 5.-6.

67 Odluke u kojima je potvrđeno mišljenje da Republika Hrvatska odgovara kao imatelj opasne stvari: VSRH, Gzz 14/06-2 od 8. travnja 2008., VSRH, Rev 1521/02-2 od 29. kolovoza 2007., VSRH, Rev 513/05-2 od 21. ožujka 2007., VSRH, Rev 48/06-2, od 08. veljače 2006., sve odluke preuzete s: www.vsrh.hr (15.10.2010.)

68 NN 35/05, 41/08. (dalje u tekstu: ZOO). Čl. 1045. ZOO: “(1) Tko drugome prouzroči štetu, dužan je naknaditi je ako ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje. (2) Predmnijeva se obična nepažnja. (3) Za štetu od stvari ili djelatnosti od kojih potječe povećana opasnost štete za okolinu odgovara se bez obzira na krivnju. (4) Za štetu bez obzira na krivnju odgovara se i u drugim slučajevima predviđenim zakonom.”

69 Čl. 98. st. 2. ZZK: “Za štetu koja nastane primjenom pravila o zaštiti povjerenja u potpunost i istinitost zemljišnih knjiga zbog nepravodobnoga unošenja plombe objektivno odgovara Republika Hrvatska.”

70 Čl. 209. ZZK: “(1) Republika Hrvatska objektivno odgovara za štete prouzročene pogriješkama u vođenju zemljišne knjige elektroničkom obradom podataka. (2) Odgovornost Republike Hrvatske za štetu iz stavka 1. ovoga članka isključena je kad je šteta prouzročena neotklonjivim događajem, ali ona postoji ako je šteta prouzročena manom ili nedostatkom računalnoga programa ili zakazivanjem računala. (3) Odredbama stavka 1. i 2. ovoga članka ne dira se u pravila o odgovornosti sudaca i službenika za štetu.”

također predstavlja odgovornost po objektivnom načelu, tj. bez obzira na krivnju.⁷¹ U svim je ostalim propisima o odgovornosti države zakonodavac izostavio izričito odrediti o kakvoj se vrsti odgovornosti radi. “Štetu koja građaninu, pravnoj osobi ili drugoj stranci nastane nezakonitim ili nepravilnim radom tijela državne uprave, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, odnosno pravnih osoba koje imaju javne ovlasti u povjerenim im poslovima državne uprave, naknađuje Republika Hrvatska” (čl. 13. ZSDU). Nezakonit ili nepravilan rad kao pretpostavku državne odgovornosti navode i ZS,⁷² ZDO⁷³ i ZDP.⁷⁴ Drugi posebni propisi o odgovornosti države ne sadrže tu sintagmu, već se samo određuje da država odgovara za štetu prouzročenu “u službi i u svezi s obavljanjem službe,”⁷⁵ ili za štetu koju trećim osobama počini službenik koji nije postupao u skladu s propisima o obavljanju službe.⁷⁶

3.2. Nezakonit ili nepravilan rad državnih tijela u našoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi redovnih sudova

Opisano normativno uređenje odgovornosti Republike Hrvatske ostavlja prostor različitom tumačenju. Odgovor na pitanje odgovara li država u konkretnom slučaju za štetu, ovisi o definiranju pojma nezakonitog i/ili nepravilnog rada. Pravna je teorija “nezakonitost” rada vidjela ne samo u suprotnosti zakonu kao vrsti propisa, već i općoj pravnoj ili moralnoj normi koja čini dio javnog poretka,⁷⁷ a “nepravilnost” u svakom postupanju suprotnom pravilima struke koje odudara od uobičajene metode rada u državnom tijelu.⁷⁸ Za nepravilnost rada isticano je i da se teže određuje, te da je to postupanje mimo cilja koji je određen, suprotno zahtjevu koji bi normalnim obavljanjem službe ili djelatnosti trebalo ostvariti u javnom

71 Sporno je radi li se u ovom slučaju uopće o odgovornosti za štetu u pravom smislu riječi ili o *sui generis* obvezi države da naknadi (dio) šteta prouzročenih u tom zakonu propisanim slučajevima. O tome više vidi: Bukovac Puvača, M., *Odgovornost Republike Hrvatske za štetu prouzročenu terorističkim aktom*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 27., br. 1., 2006., str. 267.-306. i tamo citirana literatura. Ono što nije sporno da se u ovom slučaju ne radi o odgovornosti države na temelju krivnje.

72 Čl. 106. st. 1. ZS: „Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju sudačke dužnosti nanese sudac stranci, svojim nezakonitim ili nepravilnim radom.”

73 Čl. 128. ZDO: “Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju dužnosti nanese državni odvjetnik ili zamjenik državnog odvjetnika građaninu ili pravnoj osobi nepravilnim ili nezakonitim radom.”

74 Čl. 66. ZDP: „Republika Hrvatska odgovara za štetu koju u obnašanju dužnosti nanese državni pravobranitelj ili zamjenik državnog pravobranitelja građaninu ili pravnoj osobi nepravilnim ili nezakonitim radom.”

75 Čl. 86. ZSOS: “Za štetu koju pripadnik Oružanih snaga u službi i u svezi s obavljanjem službe počini trećim osobama odgovara Republika Hrvatska.”

76 Čl. 127. ZP: “Republika Hrvatska odgovara za štetu koju policijski službenik Ministarstva počini trećim osobama, osim ako se dokaže da je policijski službenik postupao sukladno propisima o načinu obavljanja policijskih poslova.”

77 Petrić, *Odgovornost države*, cit., str. 94., Borković, op. cit., str. 140.

78 Petrić, op. cit., str. 94.

interesu.⁷⁹ Neki su autori, međutim, u definiciju nezakonitosti i nepravilnosti rada uključili i volju ili pristanak da se trećemu nanese šteta.⁸⁰ Ovo je mišljenje prihvatila sudska praksa i potvrdio Vrhovni sud Republike Hrvatske. Tako da se u objavljenoj sudskoj praksi ne može naći niti jedna odluka u kojoj bi se neka radnja ili propust državnog tijela kvalificirali kao nezakoniti ili nepravilni, budući da je gotovo uvijek nedostajao voljni element nanošenja štete trećemu.

Kao zanimljivu Radolović ističe činjenicu da se u našoj pravnoj teoriji nije raspravljalo pitanje predstavlja li sintagma “nezakonit ili nepravilan rad” činjenični ili pravni dio spora. Ako je činjenični, on se dokazuje, dok pravni sud mora poznavati.⁸¹ Isti autor navodi da je izraz “nezakonit ili nepravilan rad” zbujujući i da bi bilo pravilnije reći da se radi o subjektivnoj odgovornosti po krivnji u obliku namjere ili krajnje nepažnje kada je štetu izazvao djelatnik organa državne uprave svojim nezakonitim ili nepravilnim radom. Smatra, dakle, da država ne bi trebala odgovarati za običnu nepažnju, te da je odgovornost Republike Hrvatske (zato što odgovara za svaki oblik krivnje) mnogo stroža od odgovornosti države u poredbenom pravu (navodi npr. talijansko i austrijsko pravo), a objektivnu odgovornost države (za svaki nezakonit ili nepravilan rad) drži prestrogom.⁸²

Ustavni sud Republike Hrvatske, u uvodno citiranoj odluci iz 2007. godine navedena stajališta sudske prakse (a time posredno i dijela pravne teorije) ocijenio je neprihvatljivima. Zbog izuzetnog značaja koji ova odluka ima (odnosno trebala bi imati) na tumačenje i primjenu odredbi o odgovornosti države u sudskoj praksi (time i na položaj pojedinca kao oštećenika prema državi kao štetniku) smatrali smo potrebnim detaljnije je prikazati, uz jednu kasniju odluku u kojoj je Ustavni sud Republike Hrvatske ponovio izraženo mišljenje.

3.3. Odgovornost Republike Hrvatske za rad upravnih tijela u praksi Ustavno suda Republike Hrvatske – prikaz odabranih odluka

Praksa iz područja odgovornosti države za rad tijela (javne) uprave⁸³ iznimno je brojna. U ovom poglavlju izdvojili smo prikaz slučajeva koji se odnose na

79 Borković, op. cit., str. 140.

80 Crnić, op. cit., str. 224. i tamo citirani radovi istog autora.

81 Radolović, A., *Odgovornost države za štetu prouzrokovanu nezakonitim ili nepravilnim radom organa uprave*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 25, br. 1., 2004., str. 435.

82 Ibid., str. 441.

83 Teorijske specifičnosti pojma uprava i javna uprava iznimno su brojne pa ćemo se kratko ograničiti na određenje uprave u zakonskim tekstovima, gdje se pojmom uprava, označavaju određeni organizacijski oblici ili vrste organa i tijela koji obavljaju izvjesne djelatnosti. Ustav RH govori o državnoj upravi; sadrži odredbe o vladi, županiji kao jedinici lokalne samouprave, te da se za obavljanje poslova državne uprave mogu u općini i kotaru ili gradu zakonom osnivati tijela lokalne uprave. Njihovo ustrojstvo i djelokrug Ustav prepušta zakonu. Zakon o sustavu državne uprave utvrđuje da su tijela državne uprave: 1) ministarstva, 2) državne upravne organizacije, 3) županijski uredi (gradski uredi grada Zagreba). Poslovi državne uprave su: neposredna provedba zakona, donošenje propisa za njihovu provedbu, obavljanje upravnog nadzora te drugi upravni i stručni poslovi.

odgovornost države za rad upravnih tijela u smislu tradicionalno prihvaćenog pojma tijela državne uprave.⁸⁴ Izdvojeni su slučajevi koji se odnose na odgovornost države za rad poreznog tijela i ureda za imovinsko pravne poslove.

3.3.1. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III-2314/06 od 21. veljače 2007. godine

U navedenom predmetu podnositelji su zahtijevali naknadu štete nastale zbog nezakonitog i nepravilnog rada tijela državne uprave. Odnosno, Ministarstvo financija Republike Hrvatske (županijska postaja financijske policije) donijelo nezakonito prvostupanjsko rješenje o naplati poreza na promet proizvoda i usluga, u 1993. godini te je Ministarstvo financija Republike Hrvatske (drugostupanjsko tijelo), odbijajući žalbu donijelo nezakonito drugostupanjsko rješenje, 1994. godine. Drugostupanjsko rješenje Ministarstva financija Republike Hrvatske poništeno je kao nezakonito presudom Upravnog suda Republike Hrvatske, 1996., te je nadležno tijelo državne uprave (Ministarstvo financija Republike Hrvatske) u ponovljenom postupku donijelo novo rješenje, 1997., kojim je podnositelju smanjen iznos poreza na promet proizvoda i usluga, te iznos kamata koje iznose platio je po donošenju novog rješenja.

Međutim, i novo rješenje iz 1997. također je poništeno presudom Upravnog suda Republike Hrvatske, 1999. godine. U ponovljenom postupku prvostupanjsko tijelo Ministarstva financija Republike Hrvatske donijelo je novo rješenje 2000. godine, kojim je obvezalo podnositelja na plaćanje poreza na promet proizvoda i usluga u istom iznosu kao u prethodno poništenom rješenju, ali s povećanim iznosom kamata.

Navedeno prvostupanjsko rješenje iz 1997. godine poništeno je drugostupanjskim rješenjem Ministarstva financija Republike Hrvatske kojim nadležno upravno tijelo utvrđuje obvezu podnositelja (društva s ograničenom odgovornošću) na plaćanje bitno manjeg iznosa poreza na promet proizvoda i usluga i manjeg iznosa kamata, no što je to bilo određeno prvostupanjskim rješenjem.

Podnositelju je rješenjem nadležnog upravnog tijela iz 2004. godine priznato

84 Za odgovornost za štetu pri vršenju zakonodavne vlasti u našem pravu (za sada) nema izričite pravne osnove, pa je zato i sudska praksa o tome izuzetno rijetka. "Država ne može odgovarati za štetu zbog donošenja određenog zakona jer donošenje zakona ne može predstavljati štetnu radnju države." (VSRH, Rev, 1332/01 od 16. VII. 2003., www.vsrh.hr). Ukoliko donošenje nekog propisa zaista i ne može biti štetna radnja države, nedonošenje istog može za pojedince biti vrlo štetno. Treba spomenuti i da je dio predmeta u kojima je Republika Hrvatska odgovarala zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, bio izazvan ne pogreškom sudova, već pogreškom zakonodavca, jer sudovi nisu mogli dovršiti postupke dok nije donesen novi propis (konkretno mislimo na ZOŠTA na čije se donošenje čekalo gotovo osam godina). Ulaskom u Europsku uniju Republika Hrvatska će odgovarati i za povrede prava Zajednice koje počine zakonodavne vlasti, pa je moguće očekivati da se s vremenom ta odgovornost protegne i na povrede nacionalnog prava. O odgovornosti države za rad sudova, izuzevši odluke koje se odnose na povrede prava na suđenje u razumnom roku, također ne postoji bogata sudska praksa, stoga se u ovom pregledu zaustavljamo na odlukama koje se odnose na rad uprave.

pravo na povrat poreza na promet i kamata (u sveukupnom iznosu od 272.759,61 kn) na ime neosnovano naplaćenoga poreza po spornom rješenju iz 1993. godine. Zahtjev za naknadu štete podnositelj je temeljio na tvrdnji da je tuženo tijelo - Ministarstvo financija Republike Hrvatske, u tri navrata protupravno postupilo, odnosno da se pogreška ponovila tri puta, te da je zbog navedenih nezakonitih rješenja iz 1993. i 1994. bio blokiran njegov žiro račun i da je zbog toga bio u nemogućnosti obavljati svoje djelatnosti. Stoga je podnositelj isticao da je pretrpio štetu koju mu je dužna naknaditi Republika Hrvatska zbog nezakonitoga rada tijela državne uprave. U sudskim postupcima, koji su prethodili obraćanju Ustavnom sudu, smatrala se prijepornom odgovornost države samo zbog činjenice donošenja rješenja koje je poništeno po tužbi u upravnom sporu. Odnosno, prvostupanjski je sud prijepornim držao postojanje pretpostavki temeljem kojih tuženik odgovara za štetu te uzročno posljedičnu vezu između blokade tužiteljeva žiro računa provedbom spornog rješenja, u 1993. godini i nemogućnosti poslovanja. Nadležni sud prvog stupnja odbio je tužbeni zahtjev podnositelja kao neosnovan, a to su potvrdili i drugostupanjski sud povodom žalbe podnositelja i Vrhovni sud Republike Hrvatske povodom revizije podnositelja.

Za donošenje odluke o povredi ustavnih prava podnositelja, u ustavnosudskom postupku trebalo je odgovoriti na pitanje jesu li u konkretnom slučaju bile ispunjene pravne pretpostavke odgovornosti Republike Hrvatske za štetu zbog nezakonitoga rada tijela državne uprave (Ministarstva financija Republike Hrvatske) sukladno čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave: prvo, nezakoniti ili nepravilan rad tijela državne uprave, drugo, postojanje štete koja je zbog toga nastala podnositeljima i treće, uzročna veza između nezakonitoga ili nepravilnoga rada tijela državne uprave i nastale štete podnositeljima. Ustavni je sud pošao od relevantnih dijelova obrazloženja prvostupanjske presude koji se odnose na dokazni postupak.⁸⁵ Međutim, prvostupanjski je sud zaključio da ne postoji uzročna veza između radnje upravnog tijela i štete (blokade žiro računa i nemogućnosti poslovanja

85 Ustavni sud u svojoj odluci citira dijelove obrazloženja prvostupanjske presude koji su odnose na dokazni postupak u kojem je provedeno i financijsko-knjigovodstveno vještačenje. Oni glase: "Stoga je sud, ocjenjujući nalaz i mišljenje vještakinje M. T. stručnim i objektivnim te argumentirano obrazloženim nakon istaknutih primjedbi tužitelja, utvrdio da blokada tužiteljevog računa, koja je uslijedila zbog prisilne naplate poreza na promet proizvoda i usluga temeljem spornog rješenja Postaje Financijske policije od 4.12.1993. godine, ne stoji u uzročnoj vezi niti s dobitkom koji bi se ostvario u 1994. godini, 1995. godini i u 1996. godini, a niti s gubitkom obračunatim za navedene godine, dakle nije u uzročnoj vezi s nemogućnosti poslovanja te i s tog osnova tužbeni zahtjev nije osnovan. Vještakinja ističe da su poslovni rezultati tužitelja isključivo u korelaciji s razinom proizvodno, poslovnih aktivnosti koje su trgovačka društva "M." i osnovani "M." početkom 1994. godine obavljali zajedno" (str. 7. obrazloženja prvostupanjske presude). U dokaznom postupku utvrđeno je, naime, da je podnositelj M. d.o.o. "nakon blokade žiro računa nastavio poslovati i obavljati djelatnost svojim osnovnim sredstvima, no, poslušajući preko računa svojih drugih tvrtki i to do 10.1.1994. godine preko tvrtke "M." d.o.o., a od 20.6.1997. godine preko novo osnovane tvrtke "M." d.o.o.: Tvrtka "M." d.o.o. obavljala je identičnu djelatnost kao i tužitelj te je i formalno pripojena "M." d.o.o. 14.11.2002. godine" (str. 4. obrazloženja prvostupanjske presude).", (podcrtao autor).

podnositelja).⁸⁶ Drugostupanjski sud je odbio žalbu podnositelja, ističući posebno da je u prvostupanjskom postupku utvrđeno da tužitelju nije nastupila šteta.⁸⁷

Ustavni sud je smatrao da nema razloga sumnjati u činjenice utvrđene u dokaznom postupku pred nadležnim prvostupanjskim sudom, čiju je potpunost i pravilnost potvrdio i nadležni drugostupanjski sud u žalbenom postupku te utvrdio da u konkretnom slučaju ne postoji odgovornost Republike Hrvatske za štetu u smislu članka 13. Zakona o sustavu državne uprave. Budući da nezakonitim rješenjima Ministarstva financija Republike Hrvatske, iz 1993. i 1994. godine, kojima je pogrešno obračunat porez na promet proizvoda i usluga i visina kamata, podnositelju nije nastala šteta koja se, prema njegovim tvrdnjama i zahtjevima, sastojala u nemogućnosti poslovanja. Štoviše, Ustavni sud u navedenom predmetu primjećuje odstupanje obrazloženja presude Vrhovnog suda Republike Hrvatske u tom pitanju od utvrđenja nižestupanjskih sudova. U revizijskoj presudi, naime, Vrhovni sud Republike Hrvatske pogrešno utvrđuje da je “u dokaznom postupku utvrđeno, da takvog nezakonitog rada tijela državne uprave u konkretnom slučaju nije bilo, pa nema ni odgovornosti za štetu ukoliko je ista tužitelju nastala” jer se u konkretnom slučaju, prema stajalištu nižestupanjskih sudova, radilo o nepostojanju uzročne veze, odnosno štete.

Ustavni sud navodi kako je za njegovu odluku bitno da su izreke svih triju presuda nadležnih sudova, kojima je odbijen tužbeni zahtjev podnositelja za naknadu štete zbog nezakonite radnje tijela državne uprave, osnovane te da nema osnove zaključiti da su takvim izrekama presuda povrijeđena ustavna prava na koja podnositelji ukazuju u ustavnoj tužbi.⁸⁸

Međutim, držimo bitnim ukazati na nesukladnost navedenih presuda redovnih sudova unatoč mišljenju Ustavnog suda kako su prvostupanjski i drugostupanjski sud utvrdili nepostojanje štete kao pretpostavke odgovornosti. Naime, iz, u odluci citiranih presuda, proizlazi da je prvostupanjski sud utvrdio nepostojanje uzročne veze.⁸⁹

86 Sud u obrazloženju prvostupanjske presude navodi i podatak da je “rješenjem od 30.3.2004. godine tužitelju utvrđeno pravo na povrat poreza na promet i kamata u sveukupnom iznosu od 272.759,61 kune, a na ime naplaćenoga poreza po spornom rješenju” od 4. prosinca 1993. godine, (podcrtao autor).

87 Posebno saslušanjem vještaka, nakon davanja nalaza i mišljenja istog.

88 Dijelovi teksta preneseni su iz obrazloženja predmetne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske.

89 Iz obrazloženja prvostupanjske presude: “Stoga je sud, ocjenjujući nalaz i mišljenje vještakinje M. T. stručnim i objektivnim te argumentirano obrazloženim nakon istaknutih primjedbi tužitelja, utvrdio da blokada tužiteljevog računa, koja je uslijedila zbog prisilne naplate poreza na promet proizvoda i usluga temeljem spornog rješenja Postaje Financijske policije od 4.12.1993. godine, ne stoji u uzročnoj vezi niti s dobitkom koji bi se ostvario u 1994. godini, 1995. godini i u 1996. godini, a niti s gubitkom obračunatim za navedene godine, dakle nije u uzročnoj vezi s nemogućnosti poslovanja te i s tog osnova tužbeni zahtjev nije osnovan. Vještakinja ističe da su poslovni rezultati tužitelja isključivo u korelaciji s razinom proizvodno, poslovnih aktivnosti koje su trgovačka društva “M.” i osnovani “M.” početkom 1994. godine obavljali zajedno” (str. 7. obrazloženja prvostupanjske presude). “Ističe da je u

Ustavni sud se osvrnuo i na, u obrazloženju osporene prvostupanjske presude, sadržano pravno stajalište: „No, da bi postojala odgovornost države u smislu navedenog članka, šteta mora biti posljedica nezakonitog ili nepravilnog rada tijela državne uprave pri čemu je bitno i postojanje volje ili pristanka da se time oštete prava i interesi trećega. (...) Samo onaj pogrešan rad pri kojem dakle postoji volja i pristanak državnih tijela da se time oštete prava i interesi trećega je rad koji predstavlja pravni osnov za naknadu štete”, pri čemu se prvostupanjski sud pozvao na presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske.⁹⁰ Istovjetno pravno stajalište ponovljeno je i u obrazloženju osporene presude drugostupanjskog suda te i u osporenoj revizijskoj presudi Vrhovni sud Republike Hrvatske navodi slično: “Činjenica što je tužitelj uspio u upravnom sporu i što je poništeno prvostupanjsko i drugostupanjsko upravno rješenje samo po sebi ne znači da postoji odgovornost države za naknadu štete. Odgovornosti države nema ako je do pogrešne primjene materijalnoga prava došlo zbog drugačijeg - pogrešnog pravnog shvaćanja određenog propisa. Smisao odredbe čl. 13. ZSDU je ta, da država odgovara za štetu u slučaju kad bi bila riječ o svjesnom postupanju suprotno zakonu s voljom da se nekome nanese šteta.”

Ustavni sud je ocijenio navedena pravna stajališta redovnih sudova u cijelosti neprihvatljivima, u dijelu u kojem se tumači da nema nezakonitog ili nepravilnog rada tijela državne uprave u smislu članka 13. Zakona o sustavu državne uprave ako nema “volje i pristanka državnih tijela da se time oštete prava i interesi trećega”, odnosno “svjesnog postupanja suprotno zakonu s voljom da se nekome nanese šteta”.

Upravo zbog takve neprihvatljivosti stajališta redovnih sudova Ustavni je sud u obrazloženju svoje odluke odgovorio i na pitanje - jesu li pravna stajališta sudova u vezi s “nezakonitim ili nepravilnim radom”, kao prvom pretpostavkom odgovornosti Republike Hrvatske za štetu u smislu članka 13. Zakona o sustavu državne uprave - koju je Ustavni sud u istoj odluci ocijenio neprihvatljivom - u konkretnom slučaju dostatna za utvrđenje povrede ustavnog prava podnositelja na jednakost pred zakonom, zajamčenog Ustavom.

U odgovoru na navedeno pitanje utvrđeno je da navedena neprihvatljiva pravna stajališta redovnih sudova, vezana uz zahtjev za postojanjem “voljnog elementa” (krivnje) kao pretpostavke nezakonitoga ili nepravilnoga rada tijela državne uprave, sama po sebi nisu mogla dovesti do povrede ustavnog prava na jednakost pred zakonom na što su ukazivali podnositelji ustavne tužbe.

Naime, Ustavni sud smatra da je u dokaznom postupku pred redovnim sudom utvrđeno da podnositeljima nezakonitim rješenjima Ministarstva financija Republike Hrvatske nije nastala šteta, kao druga konstitutivna pretpostavka odgovornosti države za štetu u smislu članka 13. Zakona o sustavu državne uprave. Sud navodi da

prvostupanjskom postupku utvrđeno “posebno saslušanjem vještakinje M. T., nakon davanja nalaza i mišljenja iste, da tužitelju nije nastupila šteta kako on to tvrdi u tužbi” (str. 2. i 3. obrazloženja drugostupanjske presude), (autor podcrtao).

90 Rev. 521/00 od 2. prosinca 2003. godine.

činjenica da su sudovi sva tri stupnja pogrešno protumačili pretpostavke za postojanje “nezakonitog ili nepravilnog rada”, kao prve pretpostavke te odgovornosti, nije od utjecaja na utvrđenje Ustavnog suda da u konkretnom slučaju nisu ispunjene pravne pretpostavke odgovornosti države za štetu u smislu članka 13. Zakona o sustavu državne uprave.

Prikazani slučaj, osim što znači prekretnicu u smislu tumačenja vrste odgovornosti Republike Hrvatske za štetu prouzročenu nezakonitim i/ili nepravilnim radom njenih tijela, vrlo jasno pokazuje složenost tog instituta. Naime, iako nije bilo od utjecaja na konačnu odluku o povredi ustavnih prava, vrlo je znakovito to što je jedna te ista činjenična osnova kroz tri razine redovnoga sudovanja različito kvalificirana, odnosno izazvala različite zaključke o svim pretpostavkama odgovornosti države. Prvostupanjski sud je zaključio da ne postoji uzročna veza, drugostupanjski da nije nastupila šteta, dok je Vrhovni sud u obrazloženju naglasio nepostojanje nezakonitog rada iz razloga nedostatka krivnje. Konačni “rezultat” djelovanja upravnih tijela u ovom slučaju bio je taj da je “oštećeniku” 2004. godine potvrđeno pravo na povrat iznosa od 272.759,61 kn, naplaćenog 1993. godine. Zbog blokade računa izazvane predmetnom naplatom, “oštećenik” je osnovao novo trgovačko društvo i preko njega poslovao, što je išlo u prilog tvrdnjama da nije bilo štete, dok se isto moglo shvatiti i kao radnja kojom oštećenik štetu nastoji spriječiti ili umanjiti. Dopustivši zaključak da nije bilo nezakonitosti i nepravilnosti u radu navedenih tijela, ne možemo se oteti dojmu da je u ovom slučaju podnositelj zahtjeva ipak bio oštećen. Jasno je da pravni lijekovi postoje upravo zato da se isprave moguće pogreške pri donošenju (u ovom slučaju upravnih) odluka, te da štete u pravilu i nema kada je o njima odlučeno u nekom “razumnom” roku, ali povrat značajnog iznosa novca nakon 11 godina, daleko je od ostvarenja svrhe koja se treba pravnim lijekom ispuniti.

3.3.2. Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske U-III /822 /2005, od 13. veljače 2008. godine⁹¹

U praksi su sudovi nerijetko u postupcima za naknadu štete zauzimali stajalište o nedostatku pasivne legitimacije Republike Hrvatske. U navedenom predmetu pred Ustavnim sudom iz 2008. godine iz obrazloženja Odluke o usvajanju ustavne tužbe vidljivo je takvo stajalište. U ovom je predmetu bilo utvrđeno da je voditelj Ureda za imovinsko-pravne poslove, Ispostava D.R., počinio propust u radu (odredivši isplatu naknade osobi koja nije ovlaštenik prava, tj. naknade). Prvostupanjski sud je odbacio tužbu u odnosu na prvotuženu – Republiku Hrvatsku, zbog nedostatka pasivne legitimacije, utvrdivši da Republika Hrvatska ne može biti odgovorna za naknadu štete. U presudi se navodi da su tužitelji u navedenoj pravnoj stvari eventualno protiv djelatnika zaposlenoga u imovinsko pravnoj službi mogli pokrenuti postupak radi nezakonite radnje ili neki drugi postupak. U obrazloženju prvostupanjski sud,

91 NN, 26/08.

navodi: “Nesporno je da je voditelj Ureda za imovinsko-pravne poslove, Ispostava D. R., nemarno obavio svoj zadatak i odredio da se II. tuženiku A. B. od strane “Autoceste R.-Z.” d.d. isplati ova naknada, umjesto tužiteljicama D. B. i B. B. je počinio propust u radu,...”.

Ustavna tužba podnijeta je protiv presude Županijskog suda u K. iz 2004. godine, kojom je djelomično odbijena žalba podnositeljica (tužiteljica u parničnom postupku) kao neosnovana i potvrđena presuda Općinskog suda u K. iz 2003. godine. Naime, prvostupanjskom presudom odbačena je tužba u odnosu na prvotuženu, Republiku Hrvatsku te je naloženo podnositeljicama da solidarno naknade prvotuženoj trošak parničnog postupka. Podnositeljice ustavne tužbe isticale su da je voditelj upravnog postupka postupio protivno Zakonu o izvlaštenju, jer je naknada za izvlaštenje sporne nekretnine isplaćena osobi (drugotuženiku), koji nije dokazao da je ovlaštenik te naknade, gdje su isticale da je u konkretnom slučaju Republika Hrvatska pasivno legitimirana temeljem odredbe čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave.

Ustavni je sud usvojio tužbu odlučivši da je osnovana, našavši da je povrijeđeno ustavno pravo podnositeljica tužbe, pri čemu se, u pravilu, ne upušta u pitanje jesu li sudovi pravilno i potpuno utvrdili činjenično stanje i ocijenili dokaze. Za Ustavni sud relevantne su samo one činjenice od čijeg postojanja ovisi ocjena o povredi ustavnog prava.

Odlučujući o žalbi drugostupanjski sud nije prihvatio žalbu podnositeljica, već je utvrdio da „tužiteljice iznos koji je isplaćen osobi koja nije ovlaštenik naknade mogu potraživati od istog, pa im nije nastala šteta“. Drugostupanjski sud je zaključio da Republika Hrvatska nije pasivno legitimirana s obzirom na to da Ured za imovinsko-pravne poslove nije počinio štetu podnositeljicama.

U postupku je Ustavni sud pošao od stajališta da procesna legitimacija predstavlja odnos parničnih stranaka prema subjektivnom pravu o kome je parnica pokrenuta te da je pitanje procesne legitimacije, i aktivne i pasivne, pravno pitanje o kojem sud odlučuje prema tome je li procesna legitimacija priznata u zakonu izričito navedenim subjektima ili prema tome je li u konkretnom slučaju određeni subjekt učinio vjerojatnim svoj pravni interes za vođenje parnice. Iz odredbe čl. 13. Zakona o sustavu državne uprave jasno proizlazi da Republika Hrvatska odgovara za štetu koju nanese tijelo državne uprave drugoj strani nezakonitim ili nepravilnim radom, ali i za štetu koju takvim radom počine tijela jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave pa čak i pravnih osoba koje imaju javne ovlasti u prenijetim im poslovima državne uprave. Tom je odredbom utvrđena primarna i neposredna odgovornost Republike Hrvatske neovisno o kojoj je razini vlasti i tijela vlasti riječ, odnosno neovisno na kojoj je razini djelovanja - republika, županija, općina, grad, pravna osoba s javnim ovlastima počinjena šteta kao posljedica nezakonitoga ili nepravilnoga rada.

Takva je odgovornost države na svim razinama prihvaćena i u sudskoj praksi Vrhovnog suda Republike Hrvatske,⁹² što je izraz „načela vladavine prava, jedne od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske utvrđene u članku 3. Ustava. Ustavni sud pri tom ponavlja već ranije izneseno stajalište da je Zakonom o sustavu državne uprave ustanovljen sustav odgovornosti, koji se temelji na načelu uzročnosti (*kauzaliteta*), a ne na načelu krivnje (*culpe*).⁹³

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Krivnju, odnosno volju ili pristanak na nanošenje štete trećim osobama, kao posebnu pretpostavku odgovornosti države ne propisuje niti jedan propis o odgovornosti države za štetu u našem pravu. Usprkos tomu, ona se, kao dodatna pretpostavka, odnosno nužni element za utvrđenje odgovornosti države desetljećima tražila u našoj sudskoj praksi. Razlog tomu je činjenica da većina propisa ne sadrži odredbu u kojoj izričito određuje o kojoj se vrsti odgovornosti radi. Osim izričito propisane objektivne odgovornosti države u rijetkim slučajevima (ZZK, ZOŠTA), nije više sporno ni da država može objektivno odgovarati za opasnu stvar i djelatnost prema općim pravilima.

Svi drugi slučajevi odgovornosti države ovise o kvalifikaciji pojma nezakonit i/ili nepravilan rad. Iz sudske prakse je jasno da su redovni sudovi, upravo zbog ove šutnje zakonodavca, bili pred složenim zadatkom definiranja istog, a rješenje kojeg su pronašli bilo je uključivanje krivnje kao pretpostavke odgovornosti države za štetu. Posljedica toga je izostanak definicije i tumačenja samog pojma nezakonitog i/ili nepravilnog rada u sudskoj praksi, budući da je nedostatak voljnog elementa u većini slučajeva dovodio do odbijanja tužbenih zahtjeva. Znakovito je da nismo pronašli niti jedan predmet u kojem bi bila utvrđena odgovornost države uz ispunjenje voljnog elementa.

Ustavni je sud izrazio neslaganje s dosadašnjom praksom redovnih sudova i jasno izrazio svoje shvaćanje odgovornosti države za nezakonit i nepravilan rad njezinih tijela kao objektivne odgovornosti. Time je isključio krivnju kao dodatnu pretpostavku odgovornosti države za štetu, ali je problem definiranja nezakonitoga i nepravilnoga rada i dalje ostao “otvorenim”.

Pred našim je sudovima zadatak da odgovornost države prema čl. 13. ZSDU-a (a ne vidimo razlog da se to odgovarajuće ne primjenjuje i na druge propise koji spominju nezakonit i nepravilan rad kao pretpostavku odgovornosti države) počnu tumačiti kao objektivnu, ali bi se svakako u rješavanje toga pitanja trebao konačno uključiti i zakonodavac. Naime, postavljanje objektivne odgovornosti države za svaku štetu koja iz djelovanja njenih tijela može nastati pojedincima, druga je krajnost koja je, s gledišta oštećenika i njegovih subjektivnih prava možda

92 Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-903/03-2 od 4. siječnja 2005., www.vshr.hr.

93 Dijelovi teksta preneseni su iz obrazloženja predmetne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske.

prihvatljiva, ali je u praksi neodrživa. Nije stroga (objektivna) odgovornost države sama sebi svrha, nužno je da se oštećeniku omogući naknada pretrpljene štete. Stroža odgovornost sama po sebi ne povećava nužno vjerojatnost da će oštećeniku šteta i biti naknađena.

Odgovornost države za štetu zaslužuje posebno uređenje, barem temeljnih pretpostavki, dok se na sva ostala pitanja može i dalje primjenjivati opće građanskopravno uređenje. Nema razloga da se uzor ne potraži u nekim kriterijima odgovornosti države u poredbenom pravu i pravu Zajednice. Poredbeno pravo poznaje različita rješenja (od Španjolske koja ima izričito (i to ustavom) propisanu objektivnu odgovornost države, do Francuske u kojoj je u pravilu potrebno dokazivati grubu nepažnju države). Međutim, to ne znači da je u državama s prihvaćenim strožim pravilima o odgovornosti, oštećenik u boljem položaju prema državi (da će lakše ostvariti pravo na naknadu). Bez obzira na različitost prihvaćenih rješenja i pravnih tradicija, čini se da je i kod odgovornosti države prisutan trend postroženja odgovornosti, odnosno njene objektivizacije. Krivnja u klasičnom značenju, kao odnos štetnika prema štetnoj radnji i šteti izgubila je svoju prvotnu funkciju, naglasak je prebačen na popravljavanje štete oštećeniku. Ne čudi, stoga, da ni odgovornost države više nije prikladna za podvođenje pod neki "čisti" oblik odgovornosti. To, naravno, posebno uzrokuju i naglašavaju vrsta i priroda državnih poslova. Dok se pojedinac može suzdržavati od nekih opasnih radnji, država to nije u poziciji. Neke su državne djelatnosti same po sebi opasne, odnosno njihovo obavljanje povezano s posebnim teškoćama i opasnosti nastanka štete pojedincima. Sve bi to trebalo imati u vidu pri određivanju (prosudivanju) jesu li državna tijela djelovala nezakonito ili nepravilno.

Ako usporedimo pretpostavke odgovornosti države prema našem pravu i pravu Zajednice, pojmu "nezakonitog i nepravilnog rada" odgovarao bi pojam "dovoljno ozbiljne povrede." Kada je država odgovorna za nezakonit i nepravilan rad općenito bi trebalo biti usporedivo s dovoljno ozbiljnom povredom. Krivnja kao voljni element ne može biti posebna pretpostavka. Ona može biti dio (nikako konstitutivan) procjene nezakonitosti ili nepravilnosti rada, ali ne nužno u svakom slučaju odgovornosti države za štetu. Tako, načelno, treba razlikovati državna tijela koja pri vršenju svojih funkcija imaju određeni stupanj diskrecije, od onih koji je nemaju. Rad tijela s određenim stupnjem diskrecije, ne može se kvalificirati kao nepravilan sve dok su se ona kretala u granicama ostavljene im diskrecije. Kada su je prešla, onda je njihov rad nepravilan bez obzira je li taj prelazak učinjen s voljom ili pristankom nanošenja štete ili nije.

Budući da postoje argumenti u prilog obje vrste odgovornosti (ako želimo ustrajati na potrebi da se odgovornost države kvalificira ili kao subjektivna ili kao objektivna, a za što ima sve manje opravdanja), čini se da institut odgovornosti Republike Hrvatske zaslužuje posebno uređenje, odnosno jasno i precizno propisivanje pretpostavki odgovornosti države za rad njezinih tijela, uz uzimanje u obzir osobitosti vrste njihovih poslova i pravila postupanja.

Summary

**ON THE ISSUE CONCERNING THE GROUNDS OF STATE
LIABILITY FOR A DAMAGE CAUSED BY ILLEGAL AND
IRREGULAR WORK OF STATE BODIES**

State liability for a damage caused to individuals by illegal and/or irregular work performed by state bodies has been for a considerable time an object of interest of legal science and court practice in comparative and domestic law. Having in mind that the Supreme Court of the Republic of Croatia and the Constitutional Court of the Republic of Croatia have taken opposite standings on the basic issue of the liability in question – i.e. on the mere type of liability, it is obvious that legal regulation of this notion is not adequate in national law at present. From the comparative legal overview it can be concluded that there are essentially different solutions for aforesaid issue and that there has been a trend to tighten state liability in last two decades, partially due to the practice of the European Court for Human Rights and the European Court of Justice. The analysis of domestic court practice confirms normative understatements and ambiguities, which should be, without any doubts, eliminated. Due to broadness and complexity of issues arising from state liability for damages, the article focuses on the issue concerning the mere type of liability. Therefore, the other issues are mostly omitted. The normative intervention has been proposed to regulate the institute of state liability for damages in Croatian law.

Key words: state liability for damages, subjective liability, objective liability, liability presumptions, illegal work, irregular work.

Zusammenfassung

**DIE GRUNDLAGE DER STAATSHAFTUNG FÜR
RECHTSWIDRIGES UND UNERLAUBTES HANDELN VON
AMTSTRÄGERN**

Staatshaftung für rechtswidriges oder schuldhaftes Verhalten von Amtsträgern und den daraus entstehenden Schaden einem Dritten gegenüber ist seit langem ein Thema der Rechtswissenschaften und der Rechtsprechung; sowohl im vergleichenden, als auch im nationalen Recht. Da sich der Oberste Gerichtshof der Republik Kroatien und das Verfassungsgericht der Republik Kroatien über die Kernfrage der Art dieser Haftung nicht einig sind, ist die vorhandene Regelung dieser Frage in kroatischem Recht verbesserungswürdig. Aus der rechtsvergleichenden Darstellung ergibt sich, dass einzelne Regelungen der oben genannten Frage von einander abweichen. Nichtsdestotrotz ist in den letzten zwei

Jahrzehnten eine strengere Regelung der Staatshaftung bemerkbar, teils auch unter dem Einfluss des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs. Die durchgeführte Analyse nationaler Rechtsprechung stellt normative Unbestimmtheiten und Unklarheiten fest, welche beseitigt werden sollen. Auf Grund der Weite von Problemen, welche mit Staatshaftung verbunden sind, behandelt diese Arbeit nur die Frage der Haftungsart und schlägt einen normativen Eingriff in die Regelung des Rechtstituts der Staatshaftung im kroatischen Recht vor.

Schlüsselwörter: *Staatshaftung, Haftung für schuldhaftes Verhalten, Gefährdungshaftung, Voraussetzungen der Haftung, rechtswidrige und unerlaubte Handlung.*

Riassunto

LA QUESTIONE DEL FONDAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER I DANNI CONSEQUENTI ALL'ILLEGALE O IRREGOLARE OPERATO DEI SUOI ORGANI

La responsabilità dello Stato per i danni conseguenti all'illegale e/o irregolare operato di singoli nei suoi organi è da lungo tempo oggetto di interesse della scienza giuridica e della giurisprudenza comparata e nazionale. Considerando che a proposito dell'aspetto fondamentale di tale responsabilità, e cioè con riguardo al tipo di responsabilità, la Corte Suprema della Repubblica di Croazia e la Corte Costituzionale della Repubblica di Croazia si sono schierate su posizioni tra loro contrastanti, appare evidente che l'attuale soluzione adottata nel nostro ordinamento a tale riguardo non è soddisfacente. Dall'analisi comparata emerge che a questo problema esistono soluzioni notevolmente diverse tra loro, le quali negli ultimi due decenni testimoniano la tendenza a considerare in maniera più severa la responsabilità dello Stato, e ciò in parte anche in ragione dell'influenza della prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia. La giurisprudenza nazionale presa in esame conferma l'esistenza di una normativa lacunosa e confusa, che senza dubbio dovrebbe essere rimossa. Stante l'ampiezza e la complessità delle questioni che si presentano con riferimento alla responsabilità dello Stato, viene posta al centro del contributo proprio la questione del tipo di responsabilità, mentre le altre questioni sono lasciate in disparte. Si suggerisce un intervento normativo volto a regolare nel diritto croato l'istituto della responsabilità dello Stato per danni.

Parole chiave: *responsabilità dello Stato per danni, responsabilità soggettiva, responsabilità oggettiva, presupposti della responsabilità, operato illegale, operato irregolare.*

STATUSNO JAVNO-PRIVATNO PARTNERSTVO

Dr. sc. Dionis Jurić, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.722
Ur.: 30. prosinca 2010.
Pr.: 11. ožujka 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Statusno javno-privatno partnerstvo predstavlja oblik ustanovljavanja odnosa javno-privatnog partnerstva osnivanjem zajedničkoga trgovačkog društva, čiji su osnivači javni i privatni partner ili stjecanjem udjela privatnoga partnera u temeljnom kapitalu postojećega trgovačkog društva, čiji je jedini član javni partner. Prednosti primjene statusnoga javno-privatnog partnerstva očituju se u mogućnosti javnog partnera da sudjelovanjem u organima zajedničkoga trgovačkog društva ostvaruje neposredan nadzor nad razvojem i provedbom projekta javno-privatnog partnerstva kao i stjecanje iskustva u provedbi projekta javno-privatnog partnerstva. Hrvatski Zakon o javno-privatnom partnerstvu predviđa složeni postupak predlaganja, odobravanja i provedbe projekata javno-privatnog partnerstva uz naglašenu ulogu Agencije za javno-privatno partnerstvo. U postupku izbora privatnog partnera dolaze do izražaja odredbe Zakona o javnoj nabavi. U slučaju zasnivanja statusnoga javno-privatnog partnerstva postoji obveza sklapanja ugovora o ortaštvu kojim se uređuju prava i obveze javnog i privatnog partnera u postupku osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva.

Ključne riječi: *statusno javno-privatno partnerstvo, ugovor o ortaštvu, osnivanje zajedničkoga trgovačkog društva.*

1. UVOD

Javno-privatno partnerstvo je oblik suradnje između organa javne vlasti i pravnih subjekata iz privatnog sektora u ostvarenju projekata od općeg društvenog interesa. Značaj javno-privatnog partnerstva raste tijekom 90-ih godina prošlog stoljeća u državama članicama Europske unije radi smanjenja fiskalnih izdataka za izgradnju infrastrukture i pružanje javnih usluga. To se ostvaruje uključivanjem privatnog sektora u spomenute djelatnosti uz podjelu rizika. Pretpostavlja se da je privatni sektor u odnosu na javni sektor bolji gospodarstvenik u postupku izgradnje objekata, upravljanja objektima i izvođenju djelatnosti koje imaju karakter javnih

službi. S druge strane, privatni sektor se uključuje u javno-privatno partnerstvo radi ostvarivanja dobiti, što može biti u suprotnosti s javnim interesima. Tako to dovodi do porasta cijena usluga za neposredne korisnike, a na subjekte privatnoga prava se prenose ovlasti za izvođenje javnih službi ili javne ovlasti, koje su inače u nadležnosti subjekata javnoga prava, čime se slabi nadzor nad izvođenjem ovlasti javnopravne prirode.¹

Hrvatski Zakon o javno-privatnom partnerstvu (NN 129/08) u čl. 2. određuje javno-privatno partnerstvo kao dugoročan partnerski odnos između javnog i privatnog partnera sa sljedećim obilježjima: a) privatni partner preuzima od javnog partnera obvezu projektiranja, gradnje ili rekonstrukcije javne infrastrukture, javnih informacijsko-komunikacijskih sustava te građevina od javnog interesa, preuzimajući pritom jednu ili više obveza kao što su financiranje, upravljanje i održavanje, radi pružanja krajnjim korisnicima javne usluge iz okvira nadležnosti javnog partnera ili osiguravanja javnom partneru potrebnih preduvjeta za pružanje javnih usluga iz okvira njegovih nadležnosti, odnosno pružanje krajnjim korisnicima javnih usluga iz okvira nadležnosti javnog partnera, uključujući pružanje usluga upravljanja informacijsko-komunikacijskim sustavima od javnog interesa, odnosno pružanja javnih usluga krajnjim korisnicima na izgrađenim informacijsko-komunikacijskim sustavima; b) u zamjenu za preuzete obveze, javni partner može na privatnog partnera prenijeti određena stvarna prava i/ili privatnom partneru dodijeliti koncesiju i/ili privatnom partneru plaćati naknadu u novcu; c) svaki od partnera preuzima odgovornost za rizik na koji može utjecati ili je odgovornost podijeljena, a radi optimalnog upravljanja rizikom tijekom trajanja projekta javno-privatnog partnerstva, uz ostalo i korištenjem upravljačkih, tehničkih, financijskih i inovacijskih sposobnosti privatnog partnera te promicanjem razmjene vještina i znanja između javnog i privatnog partnera. Time je određena obveza privatnog partnera, oblik naknade koju javni partner daje privatnom partneru za preuzetu obvezu te podjela rizika između privatnog i javnog partnera. Ugovor o javno-privatnom partnerstvu po svojoj pravnoj prirodi pripada upravno-privatnopravnim ugovorima, koji spadaju u ugovore privatnog prava koji su modificirani javnopravnim instrumentima i garancijama.² Javnopravni elementi dolaze do izražaja u postupku odabira privatnog partnera s kojim se sklapa ugovor o javno-privatnom partnerstvu i cilja sklapanja ugovora koji je pružanje javnih usluga krajnjim korisnicima.

1 Kranjc, Vesna et al., Zakon o javno-zasebnem partnerstvu (ZJZP) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana, 2009., str. 24., Šinković, Zoran, Klarić, Mirko, Javno-privatno partnerstvo, http://www.vus.hr/uploads/file/zbornik/rad_sinkovic_klaric.pdf, 12. studeni 2010., str. 1., Gulija, Božena, Javno-privatno partnerstvo, *Euroscope*, God. 13., br. 73/2004., str. 1.-2., Vrhnjak, Blaž, Javno-zasebno partnerstvo v teoriji, *Zdravstveni vestnik*, bt. 76/2007., str. 481.-482.

2 Kranjc, V. et al., op. cit., str. 48.

2. MODELI JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA

Zakon o javno-privatnom partnerstvu poznaje dva modela javno-privatnog partnerstva: ugovorno javno-privatno partnerstvo i statusno javno-privatno partnerstvo.³ Ugovorno javno-privatno partnerstvo određuje se kao model javno-privatnog partnerstva u kojem se međusobni odnos javnog i privatnog partnera uređuje ugovorom o javno-privatnom partnerstvu (čl. 4. t. c Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Statusno javno-privatno partnerstvo se određuje kao model javno-privatnog partnerstva koji je utemeljen na članskom odnosu između javnog i privatnog partnera u zajedničkom trgovačkom društvu, koje je nositelj provedbe projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 4. t. e Zakona o javno-privatnom partnerstvu).

3. NAČINI NASTANKA STATUSNOG JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA

Statusno javno-privatno partnerstvo može se zasnovati osnivačkim ulozima u novoosnovanom zajedničkom trgovačkom društvu, koje osnivaju javni i privatni partner ili otkupom udjela u postojećem trgovačkom društvu od strane privatnog partnera (čl. 20. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). U slovenskom pravu Zakon o javno-privatnom partnerstvu (ZJZP)⁴ u čl. 96. određuje da do nastanka statusnog javno-privatnog partnerstva može doći: a) osnivanjem pravne osobe, b) prodajom udjela javnog partnera u javnom poduzeću ili drugoj osobi javnog ili privatnog prava, c) kupnjom udjela u osobi javnog ili privatnog prava dokapitalizacijom ili d) na drugi, pravno i činjenično srodan i primjeren način. Za uspostavu javno-privatnog partnerstva nije dostatno samo osnovati zajedničku pravnu osobu, odnosno stupiti u člansku strukturu postojeće pravne osobe, već javni partner mora izvođenje prava i obveza, koje proizlaze iz javno-privatnog partnerstva, prenijeti na izvoditelja statusnoga javno-privatnog partnerstva (novoosnovanu ili postojeću pravnu osobu). Prijenos se ostvaruje sklapanjem ugovora o statusnom partnerstvu.⁵

3 Ovakve modele javno-privatnog partnerstva poznaje i europsko pravo u kojem Zelena knjiga Komisije EZ-a o javno-privatnom partnerstvu i pravu Zajednice o javnim ugovorima i koncesijama iz 2004. godine razlikuje ugovorno javno-privatno partnerstvo (engl. *contractual PPP*) kod kojeg je partnerstvo između javnog i privatnog sektora utemeljeno na ugovoru o javno-privatnom partnerstvu i institucionalno javno-privatno partnerstvo (engl. *institutional PPP*) koje obilježava suradnju privatnog i javnog sektora u okviru zasebnoga pravnog subjekta. Vidi u Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, Commission of the EC, Brussels, COM(2004) 327 final, str. 8., Gulija, B., op. cit., str. IV., Šinković, Z., Klarić, M., op. cit., str. 4.-5., Kranjc, V. et al., op. cit., str. 109-115., Vukmir, Branko, Novo pravno uređenje javno-privatnog partnerstva s posebnim osvrtom na podzakonske propise u Zakonu o JPP, Zbornik 47. susreta pravnika – Opatija 2009, Hrvatski savez udruga pravnika u gospodarstvu, Zagreb, 2009., str. 435.-436.

4 Zakon o javno-zasebnem partnerstvu, Uradni list RS, št. 127/06.

5 Ugovor o statusnom partnerstvu nije potreban u slučaju partnerstva s prodajom udjela, ako je

3.1. Nastanak statusnoga javno-privatnog partnerstva osnivanjem nove pravne osobe

Prvi oblik nastanka statusnoga javno-privatnog partnerstva u hrvatskom pravu jest osnivanje trgovačkog društva koje osnivaju javni i privatni partner. Pretpostavka za valjano osnivanje trgovačkog društva je sklapanje ugovora o ortaštvu između javnog i privatnog partnera, kojem je cilj osnivanje zajedničkoga trgovačkog društva, a radi provedbe projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 21. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).⁶ Sklapanju tog ugovora prethodi provedba postupka odabira privatnog partnera po odredbama Zakona o javno-privatnom partnerstvu i Zakona o javnoj nabavi. Ugovor o ortaštvu uređuje prava i obveze javnog i privatnog partnera u postupku osnivanja trgovačkog društva.

Od trenutka sklapanja društvenog ugovora, odnosno usvajanja statuta i preuzimanja svih dionica od strane osnivača do upisa trgovačkog društva u sudski registar primjenjuju se odredbe Zakona o trgovačkim društvima o predružstvu. Predružstvo predstavlja unutarnje društvo koje je nastalo sklapanjem društvenog ugovora i koje traje do upisa namjeravanoga trgovačkog društva u sudski registar. Ono omogućava poduzimanje odgovarajućih pravnih radnji i poslova u ime budućega trgovačkog društva u postupku osnivanja trgovačkog društva prije njegovog upisa u sudski registar. Na odnose između osnivača prije upisa trgovačkog društva u sudski registar primjenjuju se odredbe društvenog ugovora, odnosno statuta.⁷

Hrvatski zakonodavac ne postavlja nikakva ograničenja u vrsti trgovačkog društva koje osnivaju javni i privatni partner. Ipak, po uzoru na usporedno pravo valja zauzeti stajalište da to mogu biti samo društva kapitala u kojima osnivači ne odgovaraju za obveze društva. Zakon o javno-privatnom partnerstvu u čl. 21. st. 5. upućuje na primjenu odredaba Zakona o trgovačkim društvima i odredbi ugovora o ortaštvu na postupak osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva. Kada se radi o načinu osnivanja trgovačkog društva treba primijeniti simultano osnivanje dioničkog društva, odnosno društva s ograničenom odgovornošću, čime se jamči uspješnost osnivanja trgovačkog društva te očuvanje identiteta članova trgovačkog društva u osobi javnog i privatnog partnera.

U slovenskom se Zakonu o javno-privatnom partnerstvu u čl. 106. određuje da se nova pravna osoba statusnog partnerstva može osnovati u obliku trgovačkog društva kapitala⁸ ili u drugom pravno-organizacijskom obliku u kojem osnivači

pravna osoba koja je izdala udio već ovlaštena obavljati javnu službu (npr. javno poduzeće). Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 274-275. i 281.

6 Uredba o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu (NN 56/09) u čl. 3. određuje da se ugovoru o javno-privatnom partnerstvu, ako se projekt provodi po modelu statusnoga javno-privatnog partnerstva mora priložiti ugovor o ortaštvu.

7 O predružstvu vidi u Barbić, J., op. cit., str. 148.-174., Gorenc, Vilim et al., Komentar Zakona o trgovačkim društvima, RRIFplus, Zagreb, 2004., str. 12.-16.

8 Dioničko društvo ili društvo s ograničenom odgovornošću. Europsko dioničko društvo nije moguće koristiti kao pravnoorganizacijski oblik za ostvarenje statusnoga javno-privatnog partnerstva. To proizlazi iz namjene europskoga dioničkog društva za obavljanje djelatnosti

pravne osobe ne odgovaraju za obveze društva.⁹ Time je krug pravnih osoba, koje se mogu osnovati radi ostvarenja statusnog javno-privatnog partnerstva širi u slovenskom pravu, ali je ograničen na one pravne osobe u kojima osnivači ne odgovaraju za obveze društva. Ako se pravna osoba statusnog partnerstva osniva u pravnom obliku društva kapitala, primijenit će se odredbe slovenskoga Zakona o trgovačkim društvima.¹⁰ U slovenskom se pravu otvara mogućnost trećim privatnopravnim osobama da se u imovinsku strukturu izvoditelja statusnog partnerstva uključe sa svojim imovinskim ulozima. No, oni zauzvrat ne dobivaju dionice, odnosno poslovne udjele u zajedničkom trgovačkom društvu javnog i privatnog partnera ni ne stječu članska prava u novoosnovanom zajedničkom trgovačkom društvu (čl. 114. ZJZP). Takve treće osobe stječu određena imovinska prava u trgovačkom društvu, a pravni odnos između tih trećih osoba i zajedničkoga trgovačkog društva ima obveznopravni karakter. Te bi osobe imale pravni položaj tajnoga člana u tajnom društvu, dok bi se zajedničko trgovačko društvo pojavljivalo u ulozi poduzetnika u tajnom društvu.¹¹ Može se zaključiti da se kao osnivači zajedničkog trgovačkog društva mogu pojaviti samo javni i privatni partner, što se osigurava simultanim osnivanjem trgovačkog društva. U slovenskom se pravu ne zahtijeva obveza sklapanja ugovora o ortaštvu između javnog i privatnog partnera radi osnivanja zajedničkog trgovačkog društva, već se ta pitanja mogu urediti ugovorom o statusnom javno-privatnom partnerstvu (čl. 126.-127. i 129. ZJZP).¹²

na području više država članica EU-a, propisan je znatno viši minimalni iznos temeljnog kapitala (iznos od 120.000,00 eura, pa je ono namijenjeno za veće poslovne poduhvate) te su predviđeni posebni načini osnivanja toga društva, što ograničava krug mogućih osnivača europskoga dioničkog društva. Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 282.-284.

- 9 Npr. u obliku zavoda, ako je odgovornost osnivača isključena zakonom ili aktom o osnivanju, udruge ili zadruga.
- 10 Tako će se primjenjivati odredbe o zabrani izdavanja udjela ispod njihove nominalne vrijednosti, obvezi navođenja u statutu/društvenom ugovoru posebnih pogodnosti, troškova osnivanja te uloga u stvarima i pravima, reviziji osnivanja, posebnom režimu uplate udjela, ako društvo osniva samo jedna osoba, obvezi sastavljanja izvješća o osnivanju, sadržaju i opsegu revizije osnivanja, obvezi uplate uloga za preuzete dionice ili poslovne udjele, obvezi sudskoga registra da pri prijavi upisa osnivanja trgovačkog društva provjeri pravilnost provedenog postupka osnivanja te pretpostavkama odštetne odgovornosti osnivača i drugih osoba. Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 284.-286.
- 11 O pravnom položaju trećih privatnopravnih osoba koje imaju „nečlanske“ uloge u izvoditelju statusnog partnerstva vidi čl. 114.-123. slovenskoga Zakona o javno-privatnom partnerstvu te Kranjc, V. et al., op. cit., str. 303.-320.
- 12 Pritom se kritizira mogućnost da se pitanje načina upravljanja zajedničkog trgovačkog društva, unutarnja organizacija, sastav i ovlasti organa društva, način odlučivanja i odnosi između imatelja udjela i trećih privatnopravnih ulagatelja regulira ugovorom o statusnom javno-privatnom partnerstvu. Ta se pitanja uređuju društvenim ugovorom, odnosno statutom zajedničkoga trgovačkog društva. Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 328.-330.

3.2. Nastanak statusnoga javno-privatnog partnerstva stjecanjem udjela u postojećoj pravnoj osobi

Drugi način za nastanak statusnoga javno-privatnog partnerstva je stjecanje udjela u temeljnom kapitalu postojećeg trgovačkog društva od strane privatnog partnera. Privatni partner stječe poslovne udjele u postojećem trgovačkom društvu (javnom poduzeću) u kojem je jedini član do toga trenutka javni partner.¹³ U postojećem trgovačkom društvu privatni partner može steći dio postojećih udjela koje otuđuje javni partner ili može steći nove udjele u trgovačkom društvu koje ih izdaje u slučaju povećanja temeljnog kapitala.¹⁴ Na taj način u člansku strukturu postojećega trgovačkog društva uz javnog partnera stupa i privatni partner.¹⁵

Slovensko pravo u slučaju nastanka statusnoga javno-privatnog partnerstva stupanjem u člansku strukturu postojeće pravne osobe razlikuje dvije situacije. U slučaju nastanka statusnog partnerstva prodajom udjela privatni partner stječe članski položaj u pravnoj osobi, koja će po provedenom postupku postati izvoditelj statusnog partnerstva, ako mu javni partner proda i na njega prenese dio svog udjela koji mu pripada u postojećem javnom poduzeću ili drugoj pravnoj osobi, koja je nositelj posebnih ili isključivih prava ili javnih ovlasti (čl. 98. t. 2. ZJZP).¹⁶ U slučaju

13 Pod pojmom javnog partnera podrazumijevamo javna tijela koja su određena kao javni naručitelji sukladno čl. 3. st. 1. Zakona o javnoj nabavi (NN 110/07 i 125/08): 1. državna tijela Republike Hrvatske; 2. jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave; 3. pravne osobe koje su osnovane za određene svrhe radi zadovoljavanja potreba u općem interesu, koje nemaju industrijski ili trgovački značaj i ispunjavaju jedan od sljedećih uvjeta: a) da se u iznosu većem od 50% financiraju iz sredstava državnoga proračuna Republike Hrvatske ili sredstava područne ili lokalne samouprave ili drugih pravnih osoba iz t. 3., b) da nadzor nad poslovanjem tih pravnih osoba obavljaju državna tijela Republike Hrvatske, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili druge pravne osobe iz t. 3., c) da imaju skupštinu, nadzorni odbor ili upravu čijih više od polovice članova imenuju državna tijela Republike Hrvatske, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili druge pravne osobe iz t. 3.; 4. udruge koje je osnovalo jedno ili više tijela iz točke 1. i 2. ili jedna ili više pravnih osoba iz točke 3.

14 Zakon o javno-privatnom partnerstvu rabi u čl. 20. sintagmu „otkup vlasničkog udjela“ koja nije pravno utemeljena.

15 U slučaju kada privatni partner stječe određene udjele u postojećem trgovačkom društvu od javnog partnera, između njih se sklapa ugovor o prodaji te javni partner mora i prenijeti te udjele na privatnog partnera na način propisan Zakonom o trgovačkim društvima. Ako privatni partner stječe nove udjele u postojećem trgovačkom društvu, primijenit će se odredbe Zakona o trgovačkim društvima o redovnom povećanju temeljnoga kapitala trgovačkog društva. Nejasna je odredba čl. 21. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu koja određuje da se u slučaju uspostavljanja zajedničkoga trgovačkog društva iz čl. 20. Zakona mora sklopiti ugovor o ortaštvu. Ovo bi se moglo tumačiti da se taj ugovor mora sklopiti ne samo u slučaju osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva, već i u slučaju otkupa udjela u postojećem trgovačkom društvu. Vidi i čl. 3. Uredbe o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu.

16 Između javnog i privatnog partnera sklapa se ugovor o prodaji dijela udjela koji je temelj privatnom partneru za ulazak u članstvo pravne osobe. Javni partner potom mora i prenijeti udio na privatnog partnera s valjanim pravnim poslom. Npr. u slučaju dioničkoga društva javni partner prenosi dionice na privatnog partnera odgovarajućim pravnim poslom za prijenos dionica (ako se radi o dioničkom društvu koje je izdalo nematerijalizirane dionice, to će biti

nastanka statusnog partnerstva kupnjom udjela u osobi javnog ili privatnog prava, privatni partner na temelju upisa novih udjela, koje izdaje pravna osoba, preuzima obvezu uplate uloga u temeljni kapital pravne osobe, a pravna osoba (izdavatelj novog udjela) se obvezuje privatnom partneru (upisniku) izdati udjel koji mu daje članska prava (čl. 98. t. 3. ZJZP).¹⁷

4. PREDNOSTI I NEDOSTATCI PRIMJENE STATUSNOGA JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA

Osnovne prednosti primjene statusnoga javno-privatnog partnerstva očituju se mogućnosti javnog partnera da sudjelovanjem u organu zajedničkog društva u kojem svoja prava ostvaruju članovi društva (glavna skupština, odnosno skupština zajedničkog društva), odnosno organa vođenja poslova zajedničkog društva (uprava) zadržava visok stupanj nadzora nad razvojem i provedbom projekta javno-privatnog partnerstva, koji se tijekom vremena može prilagođavati novonastalim okolnostima. Statusno javno-privatno partnerstvo omogućava javnom partneru stjecanje iskustva u provedbi projekta javno-privatnog partnerstva koji je povjeren zajedničkom trgovačkom društvu, uz podršku privatnog partnera.¹⁸

Nedostaci statusnoga javno-privatnog partnerstva očituju se u dvojakoj ulozi javnog partnera, koji se pojavljuje u ulozi regulatora određene djelatnosti u javnom interesu, a s druge strane, nastupa i kao član zajedničkoga trgovačkog društva. Time se pojavljuje sukob interesa javnog partnera kao zaštitnika javnog interesa te interesa člana zajedničkog trgovačkog društva. Javni partner se nalazi u iskušenju da svoje regulatorne ovlasti prenese na polje članskih prava u zajedničkom trgovačkom društvu i tako članskim pravima osigura javni interes, čime dolazi u sukob s privatnim partnerom u zajedničkom trgovačkom društvu.¹⁹

nalog za preknjižbu u središnjem registru nematerijaliziranih vrijednosnih papira, odnosno predati ili indosirati dionice ako su izdane kao materijalizirani vrijednosni papiri). U društvu s ograničenom odgovornošću prijenos poslovnog udjela se obavlja ugovorom u obliku javnobilježničkog akta. Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 286-287.

17 Ovdje će se raditi o efektivnom povećanju temeljnog kapitala društava kapitala. Pritom je moguće da javni partner stječe novi udjel u izdavatelju koji je osoba privatnog prava ili da privatni partner stječe udjele u izdavatelju koji je osoba javnog prava (čl. 96. t. 3. ZJPZ). Članak 98. t. 3. ZJPZ-a određuje uži krug pravnih osoba u kojima se stječe udio. To mogu biti osobe javnog prava ili druge pravne osobe koje su nositelji posebnih ili isključivih prava ili javnih ovlasti.

18 Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, str. 18.

19 Javni partner svoju regulatornu funkciju ostvaruje u obliku donošenja ili izmjene općih pravnih akata (zakoni, uredbе, odluke i sl.). Stoga je pri uspostavi javno-privatnog partnerstva osobito značajno pitanje tko od partnera preuzima rizike promjene propisa koji utječu na provedbu projekta javno-privatnog partnerstva. Taj rizik u pravilu preuzima javni partner, budući da je to u njegovoj nadležnosti i privatni partner ne može utjecati na regulaciju javno-privatnog partnerstva. Stoga ugovori o javno-privatnom partnerstvu redovito sadržavaju odredbu kojom nositelj (izvoditelj) javno-privatnog partnerstva ima pravo na novčanu naknadu, ako

5. POSTUPAK USTANOVLJAVANJA STATUSNOGA JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA

Kao što je ranije naznačeno, ugovor o javno-privatnom partnerstvu po svojoj pravnoj prirodi pripada upravno-pravnom ugovorima. Javnopravni element ugovora dolazi do izražaja u postupku predlaganja i odobravanja projekta javno-privatnog partnerstva, izbora privatnog partnera, sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu te nadzora nad provedbom ugovora. U slučaju provedbe projekta javno-privatnog partnerstva u statusnom obliku potrebno je provesti postupak sukladno člancima 11.-14. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 21. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Nakon toga javno tijelo pokreće postupak izbora privatnoga partnera u skladu s čl. 15., primjenjujući kriterije iz čl. 17. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 21. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Nakon provedenoga postupka izbora privatnog partnera, javno tijelo i privatni partner sklapaju ugovor o ortaštvu radi osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva koje će biti nositelj provedbe projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 21. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Nakon toga javni i privatni partner pristupaju osnivanju zajedničkoga trgovačkog društva, sukladno odredbama Zakona o trgovačkim društvima. Sklopljeni ugovor o javno-privatnom partnerstvu s propisanim dodacima dostavlja se u Registar ugovora o javno-privatnom partnerstvu, koje vodi Agencija za javno-privatno partnerstvo (čl. 18. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Agencija ima ovlast nadzora nad provedbom projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 19. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).

5.1. Postupak predlaganja i odobravanja projekta javno-privatnog partnerstva

Javno tijelo ima obvezu Agenciji za javno-privatno partnerstvo (dalje: Agencija) dostaviti prijedlog projekta i popratnu dokumentaciju propisanu Uredbom o

se tijekom provedbe projekta javno-privatnog partnerstva izmijene propisi koji povećavaju standard kvalitete pružanja javne službe. Nositelj javno-privatnog partnerstva mora poštivati pozitivne propise i u tom slučaju osigurati višu kvalitetu izvođenja javne službe. U slučaju statusnoga javno-privatnog partnerstva javni partner povećanje razine kvalitete pružanja javnih usluga može ostvariti i u okviru svojih članskih prava u zajedničkom trgovačkom društvu (npr. predlažući da se dobit društva ne razdijeli između članova, već da se iskoristi za investicije u opremu koje će povećati razinu kvalitete pružanja javnih usluga). U tom slučaju nositelj javno-privatnog partnerstva nema pravo na novčanu naknadu za povećanje razine kvalitete pružanja javnih usluga, jer to nije određeno propisima. Vidi u Forum za javno-zasebno partnerstvo, *Oblike javno-zasebnih partnerstev*, <http://pppforum.si/>, 14. svibnja 2010., str. 3., Duraček, Renata, Drnovšek, Samo, Kolšek, Vasja, *Javno zasebno partnerstvo kot morebitna alternativa realizacije projektov inforamtizacije javnega sektorja, Dnevi slovenske informatike 2007*, Portorož, 11.-13. travnja 2007., str. 7., Commission of the EC, *Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP) (C (2007) 6661)*, Brussels, 2008., str. 8.-9.

kriterijima ocjene i odobravanja projekata JPP-a (NN 56/09), ukoliko taj prijedlog projekta ima obilježja javno-privatnog partnerstva opisanih u čl. 2. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 11. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Agencija potom ocjenjuje sadržaj prijedloga projekta sukladno kriterijima propisanim Uredbom o kriterijima ocjene i odobravanja projekata JPP-a (čl. 11. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Prethodno Agencija mora pribaviti suglasnost Ministarstva financija, te mišljenja nadležnoga resornog ministarstva i nadležnih tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave o financijskoj i razvojnoj opravdanosti prijedloga projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 11. st. 3.-5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁰

U roku koji ne može biti duži od 90 dana od dana zaprimanja prijedloga projekta i cjelokupne popratne dokumentacije, na temelju prethodno zatražene suglasnosti te mišljenja nadležnih tijela iz čl. 11. Zakona o javno-privatnom partnerstvu i vlastite ocjene o ispunjenosti svih kriterija sukladno odredbama čl. 11. st. 2. ovoga Zakona, Agencija donosi rješenje o odobrenju provedbe predloženog projekta po nekom od modela javno-privatnog partnerstva (čl. 12. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Prijedlog projekta stječe status projekta javno-privatnog partnerstva isključivo na temelju rješenja Agencije (čl. 12. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Ovo rješenje Agencije nije i odobrenje za stvarnu provedbu projekta, već se njime daje status projekta javno-privatnog partnerstva, a javni partner tada može pokrenuti postupak odabira privatnog partnera, uz prethodno donošenje odluke o provedbi projekta. Na temelju rješenja Agencije javno tijelo donosi odluku o provedbi projekta po nekom od modela javno-privatnog partnerstva (čl. 12. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Javno tijelo ima obvezu u roku od 2 godine od dana zaprimanja rješenja Agencije o odobrenju provedbe predloženog projekta pokrenuti postupak odabira privatnog partnera. Ako to ne učini, rješenje Agencije se stavlja izvan snage te se za isti prijedlog projekta mora ponovno pokrenuti postupak sukladno odredbama članaka 11.-12. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 12. st. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Agencija ima obvezu objave popisa odobrenih projekata javno-privatnog partnera

20 Agencija je od ministarstva nadležnog za financije dužna zatražiti suglasnost o sukladnosti prijedloga projekta s proračunskim projekcijama i planovima te fiskalnim rizicima i ograničenjima propisanim posebnim propisima, kao i o financijskoj i fiskalnoj održivosti prijedloga projekta (čl. 11. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Ona ima obvezu pribaviti od nadležnoga resornog ministarstva mišljenje o sukladnosti prijedloga projekta sa sektorskim razvojnim planovima i strategijama, odnosno propisima iz područja njegove nadležnosti (čl. 11. st. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Nadležna tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave dužna su Agenciji na njezin zahtjev dostaviti mišljenje o sukladnosti prijedloga projekta s planovima razvojne politike tih jedinica lokalne, odnosno područne (regionalne) samouprave (čl. 11. st. 5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Navedena tijela (Ministarstvo financija, resorno ministarstvo te nadležna tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave) dužna su traženu suglasnost, odnosno mišljenja dostaviti Agenciji u roku od 30 dana od dana kada im je dostavljen prijedlog projekta s cjelokupnom popratnom dokumentacijom (čl. 11. st. 6. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Vidi u Vukmir, B., op. cit., str. 439.-440.

(čl. 12. st. 5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²¹

Druga etapa u postupku ustanovljavanja statusnoga javno-privatnog partnerstva jest pribavljanje odobrenja za sukladnost dokumentacije za nadmetanje koje daje Agencija za javno-privatno partnerstvo. Javni partner, nakon što je donio odluku o provedbi projekta po modelu statusnoga javno-privatnog partnerstva, a prije pokretanja postupka odabira privatnog partnera obavezan je dostaviti Agenciji na ocjenu i odobrenje presliku dokumentacije za nadmetanje sa svim priložima (čl. 13. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Ta dokumentacija mora biti pripremljena sukladno Zakonu o javnoj nabavi (NN 110/07, 125/08)²² i Uredbi o kriterijima ocjene i odobravanja projekata javno-privatnog partnerstva (NN 56/09).²³ Agencija u roku, koji ne može biti duži od 30 dana od dana primitka cjelokupne dokumentacije, donosi rješenje o sukladnosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta (čl. 13. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁴ Javno tijelo postupak odabira privatnoga partnera može pokrenuti samo na temelju rješenja Agencije o sukladnosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta (čl. 13. st. 5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁵

21 Vukmir, B., op. cit., str. 440.

22 Dokumentacija za nadmetanje mora sadržavati oblik ponude, sadržaj ponude, rok valjanosti ponude, cijenu ponude, tehničke specifikacije (opise predmeta nabave), ugovorne odredbe i dokaze koje su gospodarski subjekti obvezni dostaviti uz ponudu radi ispunjavanja uvjeta za pravnu i poslovnu sposobnost, uvjeta o nekažnjavanju te uvjeta za financijsku sposobnost gospodarskog subjekta (čl. 55. st. 1. Zakona o javnoj nabavi).

23 Ukoliko je za provedbu projekta po modelu javno-privatnog partnerstva potrebna koncesija, sadržaj dokumentacije za nadmetanje mora biti usklađen i s propisima kojima se uređuje područje koncesija (čl. 12. st. 3. Uredbe). Uredba propisuje da dokumentacija za nadmetanje, izrađena prema Zakonu o javnoj nabavi, mora sadržavati i: a) prijedlog ugovora, b) upute za izradu financijskog modela, c) diskontnu stopu, d) prijedlog tablice podjele rizika (čl. 12. st. 4. Uredbe). Uz dokumentaciju za nadmetanje, javno tijelo je dužno dostaviti i popratnu dokumentaciju, a osobito: a) presliku odluke javnog tijela o provedbi projekta po modelu javno-privatnog partnerstva donesenu na temelju rješenja Agencije o odobrenju prijedloga projekta i b) popis članova projektnog tima, presliku odluke i dokumentaciju o odabiru savjetnika pri izradi dokumentacije za nadmetanje, ukoliko je u izradi dokumentacije za nadmetanje sudjelovao savjetnik (čl. 12. st. 5. Uredbe). Ukoliko dokumentacija za nadmetanje ne sadrži sve navedene elemente, javno tijelo će, na pisani zahtjev Agencije, dopuniti dokumentaciju za nadmetanje i dostaviti je Agenciji u roku od 30 dana (čl. 12. st. 6. Uredbe). Ako javno tijelo ne dopuni dokumentaciju u naknadnom roku, Agencija donosi zaključak o obustavi postupka ocjene i odobravanja dokumentacije za nadmetanje (čl. 12. st. 7. Uredbe).

24 Prilikom ocjene dokumentacije za nadmetanje Agencija može od Ministarstva financija zatražiti suglasnost, a od nadležnoga resornog ministarstva mišljenje o usklađenosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta (čl. 13. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Nadležna tijela dužna su traženu suglasnost, odnosno mišljenje dostaviti Agenciji u roku od 30 dana od dana zaprimanja cjelokupne dokumentacije za nadmetanje (čl. 13. st. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Vukmir upozorava na neusklađenost roka u kojem Agencija donosi rješenje o sukladnosti dokumentacije za nadmetanje i roka u kojem nadležna ministarstva moraju dati suglasnost, odnosno mišljenje o usklađenosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta, ako Agencija smatra potrebnim pribaviti njihovu suglasnost, odnosno mišljenja. Vidi u Vukmir, B., op. cit., str. 441.

25 Ako se postupak odabira privatnog partnera, pokrenut na temelju rješenja Agencije o

Treću etapu čini provedba postupka nadmetanja i odabira privatnog partnera koji pokreće javno tijelo na temelju pribavljenog pozitivnog rješenje Agencije o sukladnosti dokumentacije za nadmetanje sa odobrenim prijedlogom projekta (čl. 21. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Postupak izbora privatnog partnera provodi se sukladno odredbama Zakona o javnoj nabavi, uz odgovarajuću primjenu odredbi Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 15. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁶ Pri izboru privatnog partnera primjenjuju se kriteriji propisani Zakonom o javnoj nabavi (NN 110/07, 125/08) (čl. 17. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁷ Ukoliko provedba projekta javno-privatnog partnerstva podrazumijeva davanje koncesije, postupak izbora privatnog partnera provodi se sukladno propisima, kojima se uređuje postupak davanja koncesije, uz odgovarajuću primjenu članka 8. i 9. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 15. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).

Četvrtu etapu čini postupak odobravanja konačnoga nacrtu ugovora o javno-privatnom partnerstvu, nakon provedenog nadmetanja, a prije donošenja odluke o izboru privatnog partnera. Nadležno javno tijelo dužno je prije donošenja odluke o odabiru privatnog partnera dostaviti Agenciji na odobrenje konačni nacrt ugovora o javno-privatnom partnerstvu, uključujući priloge koji čine njegov sastavni dio, kao i pribaviti suglasnost ministarstva nadležnog za financije na konačni nacrt ugovora (čl. 14. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). U slučaju statusnoga javno-privatnog partnerstva ugovor o javno-privatnom partnerstvu mora imati u prilogu i ugovor o ortaštvu sklopljen između javnog i privatnog partnera (čl. 3. Uredbe o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu). Agencija je dužna u roku od 30 dana od dana primitka konačnoga nacrtu ugovora donijeti rješenje o suglasnosti na tekst nacrtu ugovora o javno-privatnom partnerstvu (čl. 14. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁸ Ugovor o javno-privatnom partnerstvu može biti sklopljen

sukladnosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta, ponavlja, dokumentacija za nadmetanje se mora dostaviti Agenciji na ponovnu ocjenu i odobrenje, sukladno odredbama čl. 13. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 13. st. 6. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).

- 26 Primjenjuju se odredbe Zakona o javno-privatnom partnerstvu o ugovoru o javno-privatnom partnerstvu (čl. 5. i 6.), trgovačkom društvu posebne namjene (čl. 8. i 9.), odobrenju Agencije o sukladnosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta (čl. 13.), odobrenju Agencije i suglasnosti Ministarstva financija na konačni nacrt ugovora o javno-privatnom partnerstvu (čl. 14.).
- 27 U primjeni kriterija za izbor privatnog partnera pod cijenom se podrazumijeva neto sadašnja vrijednost (dalje: NSV) koja se odnosi na ukupne troškove u ugovornom periodu (čl. 17. st. 2. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Za izračun NSV-a projekta javno-privatnog partnerstva primjenjuje se diskontna stopa (čl. 17. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Javno tijelo koje pokreće postupak javne nabave za odabir privatnog partnera, u dokumentaciji za nadmetanje određuje diskontnu stopu koju su ponuditelji dužni koristiti kod izračuna NSV-a u tom postupku (čl. 17. st. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).
- 28 Rješenje o suglasnosti na tekst nacrtu ugovora o javno-privatnom partnerstvu Agencija izdaje na temelju ocjene o sukladnosti nacrtu ugovora o javno-privatnom partnerstvu s dokumentacijom za nadmetanje i odredbama Uredbe o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu (čl. 14. st. 3. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).

samo na temelju rješenja Agencije i pribavljene suglasnosti ministarstva nadležnoga za financije na konačni nacrt ugovora (čl. 14. st. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).²⁹ Za sve izmjene i dopune sklopljenih ugovora o javno-privatnom partnerstvu, kojim se mijenjaju prava i obveze ugovornih strana, potrebno je provesti postupak sukladno odredbama čl. 14. Zakona o javno-privatnom partnerstvu (čl. 14. st. 5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).³⁰

- 29 Vukmir kritizira zakonsko rješenja da javni partner mora tražiti suglasnost Ministarstva financija i na konačni nacrt ugovora, kada je ono već dalo svoju suglasnost o financijskoj i razvojnoj opravdanosti prijedloga projekta javno-privatnog partnerstva u prvoj etapi. Odnosno Agencija može pozvati Ministarstvo financija da dade suglasnost o usklađenosti dokumentacije za nadmetanje s odobrenim prijedlogom projekta u drugoj etapi ustanovljavanja statusnog javno-privatnog partnerstva. Agencija bi trebala samostalno donositi odluku o odobrenju konačnoga nacrtu ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Vidi u Vukmir, B., op. cit., str. 442.
- 30 U slovenskom pravu postupak ustanovljavanja javno-privatnog partnerstva otpočinje, prije donošenja odluke o javno-privatnom partnerstvu, provedbom prethodnog postupka kojim se donosi odluka o izvedbi projekta javno-privatnog partnerstva ili odluka o završetku postupka (čl. 31. st. 1. ZJZP). Svrha je provedbe prethodnoga postupka, na temelju investicijskog elaborata, utvrditi ispunjenje gospodarskih, pravnih, tehničkih, ekoloških i drugih uvjeta za izvedbu projekta i ustanoviti odnos javno-privatnog partnerstva te utvrditi temeljne elemente javno-privatnog partnerstva za određenje sadržaja odluke i/ili akta o javno-privatnom partnerstvu (čl. 31. st. 2. ZJZP). Ocjenu gospodarske izvedivosti projekta ili programa obavlja javni partner (čl. 31. st. 3. ZJZP). U slovenskom pravu nije ustanovljena zasebna agencija za javno-privatno partnerstvo, već poslove praćenja, savjetovanja i sudjelovanja u izboru, vrjednovanju i provedbi projekata javno-privatnog partnerstva obavlja Ministarstvo financija RS, odnosno Sektor za javno-privatno partnerstvo u okviru Ministarstva. Ministarstvo financija sudjeluje u svim etapama nastanka i izvedbe javno-privatnog partnerstva, osobito pri provedbi javnog poziva i prikupljanju podnesaka te pri nadzoru izvedbe projekta javno-privatnog partnerstva. Ono vodi i registar projekata javno-privatnog partnerstva. Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 106.-107. Javni partner u pravilu jednom godišnje javnim pozivom poziva moguće promotore da dadu podneske o zainteresiranosti za izvedbu javno-privatnog partnerstva u područjima u kojima bi bili ispunjeni uvjeti za javno sufinanciranje privatnog projekta ili ako postoji interes za privatno ulaganje u javne projekte (čl. 32. st. 1. ZJZP). Javni poziv se može uputiti najkasnije po uključanju projekta u nacrt razvojnih programa jednom godišnje i inače u roku tri mjeseca od usvajanja proračuna (čl. 32. st. 2. ZJZP). Ovaj se poziv može uputiti i prije donošenja odluke o javno-privatnom partnerstvu (čl. 32. st. 3. ZJZP). Javni partner započinje prethodni postupak na vlastitu inicijativu ili na temelju podnesaka promotora o zainteresiranosti za izvedbu javno-privatnog partnerstva (čl. 34. st. 1. ZJZP). Promotori su pravne ili fizičke osobe koje imaju interes za izvedbu javno-privatnog partnerstva (čl. 34. st. 2. ZJZP). Promotori nisu nužno i budući privatni partneri. Javni partner mora podneske promotora razmotriti i donijeti odluku o podnescima u roku od 4 mjeseca od njihovog primitka, te u istom roku i provesti prethodni postupak (javni partner nije dužan pokrenuti prethodni postupak u zakonom određenim slučajevima) (čl. 34. st. 3. ZJZP). Predmet, prava i obveze javnog i privatnog partnera, postupak izbora privatnog partnera i druge elemente određenog odnosa javno-privatnog partnerstva mogu se urediti aktom o javno-privatnom partnerstvu (čl. 36. st. 1. ZJZP). Ovaj je akt obvezatan u slučaju ako izvoditelj javno-privatnog partnerstva stječe posebno ili isključivo pravo obavljanja gospodarske javne službe ili druge djelatnosti od javnog interesa, kada zakon radi osiguranja javnog interesa zahtijeva izdavanje koncesijskog ili drugog općeg akta (čl. 36. st. 2. ZJZP). Sadržaj akta o javno-privatnom partnerstvu mora biti, ovisno o sadržaju i prirodi javno-privatnog partnerstva, dovoljno općenit, kako ne bi bio prepreka pregovaranju javnog i privatnog partnera (čl. 39. st. 1. ZJZP). Odluku o javno-

5.2. Sklapanje ugovora o javno-privatnom partnerstvu i ugovora o ortaštvu

Nakon što je javni partner proveo postupak nadmetanja i pribavio rješenje Agencije i suglasnost Ministarstva financija na konačni nacrt ugovora, donosi odluku o izboru privatnog partnera (čl. 85. st. 1. Zakona o javnoj nabavi).³¹ Sljedeći korak je sklapanje ugovora o javno-privatnom partnerstvu te ugovora o ortaštvu između javnog partnera i privatnog partnera. Sklapanjem se ugovora o javno-privatnom partnerstvu uređuju i nastaju međusobna prava i obveze javnog i privatnog partnera u provedbi projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 5. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Uredbom o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu propisuju se bitni elementi koje mora sadržavati sklopljeni ugovor.³²

privatnom partnerstvu i akt o javno-privatnom partnerstvu moguće je donijeti i u obliku zajedničkog akta, ako su ispunjeni uvjeti za to (čl. 40. st. 1. ZJZP). Ako donošenje posebnog akta o javno-privatnom partnerstvu nije predviđeno, bitni elementi određenog odnosa javno-privatnog partnerstva i druga pitanja, koja moraju biti uređena propisom ili drugim općim aktom, određuju se u odluci o javno-privatnom partnerstvu (čl. 41. st. 1. ZJZP). Ako javni partner nema ovlasti donošenja propisa za uređivanje pojedinih pitanja, ta se pitanja na temelju javnog natječaja uređuju ugovorom o javno-privatnom partnerstvu (čl. 41. st. 2. ZJZP). Na temelju rezultata provedenoga prethodnog postupka, javni partner (vlada, predstavnički organ jedinice lokalne samouprave ili drugi javni partner, uz suglasnost osnivača ili na temelju zakonske ovlasti) donosi odluku o javno-privatnom partnerstvu kojom utvrđuje javni interes za zasnivanje javno-privatnog partnerstva i izvedbi projekta u određenom obliku javno-privatnog partnerstva (čl. 11. st. 1. i 2. ZJZP). Sljedeći korak je raspisivanje javnog natječaja na kojem se izabire izvoditelj javno-privatnog partnerstva, a koji mora biti objavljen u službenom glasilu RS (čl. 42. ZJZP). Ako se radi o statusnom javno-privatnom partnerstvu, uz objavu u službenom glasilu RS, potrebno je objaviti javni natječaj i u službenom glasilu EU-a (čl. 104. st. 1. ZJZP). Objava u službenom glasilu EU-a nije potrebna ako je cjelokupna vrijednost projekta statusnog partnerstva manja od 5.278.000,00 eura ili udio privatnog partnera ili svih privatnih partnera u pravnoj osobi (izvoditelju statusnog partnera) ne prelazi kontrolni udio po zakonu koji uređuje preuzimanje (čl. 104. st. 2. ZJZP). U postupku javnog natječaja se, u slučaju da partnerstvo ima karakter javne nabave ili koncesije, primjenjuju propisi Zakona o javnoj nabavi ili Zakona o gospodarskim javnim službama (čl. 43., 44., 100. i 103. ZJZP). Postupak javnog natječaja i izbora izvoditelja javno-privatnog partnerstva uređen je čl. 42.-65. ZJZP-a. Javni partner na temelju izvješća stručne komisije o vrjednovanju podnesaka kandidata koji su pristigli na javni natječaj, donosi odluku o izboru izvoditelja javno-privatnog partnerstva na temelju kojeg se sklapa ugovor o javno-privatnom partnerstvu (čl. 55. i 56. ZJZP). Prava i obveze koje proizlaze iz odnosa javno-privatnog partnerstva, nastaju trenutkom sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu (čl. 68. ZJZP).

- 31 Pravna zaštita u postupku odabira privatnog partnera provodi se sukladno Zakonu o javnoj nabavi (čl. 33. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Žalba se izjavljuje u roku deset dana, odnosno u roku od tri dana u postupcima nabave male vrijednosti, od dana primitka odluke o odabiru privatnog partnera. O njoj odlučuje Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave (čl. 134. i 147. Zakona o javnoj nabavi).
- 32 U čl. 2. st. 1. Uredbe o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu određuje da ugovor, čiji je predmet pružanje krajnjim korisnicima javnih usluga iz okvira nadležnosti javnog partnera, mora sadržavati najmanje sljedeće odredbe: 1. uvod, 2. ugovorne strane, 3. definicija pojmova, 4. svrha i predmet ugovora, 5. vrijeme na koje je ugovor sklopljen, 6. imovinska prava ugovornih strana, 7. podjela rizika i pripadajućih troškova, 8. financijska jamstva, 9. plaćanja ugovornih strana, 10. događaji koji mogu prouzročiti štetu i način postupanja ugovornih strana u slučaju

Ostala pitanja stranke slobodno uređuju ugovorom o javno-privatnom partnerstvu uz primjenu odredbi Zakona o obveznim odnosima. Ugovor o javno-privatnom partnerstvu mora biti sklopljen u pisanom obliku i na određeno vrijeme (čl. 6. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).³³ Javni partner ima obvezu dostaviti Agenciji sklopljeni ugovor o javno-privatnom partnerstvu sa svim priložima, kao i naknadne izmjene ugovora i svih priloga u rokovima koje odredi Agencija svojim Pravilnikom o ustroju i vođenju Registra te se upisuju u Registar koji vodi Agencija (čl. 18. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).³⁴ Agencija ima pravo nadzora

-
- njihova nastanka, 11. ugovorne kazne, 12. police osiguranja, 13. posljedice neispunjenja ugovornih obveza, 14. pravo nadzora javnog partnera, 15. viša sila, 16. prestanak ugovora, 17. zaštita okoliša, 18. slanje obavijesti tijekom ugovornog razdoblja, 19. zaštita intelektualnog vlasništva, poslovne tajne i tajnost podataka, 20. standardi kvalitete usluga, 21. podugovaranje, 22. rješavanje sporova proizašlih iz ugovora, 23. salvatorna odredba, 24. stupanje ugovora na snagu, 25. dodatke: standardi usluga, matrica podjele rizika, odluka o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja, izvod iz sudskog registra i statut privatnog partnera, jamstvo za izvršenje ugovora, jamstvo matične tvrtke za društvo posebne namjene, poslovni plan privatnog partnera. U slučaju da privatni partner preuzima obvezu projektiranja, gradnje i/ili rekonstrukcije javne infrastrukture i/ili građevine od javnog interesa, preuzimajući pritom i jednu ili više obveza, kao što su financiranje, upravljanje i održavanje, radi pružanja krajnjim korisnicima javne usluge iz okvira nadležnosti javnog partnera ili radi osiguravanja javnom partneru potrebnih preduvjeta za pružanje javnih usluga iz okvira njegovih nadležnosti, uz odredbe određene u st. 1. čl. 2. Uredbe, ugovor mora dodatno sadržavati najmanje još sljedeće odredbe: 1. financiranje i refinanciranje, 2. pravo obavljanja gospodarskih djelatnosti, ukoliko je obavljanje takvih djelatnosti bilo predviđeno u okviru provedbe odobrenog projekta javno-privatnog partnerstva, 3. dokaz o riješenim imovinsko-pravnim odnosima, 4. naknade za korištenje prava, 5. izrada projektne dokumentacije (glavni projekt), 6. inovacije i racionalizacije, 7. pribavljanje dozvola potrebnih za provedbu projekta, 8. građenje, 9. nadzor građenja, 10. upravljanje građevinom, 11. održavanje građevine, 12. prijenos vlasništva/posjeda po prestanku ugovora, 13. dodatke: presliku katastarskog plana sa zemljištem koje je predmet ugovora, zemljišnoknjižni izvadak, projektna dokumentacija, uvjeti korištenja i održavanja, financijski model, vremenski plan građenja (čl. 2. st. 3. Uredbe). Ukoliko je koncesija sastavni dio projekta javno-privatnog partnerstva, uz odredbe navedene u st. 1. i 2. čl. 2. Uredbe na obvezujući sadržaj Ugovora primjenjuju se i odredbe propisa kojima se uređuje područje koncesija (čl. 2. st. 5. Uredbe).
- 33 Ugovor se sklapa na razdoblje koje ne može biti kraće od 5 ni duže od 40 godina, uz mogućnost da se nakon isteka ugovorenog razdoblja sklopi novi ugovor uz odabir privatnog partnera sukladno čl. 15. Zakona o javno-privatnom partnerstvu.
- 34 Pravilnik o ustroju i vođenju Registra ugovora o javno-privatnom partnerstvu (NN 147/10). Sukladno čl. 4. st. 2. navedenoga Pravilnika javni je partner dužan dostaviti Agenciji radi upisa u Registar ispunjene obrasce prijave upisa, odnosno prijave promjene upisa te dokumentaciju propisanu Zakonom o javno-privatnom partnerstvu i ovim Pravilnikom. Obrasci kojima se obavlja prijava upisa ili prijava promjene upisa sastoje se od 4 dijela: a) obrazac 1. „Podaci o ugovoru“; b) obrazac 2. „Podaci o javnom partneru“; c) obrazac 3. „Podaci o privatnom partneru“ (obrazac 3.a „Podaci o Društvu posebne namjene“; obrazac 3.b „Podaci o Zajedničkom trgovačkom društvu“); d) obrazac 4. „Podaci o građevini“ (čl. 4. st. 3. Pravilnika). Javni je partner, uz sve ispunjene obrasce prijave upisa, dužan dostaviti Agenciji Ugovor o JPP-u sa svim dodacima i priložima, u izvorniku ili kao presliku ovjerenu pečatom javnog partnera, u roku od 30 dana od dana početka primjene ugovora (čl. 5. st. 1. Pravilnika). Uz ispunjene obrasce prijave promjene upisa prilaže se svaka izmjena i dopuna ugovora i dodataka, u izvorniku ili kao preslika ovjerena pečatom javnog partnera, u roku od 30 dana od dana nastanka promjene (čl. 5. st. 2. Pravilnika).

nad provedbom projekata javno-privatnog partnerstva sukladno Uredbi o nadzoru provedbe projekata javno-privatnog partnerstva (NN 56/09) (čl. 19. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).

Ako se projekt provodi po statusnom modelu javno-privatnog partnerstva, ugovoru o javno-privatnom partnerstvu se mora priložiti ugovor o ortaštvu, sklopljen radi provedbe projekta javno-privatnog partnerstva (čl. 3. Uredbe o sadržaju ugovora o javno-privatnom partnerstvu).³⁵ Ugovor o ortaštvu uređuje prava i obveze javnog i privatnog partnera u postupku osnivanja trgovačkog društva te se sklapa prije usvajanja društvenog ugovora, odnosno usvajanja statuta i preuzimanja svih dionica budućega trgovačkog društva.³⁶ Svrha sklapanja ugovora o ortaštvu je poduzimanje potrebnih radnji za osnivanje društva te je njegov cilj ostvaren osnivanjem trgovačkog društva. Ovaj ugovor ima karakter predugovora kojim se javni i privatni partner obvezuju sklopiti ugovor o osnivanju trgovačkog društva te mora sadržavati sve bitne elemente budućega društvenog ugovora, odnosno statuta.³⁷ Mora biti sklopljen u obliku predviđenom za sklapanje društvenog ugovora, odnosno statuta budućeg trgovačkog društva.³⁸ Na sadržaj ugovora o ortaštvu primjenjuju se odredbe Zakona o obveznim odnosima (čl. 21. st. 4. Zakona o javno-privatnom partnerstvu).³⁹

35 Kako je ugovor o ortaštvu sastavni dio ugovora o javno-privatnom partnerstvu, tako Agencija svojim rješenjem i Ministarstvo financija svojom suglasnošću na konačni nacrt ugovora o javno-privatnom partnerstvu, daju suglasnost i na ugovor o ortaštvu.

36 Postavlja se pitanje nužnosti sklapanja ugovora o ortaštvu, s obzirom na to da se sklapa i ugovor o javno-privatnom partnerstvu kojim je moguće urediti prava i obveze javnog i privatnog partnera u postupku osnivanja zajedničkog trgovačkog društva. Kritiku propisivanja obveze sklapanja ugovora o ortaštvu daje i B. Vukmir u radu Vukmir, B., op. cit., str. 443.

37 Ako javni ili privatni partner ne ispune svoje obveze iz ugovora o ortaštvu, protiv njega druga ugovorna strana može podnijeti tužbu i tražiti sklapanje društvenog ugovora, odnosno statuta, odnosno poduzimanje radnji potrebnih za osnivanje zajedničkoga trgovačkog društva u roku koji odredi sud. Vidi u Barbić, Jakša, Pravo društava – knjiga prva: opći dio, Organizator, Zagreb, 1999., str. 176.

38 To znači da ugovor o ortaštvu mora sadržavati sve bitne elemente koji su propisani Zakonom o trgovačkim društvima za društveni ugovor, odnosno statut određene vrste trgovačkog društva koja se osniva te biti sklopljen u propisanom pravnom obliku. Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 174.-177., Gorenc, Vilim et al., Komenar Zakona o obveznim odnosima, RRIFplus, Zagreb 2005., 374.-377.

39 U slovenskom pravu, na temelju izbora izvoditelja statusnog partnerstva, javni i izabrani izvoditelj statusnog partnerstva sklapaju ugovor o statusnom partnerstvu (čl. 126. st. 1. ZJZP). Na temelju tog ugovora javni partner prenosi na izabranog izvoditelja statusnog partnerstva izvođenje prava i obveza koja proizlaze iz javno-privatnog partnerstva. Ugovor o statusnom partnerstvu se sklapa neovisno od uobičajenog društvenog ugovora, odnosno statuta koji sklapaju javni i privatni partner radi uređenja njihovih međusobnih korporacijskih (članskih) prava u odnosu na izvoditelja statusnog partnerstva (npr. statusno javno-privatno partnerstvo s osnivanjem pravne osobe). Ako je predmet javno-privatnog partnerstva obavljanje gospodarske javne službe, sklapanje ugovora o statusnom partnerstvu se smatra stjecanjem koncesije gospodarske javne službe (čl. 126. st. 2. ZJZP). U čl. 127. ZJPZ-a uređuje se sadržaj ugovora o statusnom partnerstvu. U pogledu sklapanja ugovora o statusnom partnerstvu i sadržaja statusnog partnerstva, valjanosti ugovora i njegove jednostrane izmjene, prava i obveza javnog partnera i izvoditelja statusnog partnerstva, prijenosa i prestanka odnosa javno-

5.3. Osnivanje zajedničkoga trgovačkog društva

Javni i privatni partner sukladno odredbama ugovora o ortaštvu moraju pristupiti osnivanju zajedničkoga trgovačkog društva koje će biti nositelj projekta javno-privatnog partnerstva. Na zajedničko trgovačko društvo primjenjuju se odredbe Zakona o trgovačkim društvima o osnivanju i poslovanju trgovačkih društava te odredbe ugovora o ortaštvu (čl. 21. st. 5. Zakona o javno-privatnom partnerstvu). Zajedničko trgovačko društvo će se većinom osnivati u pravnom obliku dioničkih društava i društava s ograničenom odgovornošću, koja odlikuje primjena načela ograničene odgovornosti članova trgovačkog društva. Kada se

privatnog partnerstva odgovarajuće se primjenjuju odredbe Zakona o gospodarskim javnim službama, u dijelu koji se odnosi na koncesijske odnose. U slučaju da je predmet partnerstva i obavljanje gospodarske javne službe, Zakon o gospodarskim javnim službama se primjenjuje neposredno (čl. 127. st. 1. ZJZP). Obvezatni sastojci ugovora o statusnom partnerstvu jesu: 1. oblik i namjena statusnog partnerstva, 2. vrsta i visina te oblik i način zajedničkih sredstava i sredstava, koja se sufinanciraju, ili uložena posebna sredstva, 3. odnosi u vezi sa sredstvima koje ulaže javni partner i način vraćanja ili otkupa uložених javnih sredstava, 4. terminski plan upotrebe javnih sredstava, 5. način nadzora nad namjenskom upotrebom sredstava, 6. terminski plan i način izvođenja mogućih investicija te ispunjavanja drugih obveza, 7. model prava vlasništva na objektima i napravama u slučaju koncesija građenja, 8. uvjeti za predaju poslova podizvođačima, 9. izmjene u društvu statusnog partnera, o kojima se mora pribaviti suglasnost javnog partnera, 10. ugovorne kazne i razlozi za otkaz, raskid i poništenje ugovora i prava i obveze ugovornih strana u takvim slučajevima, 11. isključenje privatnog partnera, odnosno istup javnog partnera, 12. mogućnost ulaska u statusno partnerstvo (zamjena privatnog partnera u izvoditelju statusnog partnerstva), 13. uređenje statusnih odnosa u slučaju ostvarenja izlučnih prava (čl. 127. st. 2. ZJZP). Nezavisno o dogovorenom modelu prava vlasništva nad infrastrukturom, u slučaju stečaja ili drugog načina prestanka izvoditelja statusnog partnerstva, javni partner ima pravo, da za objekte i naprave, nakon plaćanja primjerenog dijela vrijednosti izlučene imovine u stečajnu masu, na tim objektima i napravama ostvaruje izlučno pravo (čl. 128. ZJZP). Ugovorom o statusnom partnerstvu može se, ako to primjereno ne određuje statut, društveni ugovor ili drugi akt o osnivanju izvoditelja statusnog partnerstva, odrediti i način upravljanja izvoditeljem statusnog partnerstva, njegovo unutarnje ustrojstvo, sastav i ovlasti njegovih organa, način odlučivanja i odnosi između imatelja udjela i privatnih ulagatelja koji nisu članovi izvoditelja statusnog partnerstva (čl. 129. ZJZP). Ova mogućnost da se ugovorom o statusnom partnerstvu uređuju pitanja korporativne strukture izvoditelja statusnog partnerstva nailazi na kritike među pravnim teoretičarima, budući da se ta pitanja uređuju aktom o osnivanju izvoditelja statusnog partnerstva, a koji se usvaja prije sklapanja ugovora o statusnom partnerstvu. Tako nastaje paralelizam odredbi kojima se uređuju unutarnji odnosi u izvoditelju statusnog partnerstva sadržanih u aktu o osnivanju i ugovoru o statusnom partnerstvu. Valja imati u vidu i primjenu kogentnih odredbi Zakona o trgovačkim društvima kada se radi o pojedinim vrstama trgovačkih društava, kao i osiguranju da sami osnivači izvoditelja statusnog partnerstva (javni i privatni partner) svoje unutarnje odnose u društvu uredе društvenim ugovorom, odnosno statutom. Vidi u Kranjc, V. et al., op. cit., str. 321.-330. Prema navedenom, razlike između hrvatskoga i slovenskoga prava pri ustanovljavanju statusnoga javno-privatnog partnerstva očituju se u strankama koje sklapaju ugovor o statusnom javno-privatnom partnerstvu, potrebi sklapanja ugovora o ortaštvu radi osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva, kao i trenutku osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva (u hrvatskom pravu nakon sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu, a u slovenskom pravu prije sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu).

radi o osnivanju zajedničkoga trgovačkog društva u pravnom obliku dioničkog društva valja primijeniti simultano osnivanje, koje je uređeno odredbama čl. 177.-190. Zakona o trgovačkim društvima (ZTD). Karakteristika je simultanog osnivanja da osnivači osnivaju društvo preuzimanjem svih dionica društva, usvajanjem i potpisivanjem statuta te izjavom da osnivaju dioničko društvo (čl. 177. st. 1. ZTD). Tako se osigurava da se kao osnivači i jedini članovi zajedničkoga dioničkog društva pojavljuju javni i privatni partner koji su prethodno sklopili ugovor o javno-privatnom partnerstvu i ugovor o ortaštvu. Javni i privatni partner usvajaju i potpisuju statut te preuzimaju sve dionice zajedničkoga trgovačkog društva.⁴⁰ Od tog trenutka nastaje preddruštvo koje traje do trenutka upisa dioničkog društva u sudski registar. Osnivači imaju obvezu uplate uloga za preuzete dionice sukladno čl. 179. st. 3.-5. ZTD-a.⁴¹ Time se osigurava formiranje temeljnoga kapitala zajedničkoga dioničkog društva i inicijalna sredstva za rad dioničkog društva.⁴² Sljedeća radnja osnivača je imenovanje prvoga nadzornog odbora i revizora društva, a nadzorni odbor imenuje prvu upravu. Uprava i nadzorni odbor imaju zakonom propisane ovlasti u preddruštvu, sve do upisa zajedničkoga dioničkog društva u sudski registar, kada postaju uprava i nadzorni odbor društva (čl. 180. ZTD). Osnivači imaju obvezu izraditi izvješće o osnivanju u kojem će navesti sve radnje koje su poduzeli za valjano osnivanje društva, kao i bitne okolnosti osnivanja (čl. 181. ZTD). Ovo se izvješće sastavlja nakon imenovanja prve uprave, a prije revizije osnivanja ako se ona provodi. Članovi uprave i nadzornog odbora moraju provjeriti provedeno osnivanje i to na temelju izvješća o osnivanju koje su sastavili osnivači (čl. 182. st. 1. ZTD). Kada je to zakonom propisano, nadležni trgovački sud imenuje jednog

40 Osnivači daju istodobno tri izjave: izjavu o usvajanju statuta, izjava o preuzimanju svih dionica i izjava o osnivanju dioničkog društva. Vidi u Barbić, Jakša, *Pravo društava*, Knjiga druga: *Društva kapitala*, Organizator, Zagreb, 2005., str. 138.

41 Prije upisa dioničkoga društva u sudski registar mora se, ako se ulozi uplaćuju u novcu, uplatiti najmanje četvrtinu najnižeg iznosa te dionice za koji se ona može izdati, bez obzira na to je li riječ o dionici u nematerijaliziranom obliku ili o dionici za koju se izdaje isprava o dionici, a ako se dionica izdaje za viši iznos od tog iznosa dionice i cijeli iznos koji prelazi taj iznos (čl. 179. st. 3. ZTD). Ako se dionica uplaćuje dijelom u novcu, a dijelom ulogom stvari, odnosno prava, prije upisa društva u sudski registar mora se u potpunosti uplatiti i onaj dio koji se ne uplaćuje ulaganjem stvari ili prava (čl. 179. st. 4. ZTD). Prije upisa društva u sudski registar ulog u stvarima i pravima mora se unijeti u cjelini. Ako se ulaganje stvari i prava sastoji u preuzimanju obveze da se društvu prenese neka stvar, ta se činidba mora ispuniti u roku od pet godina od upisa društva u sudski registar. Na stvari i pravu koji se unose kao ulog ne može se za tražbinu, koja se ne odnosi na predmet unosa, ostvarivati pravo zadržanja. To se na odgovarajući način primjenjuje i na uplate u gotovini. Vrijednost stvari, odnosno prava koje se ulaže mora odgovarati iznosu za koji se dionica izdaje (čl. 179. st. 5. ZTD).

42 Dodatna financijska sredstva zajedničko trgovačko društvo može prikupljati sklapanjem ugovora o tajnom društvu s pravnim i fizičkim osobama, a da pritom one ne postaju članovi zajedničkoga dioničkog društva. Druge mogućnosti su pribavljanje kapitala izdavanjem obveznica, uzimanjem kredita kod poslovnih banaka i sl. Tijekom poslovanja zajedničko dioničko društvo može donijeti odluku o povećanju temeljnog kapitala izdavanjem povlaštenih dionica bez prava glasa i tako prikupiti potrebna financijska sredstva od trećih osoba, ali da im se pritom ne omogući da izmijene dioničarsku strukturu zajedničkoga društva javnog i privatnog partnera.

ili više revizora osnivanja, kojima je zadatak ispitati radnje osnivanja dioničkog društva, kako bi se izbjegle nepravilnosti kojima se mogu okoristiti članovi uprave, nadzornog odbora ili osnivači te osiguralo formiranje temeljnog kapitala društva i zaštitili vjerovnici (čl. 182. st. 2. ZTD).⁴³ Nakon provedbe svih navedenih radnji društvo se mora upisati u sudski registar onoga suda na čijem je području sjedište društva. Prijavu za upis zajedničkoga dioničkog društva u sudski registar podnose svi članovi uprave i nadzornog odbora, odnosno svi izvršni direktori i članovi upravnog odbora društva (čl. 186. ZTD). Sud je dužan ispitati je li društvo uredno osnovano i sadržava li prijava zakonom propisani sadržaj te jesu li joj priložene propisane isprave (čl. 188. st. 1. ZTD).⁴⁴ Zajedničko dioničko društvo nastaje upisom u sudski registar, odnosno njegovo preddruštvo stječe pravnu osobnost. U slučaju osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva u pravnom obliku društva s ograničenom odgovornošću primijenit će se odredbe čl. 387.-397. ZTD-a.⁴⁵

- 43 Revizija osnivanja je obvezatna u sljedećim slučajevima: 1. ako je neki član uprave ili nadzornog odbora, odnosno izvršni direktor ili član upravnog odbora ujedno i osnivač društva, 2. ako su u osnivanju preuzete dionice za račun nekoga člana uprave ili nadzornog odbora, odnosno izvršnog direktora ili člana upravnog odbora, 3. ako je neki član uprave ili nadzornog odbora, odnosno izvršni direktor ili član upravnog odbora u osnivanju dobio posebnu pogodnost ili je za osnivanje, odnosno za pripremu osnivanja dobio obeštećenje ili naknadu, 4. ako je osnivanje društva bilo ulaganjem ili preuzimanjem stvari, odnosno prava, u tom slučaju se za procjenu vrijednosti stvari odnosno prava koristi nalazom nezavisnog stalnog sudskog procjenitelja odgovarajuće struke. Revizija osnivanja nije potrebna u slučaju ulaganja ili preuzimanja stvari, odnosno prava u slučajevima kada se u društvo unose: 1. vrijednosni papiri ili instrumenti tržišta novca ako se njihova vrijednost odredi kao ponderirana prosječna cijena uz koju se njima trguje na jednom ili više uređenih tržišta u posljednja tri mjeseca prije dana njihova stvarnog unošenja u društvo, 2. druge stvari i prava ako njihovu vrijednost procijeni nezavisan stalni sudski procjenitelj odgovarajuće struke prema općepriznatim načelima vrjednovanja uz priloženi elaborat o procjeni u kome je naveden dan na koji se odnosi procjena, koji nije stariji od šest mjeseci prije dana stvarnog unošenja stvari, odnosno prava u društvo (čl. 185 a st. 1. ZTD). Izuzeće od obveze revizije osnivanja neće se primijeniti ako su na ponderiranu prosječnu cijenu vrijednosnih papira ili instrumenata tržišta novca znatno utjecale izvanredne okolnosti ili ako se mora uzeti da je u elaboratu o procjeni utvrđena vrijednost stvari, odnosno prava na dan njihova stvarnog unošenja u društvo na temelju novih okolnosti, koje su kasnije postale poznate, bila znatno niža od one koju je utvrdio procjenitelj (čl. 185.a st. 2. ZTD).
- 44 Nadležni trgovački sud ispituje valjanost izjava koje su dane u postupku osnivanja društva (sadržaj, forma i ovlaštene osobe), točnost izvješća o osnivanju i izvješća o reviziji osnivanja te uplate uloga. Što se tiče sadržaja statuta registarski sud ispituje sadrži li statut obvezatne sastojke sukladno čl. 173. st. 3. ZTD-a i drugoga zakona kojim se propisuje njegov obvezni sadržaj, sadrži li odredbe protivne propisima koji isključivo ili pretežno služe zaštiti vjerovnika društva ili su inače doneseni u javnom interesu i sadrži li odredbe koje ga čine ništetnim (čl. 188. st. 4. ZTD). Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 205.-212.
- 45 Društvo s ograničenom odgovornošću može osnovati jedan ili više pravnih ili fizičkih osoba (čl. 386. ZTD). Zakon predviđa samo simultano osnivanje društva s ograničenom odgovornošću (čl. 387. st. 4. ZTD). Društvo se osniva na temelju ugovora kojega sklapaju osnivači (društveni ugovor), koji ga moraju potpisati i sklopiti u obliku javnobilježničkog akta ili privatne isprave koju potvrđuje javni bilježnik (čl. 387. st. 1. ZTD). Ako društvo osniva jedan osnivač, društveni ugovor zamjenjuje izjava osnivača o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću dana kod javnog bilježnika (čl. 387. st. 2. ZTD). U čl. 388. ZTD-a propisani su bitni sastojci društvenog ugovora, odnosno izjave o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću. Najniži iznos

temeljnog kapitala društva je 20.000,00 kn (čl. 389. st. 2. ZTD), a nominalni iznos poslovnog udjela ne može biti manji od 200,00 kn (čl. 390. st. 1. ZTD). Prije upisa društva u sudski registar svaki osnivač mora uplatiti najmanje četvrtinu uloga za preuzeti poslovni udio kojega uplaćuje u novcu, s tim da ukupni iznos svih uplata u novcu ne može biti manji od 10.000,00 kn (390. st. 2. ZTD). Ulog unošenjem u društvo stvari i prava mora se u cjelini unijeti prije upisa društva u sudski registar. Ako je vrijednost uloga u stvarima i u pravima u vrijeme podnošenja prijave za upis društva u sudski registar manja od vrijednosti uloga koji se time ulaže, razlika do visine tako izraženoga uloga mora se uplatiti u novcu (čl. 390. st. 3. ZTD). Na ulaganje stvari i prava odgovarajuće se primjenjuju odredbe ZTD-a o ulaganju stvari i prava u slučaju osnivanja dioničkog društva (čl. 390. st. 4. ZTD). Društvenim se ugovorom članovi društva mogu obvezati, pored uplate temeljnih uloga, na dodatne uplate novca ili ispunjenje drugih činidbi koje imaju imovinsku vrijednost. Te uplate, odnosno činidbe ne ulaze u temeljni kapital društva, već u rezerve kapitala društva s ograničenom odgovornošću (čl. 391. st. 1. ZTD). U društvenom ugovoru se moraju navesti posebne pogodnosti (čl. 392. ZTD) i naknade troškova osnivanja (čl. 393. ZTD) koje društvo daje članovima, odnosno osnivačima društva. Prijava za upis u sudski registar podnosi se nakon što se sklopi društveni ugovor, uplate ulozu u skladu sa zakonom i društvenim ugovorom i imenuju jedan ili više članova uprave društva, a ako društvo mora imati nadzorni odbor i nakon što se izabere taj odbor (čl. 394. st. 1. ZTD). Ako društvo osniva samo jedan osnivač, on mora prije podnošenja prijave dati primjereno osiguranje za to da će dio uloga u novcu koji nije uplaćen biti uredno plaćen (čl. 394. st. 2. ZTD). Sud je dužan ispitati je li društvo uredno osnovano, sadržava li prijava zakonom propisani sadržaj te jesu li joj priložene propisane isprave (čl. 395. st. 1. ZTD). Vidi u Barbić, J., op. cit., str. 1044.-1055. U slovenskom pravu će se u slučaju osnivanja zajedničkog trgovačkog društva – izvoditelja statusnog partnerstva u pravnom obliku dioničkog društva ili društva s ograničenom odgovornošću primjenjivati odredbe Zakona o javno-privatnom partnerstvu i Zakona o trgovačkim društvima (čl. 98. t. 1. i čl. 106. ZJZP). Zakon o javno-privatnom partnerstvu zabranjuje nastanak pravnog odnosa statusnog partnerstva u slučaju ako bi osoba koja bi mogla imati položaj javnog partnera taj položaj stekla u postupku koji se provodi zbog insolventnosti. To bi bilo u slučaju pretvaranja tražbina osobe (stečajnog vjerovnika), koja bi mogla imati položaj javnog partnera, u udio u pravnoj osobi (stečajnom dužniku), u slučaju prisilnog poravnanja, stečaja, odluka na temelju zakona koji uređuje financijsko poslovanje poduzeća ili drugih sličnih postupaka kojima je svrha ili posljedica prestanak pravne osobe (čl. 97. ZJZP). Kao osnivači zajedničkoga trgovačkog društva – izvoditelja statusnog partnerstva pojavljuju se javni i privatni partner. Treće privatnopravne osobe mogu ulagati svoju imovinu (nekretnine, pokretnine, prava, novac i sl.) u izvoditelja statusnog partnerstva, ali zauzvrat ne dobivaju dionice, odnosno poslovne udjele u izvoditelju statusnog partnerstva ni ne stječu članska prava u njemu (čl. 114. ZJZP). Mogućnost ulaganja nečlanskih uloga osoba privatnog prava mora objaviti javni partner ili izvoditelj statusnog partnerstva, a pri izboru osoba privatnog prava mora postupati sukladno s načelom transparentnosti i nediskriminacije (čl. 115. ZJZP). Osobe privatnog prava stječu ulagateljski udio koji im daje imovinska prava u izvoditelju statusnog partnerstva (pravo na udio u dobiti izvoditelja statusnog partnerstva, pravo na vraćanje svog uloga, pravo na primjereni udio u ostatku likvidacijske ili stečajne mase izvoditelja statusnog partnerstva) (čl. 116. st. 1. i 2. ZJZP). Ulagatelji sudjeluju i u snošenju gubitaka izvoditelja statusnog partnerstva, tako da se razmjerno smanjuje vrijednost njegovog uloga u odnosu na uložena sredstva i uloge imatelja udjela, osim ako ugovorom nije određeno drugačije (čl. 116. st. 3. ZJZP). Ulagateljski udio se može otuđiti ili nasljeđivati (moguće je zabraniti otuđenje, predvidjeti pravo prvokupa imatelja udjela ili drugih ulagatelja, odnosno dozvolu za nasljeđivanje udjela) (čl. 116. st. 5. ZJZP). Ulagatelj ima pravo na obaviještenost (pravo zahtijevati prijepis godišnjih financijskih izvješća, uvida u poslovne knjige i poslovnu dokumentaciju) (čl. 118. ZJZP). U svim slučajevima prestanka izvoditelja statusnog partnerstva, osim u slučaju stečaja, izvoditelj statusnog partnerstva mora sastaviti obračun s ulagateljem i u

6. ZAKLJUČAK

Statusno javno-privatno partnerstvo predstavlja jedan od oblika ustanovljavanja odnosa javno-privatnog partnerstva osnivanjem zajedničkoga trgovačkog društva, čiji su osnivači javni i privatni partner ili stjecanjem udjela privatnog partnera u temeljnom kapitalu postojećega trgovačkog društva, čiji je jedini član javni partner. Prednosti primjene statusnog javno-privatnog partnerstva očituju se mogućnosti javnog partnera da sudjelovanjem u organima zajedničkoga trgovačkog društva ostvaruje neposredan nadzor nad razvojem i provedbom projekta javno-privatnog partnerstva. Ono mu omogućava i stjecanje iskustva u provedbi projekta javno-privatnog partnerstva, koji je povjeren zajedničkom trgovačkom društvu, uz podršku privatnog partnera.

Osnovni prigovor pri sklapanju ugovora o javno-privatnom partnerstvu upućen je na složeni postupak predlaganja i odobravanja projekta javno-privatnog partnerstva koji produžuje razdoblje ostvarenja projekata javno-privatnog partnerstva. Ovlašt Agencije za javno-privatno partnerstvo osobito dolazi do izražaja pri davanju odobrenja javnom partneru na konačni nacrt ugovora o javno-privatnom partnerstvu. U slučaju osnivanja zajedničkoga trgovačkog društva, Zakon o javno-privatnom partnerstvu propisuje obvezu javnog i privatnog partnera da sklope ugovor o ortaštvu, kojim uređuju svoja prava i obveze u osnivanju zajedničkoga trgovačkog društva. Budući da je taj ugovor sastavni dio ugovora o javno-privatnom partnerstvu i za njega se pribavlja odobrenje Agencije na konačni nacrt ugovora.

Spomenuti postupak nije primjeren za projekte javno-privatnog partnerstva male vrijednosti i lokalnog značaja. Stoga bi bilo potrebno predvidjeti određene iznimke od primjene ovog složenog postupka sklapanja ugovora o javno-privatnom partnerstvu. Sklapanje ugovora o ortaštvu trebalo bi također prepustiti autonomiji javnog i privatnog partnera pri zasnivanju statusnoga javno-privatnog partnerstva te ga rezervirati za skupe i složene investicijske projekte.

Zakon o javno-privatnom partnerstvu trebao bi predvidjeti mogućnost ulaganja privatnih ulagatelja u imovinu zajedničkoga trgovačkog društva, a da pritom ti ulagatelji ne stječu položaj dioničara ili člana u zajedničkom trgovačkom društvu. Time se osigurava prikupljanje potrebnih financijskih sredstava za realizaciju projekta javno-privatnog partnerstva bez zadiranja u člansku strukturu zajedničkog trgovačkog društva.

novcu mu isplatiti procijenjenu vrijednost njegovog udjela (čl. 119. st. 1. ZJZP). Odnos između privatnopravnog ulagatelja i izvoditelja statusnog partnerstva uređuje se ugovorom o ulozima osoba privatnog prava (čl. 120. ZJZP). Ulagatelj ima pravo na raskid ugovora o ulogu i povrat vrijednosti svojeg uloga u slučaju promjene djelatnosti izvoditelja statusnog partnerstva, njegovih statusnih promjena, izmjena akta o osnivanju, statuta ili društvenog ugovora u dijelu koji bitno otežavaju ostvarenje interesa ulagatelja te zbog drugih osnovanih razloga (čl. 121. st. 1. ZJZP).

Summary

INSTITUTIONALISED PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP

An institutionalised public private partnership is a model of public private partnership based on the relationship between a public and a private partner aimed at establishing a joint undertaking. The institutionalised public private partnership is also established when the private partner acquires shares in the nominal capital of the existing company whose only member is the public partner. To establish the institutionalised public private partnership has its advantages, for example, the public partner has a possibility to maintain a direct control over realisation and implementation of a public private partnership project when participates in work of the bodies of the joint undertaking. In that way the public partner gains experience in realisation of public private partnership projects. The Croatian Act on Public Private Partnership prescribes a complex procedure to propose, approve and implement the public private partnership project with important role of the Agency for Public Private Partnerships. The provisions of the Public Procurement Act are of the most significance in selection procedure of the private partner. In case of establishment of institutionalised public private partnership, the public and private partners have an obligation to conclude a partnership contract which will govern their rights and duties in the process of establishing a joint undertaking.

Key words: institutionalised public private partnership, partnership contract, establishment of a joint undertaking.

Zusammenfassung

INSTITUTIONELLE ÖFFENTLICH-PRIVATE PARTNERSCHAFT

Institutionelle öffentlich-private Partnerschaft stellt eine Form der Aufstellung des öffentlich-privaten Verhältnisses durch Gründung gemeinsamer Handelsgesellschaft dar. Dabei sind die Gründer entweder der öffentliche Partner und Privatpartner, oder sie haben einen Grundkapitalanteil in der vorhandenen Handelsgesellschaft, deren einzelnes Mitglied öffentlicher Partner ist, vom Privatpartner erworben. Zu den Vorteilen der Anwendung der institutionellen öffentlich-privaten Partnerschaft zählt die Möglichkeit des öffentlichen Partners durch die Teilnahme an Organen der gemeinsamen Handelsgesellschaft unmittelbare Aufsicht über die Entwicklung und Durchführung des Projektes der öffentlich-privaten Partnerschaft zu üben. Weiterhin, gewinnt er dadurch an Erfahrung in der Durchführung von öffentlich-privaten Partnerschaften. Das kroatische Gesetz über öffentlich-private Partnerschaften sieht ein vielschichtiges Verfahren für Vorschlag,

Genehmigung und Durchführung von Projekten öffentlich-privater Partnerschaften. Dabei spielt die Agentur für öffentlich-private Partnerschaft eine wichtige Rolle. Bei der Wahl vom Privatpartner kommen die Bestimmungen des Vergabegesetzes zum Ausdruck. Im Fall von Gründung der institutionellen öffentlich-privaten Partnerschaft besteht die Pflicht den Vertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu schließen, welcher die Rechte und Pflichten des öffentlichen Partners und des Privatpartners im Verfahren der Gründung einer gemeinsamen Handelsgesellschaft regelt.

Schlüsselwörter: *Institutionelle öffentlich-private Partnerschaft, Vertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gründung gemeinsamer Handelsgesellschaft.*

Riassunto

PARTNERSHIP PUBBLICO-PRIVATA ISTITUZIONALE

La partnership pubblico-privata istituzionale rappresenta una forma di istituzione di collaborazione pubblico-privata, o mediante la costituzione di una società commerciale comune, i cui fondatori sono partner pubblici e privati, oppure mediante l'acquisizione da parte del partner privato di quota del capitale sociale di società commerciale già esistente detenuta da partner pubblico. I vantaggi dell'utilizzo della partnership pubblico-privata istituzionale sono evidenti; ad esempio v'è la possibilità per il partner pubblico di ottenere, mediante la partecipazione agli organi della società commerciale comune, un controllo indiretto sullo sviluppo e la realizzazione dei progetti della partnership pubblico-privata, come pure gli permette di acquisire esperienza nell'attuazione di progetti di partnership pubblico-privata. La legge croata sulla partnership pubblico-privata prevede un complesso procedimento di presentazione, autorizzazione e realizzazione dei progetti di partnership pubblico-privata, che riconosce un ruolo importante all'Agenzia per le partnership pubblico-privata. Nel procedimento di scelta del partner privato vengono in rilievo le disposizioni della legge sulla gara pubblica. In caso di costituzione di una partnership pubblico-privata esiste l'obbligo di conclusione di un contratto di consorzio, con il quale si regolano i diritti ed i doveri del partner pubblico e di quello privato nel procedimento di costituzione della società commerciale comune.

Parole chiave: *partnership pubblico-privata istituzionale, contratto di consorzio, costituzione di società commerciale comune.*

ZABRANJENI SPORAZUMI U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Dr. sc. Ana Pošćić, znanstveni suradnik
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK:339.137.2::061.1(4)
Ur.: 1. prosinca 2010.
Pr.: 18. siječnja 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Člankom 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije zabranjuju se svi sporazumi i druga koluzivna djelovanja među poduzetnicima koji ograničavaju tržišno natjecanje i utječu na trgovinu između država članica. Za primjenu zabrane nužno je ispuniti određene uvjete. Jedan od njih pretpostavlja kako mora postojati „sporazum“ između poduzetnika. Pod pojmom „sporazuma“ podrazumijevaju se sporazumi, odluke udruženja i bilo koji oblik usklađenog ponašanja poduzetnika.

U Ugovoru ne postoji definicija „sporazuma“ te ono svoje značenje dobiva kroz sudsku praksu. Budući da je iznimno teško razlikovati situacije u kojima poduzetnici inteligentno odgovaraju na reakcije svojih konkurenata od onih situacija u kojima svjesno djeluju sa znanjem o ponašanju drugog, važno je utvrditi neke zajedničke karakteristike u tumačenju pojma „sporazuma“. Zbog toga se u radu promatraju i analiziraju najvažnije odluke Komisije i presude sudova Europske unije te pokušava pronaći zajedničke parametre u njihovim promišljanjima.

Osobita se pozornost posvećuje kategoriji usklađenog djelovanja koja nastoji obuhvatiti sve one antikompetitivne prakse koje se ne mogu podvrgnuti pod definiciju sporazuma ili odluka koje usvajaju udruženja. Osobito je zanimljivo vidjeti što je s situacijama koje uključuju jednostrana postupanja.

Zaključuje se da se koncept „sporazuma“ kako se interpretira u sudskoj praksi, usmjerava na postojanje volje između najmanje dvije strane, pri čemu oblik u kojem se manifestira je nebitan sve dok postoji vjerno izražavanje namjere stranaka.

Ključne riječi: tržišno natjecanje, europsko pravo, sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika, usklađeno djelovanje.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Načelo slobodnog ugovaranja predstavlja temeljno načelo slobodnih tržišnih odnosa. Međutim, zabranjeno je sklapati sporazume koji na umjetan način mijenjaju uvjete slobodnog tržišnog natjecanja čime smanjuju broj dostupnih proizvoda i povisuju cijene.¹ Člankom 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU)² zabranjuju se svi sporazumi i druga koluzivna djelovanja među poduzetnicima koji ograničavaju tržišno natjecanje i utječu na trgovinu između država članica.

Čl. 101.³ glasi:

“1. Kao nespojivi sa zajedničkim tržištem, zabranjeni su svi sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu između država članica i koji za cilj ili učinak imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja unutar zajedničkog tržišta, a osobito oni kojima se:

neposredno ili posredno određuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti;

ograničavaju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja; dijele tržišta ili izvori nabave;

primjenjuju nejednaki uvjeti na iste ili slične poslove s različitim trgovačkim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;

sklapanje ugovora uvjetuje pristankom drugih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.

2. Svi sporazumi ili odluke zabranjeni na temelju ovog članka ništavi su.

3. Međutim, odredbe st. 1. mogu se proglasiti neprimjenjivima u slučaju:

svakog sporazuma ili vrste sporazuma između poduzetnika;

svake odluke ili vrste odluka udruženja poduzetnika;

svakog zajedničkog djelovanja ili vrste zajedničkog djelovanja,

koji pridonose poboljšanju proizvodnje ili distribucije robe ili promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka, pri čemu potrošačima omogućavaju pravedan udio u koristi koja iz njih proizlazi, te koji:

tim poduzetnicima ne nameću ograničenja koja nisu neophodna za postizanje ovih ciljeva; i tim poduzetnicima ne omogućavaju uklanjanje konkurencije u pogledu značajnog dijela proizvoda u pitanju.”

Struktura čl. 101., može se podijeliti u tri dijela: generalnu zabranu uz indikativnu listu mogućih primjera (st. 1.), pravnu posljedicu zabranjenog sporazuma

1 Van Bael, Ivo, Bellis, Jean-Francois, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Hag, 2005., str. 27.

2 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, O.J. 2010., C 83/01.

3 U tekstu se hrvatsko pravo tržišnog natjecanja neće posebno odvajati od europskog budući da je naše zakonodavstvo u tom segmentu usklađeno s europskim. Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN br. 79/09) odredbe o zabranjenim sporazumima sadrži u člancima 8., 9., 10. i 11.

ili klauzule ukoliko se može izdvojiti iz sporazuma (st. 2.) i iznimke od zabrane (st. 3.).

Člankom 101., zabranjuju se zajednička djelovanja poduzetnika koja štete postojećem ili potencijalnom tržišnom natjecanju, a u konačnici potrošačima. Ponašanje u kojem sudjeluje nekoliko poduzetnika uvijek je teže prepoznati i spriječiti za razliku od monopola. Ako djelovanje jednog poduzetnika koji je u vladajućem položaju šteti tržištu i negativno utječe na blagostanje, logično je da će slični učinci nastati i djelovanjem grupe poduzetnika koji usklađeno djeluju.⁴ Zabranjeni sporazumi su vrlo primamljivi za njihove sudionike jer ukoliko se sporazum uspješno primjenjuje ostvarena dobit će biti daleko veća od one koje bi poduzetnici postigli samostalnim djelovanjem. Najčešće je riječ o tajnim sporazumima, usklađenim djelovanjima ili različitim oblicima koluzije. Njima se nastoji ostale tržišne natjecatelje isključiti s tržišta čime im se otvara mogućnost povisivanja cijena i ostvarivanja dodatne dobiti. U konačnici potrošači su ti koji plaćaju više za proizvode i usluge slabije kvalitete.⁵ Idealna situacija za sudionike kartela bila bi u kojoj bi se skupina poduzetnika približila ponašanju poduzetnika u vladajućem položaju.⁶ Svjesna opasnosti za slobodno tržišno natjecanje Komisija je 2005. godine osnovala poseban odjel koji se bavi isključivo pitanjima kartela.⁷

Zabranjuju se sporazumi među poduzetnicima koji su najčešće stvarni ili potencijalni konkurenti i to bez obzira djeluju li na istoj razini proizvodnje ili na različitim razinama.⁸ Obuhvaćeni su horizontalni i vertikalni sporazumi.⁹

Za primjenu čl. 101., st. 1. UFEU bitno je utvrditi postojanje poduzetnika, sporazuma, cilj ili učinak sporazuma kojim se nastoji spriječiti, ograničiti ili ugroziti

4 Furse, Mark, *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 133.

5 Report on Competition Policy 2005., Brisel, SEC (2006) 761 final, str. 7., <http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2005/en.pdf>, internet stranica posjećena 21. 09. 2008.

6 Furse, M., op. cit., str. 135.

7 Report on Competition Policy 2005., str. 7.

8 Jones, Alison, Sufirin, Brenda, *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 101.

9 Kod nas je do sada Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja usvojila relativno maleni broj odluka vezanih uz ocjenu kartela. U razdoblju od 1997. do 2007. godine usvojeno je svega pet kartelnih odluka. Većina odluka se temeljila na postojanju izričitih dogovora između poduzetnika. Tako je, primjerice, u predmetu „Ortopedska pomagala“ bilo riječi o formalnom kartelu, odnosno o sporazumu o cijenama. (Odluka od 15. 12. 1997., klasa: UP/I-030-02/97-01/13, ur. broj: 580-03/97/25, Otto Bock Adria d.o.o., Samobor, objavljena u Glasniku AZTN-a, br. 1., prosinac 1999., str. 29. i 81-83. Za listu ostalih odluka koje nisu objavljene kao i više o njima vidjeti: Pecotić Kaufman, Jasminka, *Horizontalni sporazumi o cijenama u pravu tržišnog natjecanja*, doktorska disertacija, Zagreb, 2008., str. 207. i dalje). Slična je bila situacija u predmetu „Splitske autoškole“ gdje je postojao „Ugovor o cijeni autoškola za B kategoriju“ (Biserka - ST d.o.o., Auto škola Centar d.o.o. i dr., klasa UP/I-030-02/99-01/134, odluka od 19. 02. 2001., NN br. 18/01.). U novijem predmetu „Sporazum o razminiranju“ bila je riječ o sporazumu („protokolu“) koji su sklopili 17 poduzetnika koji se bave razminiranjem (Hrvatski centar za razminiranje protiv AKD - Mungos d.o.o. i dr., klasa UP/I/030-02/2004-01/95, odluka od 4. 10. 2005., NN br. 119/05.).

tržišno natjecanje kao i znatan utjecaj tog sporazuma na trgovinu, posebice na trgovinu među državama članicama.¹⁰ Prethodni elementi nisu određeni u UFEU, već njihov sadržaj tumači Europska komisija i sudovi Europske unije. Prema mišljenju doktrine i prakse glavni manjak odredbe je nedostatak preciznosti i jasnoće.¹¹

Iznimno je teško razlikovati situacije u kojima poduzetnici inteligentno odgovaraju na reakcije svojih konkurenata od onih situacija u kojima svjesno djeluju sa znanjem o ponašanju drugog.¹² Zbog toga je bitno utvrditi neke zajedničke karakteristike koje će pomoći u jasnom i uniformnom razumijevanju odredbe. Središnje pitanje rada predstavlja različiti oblici koluzije među poduzetnicima. Međutim, prije toga, radi jasnoće i lakšeg razumijevanja, pojasnit će se ostali elementi koji ulaze u polje primjene čl. 101. UFEU.

2. POJAM PODUZETNIKA

Člankom 101. UFEU zabranjuje se sporazumijevanje među poduzetnicima.¹³ Pojam poduzetnika nije definiran u UFEU. Nezavisni odvjetnik Jacobs u svojem mišljenju na slučaj *Albany* navodi kako «koncept poduzetnika ostvaruje dvostruku svrhu. S jedne strane - i ta je funkcija uočljivija - omogućuje utvrđivanje kategorije pravnih subjekata na koje se primjenjuju pravila tržišnog natjecanja..... S druge strane, omogućuje definiranje subjekta kojemu se određeno ponašanje može pripisati».¹⁴

10 Jones, A., Sufirin, B., op. cit., str. 102. i 103.

11 Za pregled najvažnijih mišljenja vidjeti Odudu, Okeoghene, *The Boundaries of EC Competition Law, the Scope of Article 81.*, Oxford University Press, Oxford, 2006., str. 4.

12 Furse, M., op. cit., str. 147.

13 O problemima prilikom određivanja pojma poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja vidjeti Wils, Wouter, P.J., *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, *European Law Review*, vol. 25., 2000., str. 99-115. i Pošćić, Ana, *Pojam poduzetnika u europskom pravu tržišnog natjecanja*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 29., br. 2/08., str. 917-939.

14 Činjenice slučaja: Nizozemski sud je uputio prethodna pitanja o interpretaciji čl. 101., 102. i 106. UFEU. Pitanja su se javila u postupku koji je pokrenuo *Albany*, poduzetnik koji se bavio tekstilnom industrijom, protiv Fonda tekstilne industrije. Bilo je riječi o dopunskom mirovinskom fondu. U tekstilnoj industriji plaćanje doprinosa u fond je bilo obavezno. *Albany* je tijekom 1989., odbio platiti doprinose pozivanjem na okolnost kako je obvezno članstvo u Fondu utvrđeno vladinom uredbom protivno čl. 3. t. g Ugovora o EZ (u UFEU čl. je ukinut) i čl. 101., 102. i 106. UFEU. *Albany* je smatrao kako se njega treba izuzeti od obveze plaćanja doprinosa fondu jer je ono još 1981. sklopilo sporazume s osiguravajućim društvom o dopunskom plaćanju doprinosa za mirovine. Kasnije, 1989., Fond mijenja svoju shemu prema kojoj se u praksi primjenjuje ista politika koju je već *Albany* prakticirao. Naime, radnik je nakon 40 godina radnog staža dobivao iznos koji je predstavljao 70% zadnje plaće. Kada je pitanje upućeno Europskom sudu, najprije je raspravljao o ekonomskoj funkciji koju fond vrši. Sud je našao da u ovom slučaju fond predstavlja poduzetnika jer je obvezatna pripadnost fondu, sustavom se nastojalo nadopuniti malu zakonsku mirovinu i nije bitno to što fond ne ostvaruje dobit. Iako je fond obavljao socijalnu ulogu ipak je bila riječ o ekonomskim aktivnostima. *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, br. C-67/96 od 21. 09. 1999., ECR 1999., str. I-5751.

Komisija u odluci *Polypropylene* izričito razlikuje poduzetnika u smislu pravila tržišnog natjecanja i poduzetnika u okviru trgovačkog ili poreznog prava.¹⁵ Europski sud i Komisiju ne zanimaju oblik u kojem je osnovan poduzetnik. Primjenjuje se, tzv. funkcionalni pristup. Svaki subjekt uključen u ekonomsku aktivnost¹⁶ bez obzira na pravni status i način financiranja¹⁷ smatra se poduzetnikom. Utvrđuje se djelatnost koju poduzetnik obavlja bez obzira na formu. Pozornost se usmjerava na aktivnost i funkciju poduzetnika. Prema Odudu, bitno je utvrditi što čini ekonomsku aktivnost, a ne tko se smatra poduzetnikom.¹⁸ Nije važan pravni status sudionika sporazuma niti način financiranja, već činjenica sudjeluje li subjekt u prometu robe i usluga na tržištu. Budući da se pojam poduzetnika vrlo široko tumači, moguća je situacija da se jedan aspekt djelatnosti određenog subjekta smatra poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja, dok su druge aktivnosti izvan polja primjene.¹⁹

Za utvrđenje ekonomske aktivnosti važno je pokazati postojanje tri elementa: poduzetnik mora nuditi dobra ili usluge na tržištu, snositi ekonomski ili financijski

15 U tom slučaju bila je riječ o dugogodišnjem kartelu u petrokemijskoj industriji. Komisija je utvrdila kako je 15 poduzetnika sudjelovalo u okvirnom sporazumu prema kojem su se određivale cijene i volumeni prodaje. Kartel temeljen na zajedničkom i detaljnom planu smatrao jednim sporazumom u smislu pravila tržišnog natjecanja. 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 - Polypropylene), OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66., točka 99. i vidjeti Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 107. i 133.

16 Vidjeti Mancero-Bucheli, Gabriela, *Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law, International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47., br. 1/98., str. 149-173.

17 Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macrotron GmbH, br. C-41/90 od 23. 04. 1991., ECR 1991., str. I-1979., točka 21. Činjenice slučaja: Prema njemačkom pravu o promociji zapošljavanja, javna agencija je imala monopol u zapošljavanju. Pored toga, Zakon je dopuštao privatnim agencijama zapošljavanje poslovnih direktora. Spor je nastao između privatne agencije i poduzetnika za kojeg je agencija tražila zaposlenike. Njemački sud je smatrao kako ishod spora ovisi o europskom pravu i posebno je li javna agencija zlorabila svoj monopolski položaj, a prije svega je li u tom slučaju riječ o poduzetniku. Sud je utvrdio kako će se agencija za zapošljavanje smatrati poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja.

18 Odudu, O., op. cit., str. 25.

19 Nezavisni odvjetnik je u mišljenju povodom slučaja *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* smatrao kako je koncept poduzetnika relativan te se pravni subjekt može smatrati poduzetnikom u smislu određenih aktivnosti, dok ostale mogu biti izvan pravila tržišnog natjecanja. Aktivnosti koje subjekti vrše u okviru javne vlasti su izvan primjene pravila tržišnog natjecanja bez obzira što je riječ o ekonomskim aktivnostima (čl. 106. st. 1. UFEU). Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa od 17. 05. 2001. na predmet C-475/99. Činjenice slučaja: u Njemačkoj je pružanje ambulantskih medicinskih usluga regulirano tako što se razlikuje hitna pomoć i prijevoz pacijenta. Hitni transport je u saveznoj pokrajini Reinland Pfaltz bio povjeren dvjema medicinskim organizacijama koje su također obavljale uslugu prijevoza pacijenata. Ambulanz Glöckner je prije obavljao uslugu transporta i kada je tražio obnavljanje svoje dozvole dvije medicinske agencije su se tome protivile. Medicinska udruženja pružaju naplatne usluge na tržištu hitnih transportnih usluga i usluga transporta pacijenata. Ambulanz Glöckner je pružao obje vrste aktivnosti koje su ekonomskog karaktera i smatraju se poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja. *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, br. C-475/99 od 25. 10. 2001.

rizik i imati mogućnost ostvarivanja profita.²⁰

Pomoć u tumačenju prvog kriterija Europski sud je pronašao u bogatoj sudskoj praksi u području slobode kretanja robe i usluga. Bez obzira na institucionalnu formu u kojoj poduzetnik posluje, prvi kriterij će biti ispunjen ukoliko poduzetnik nudi dobra ili usluge na tržištu. Za Europski sud nije važno djeluje li poduzetnik u okviru javne vlasti. Ukoliko subjekt vrši ekonomsku djelatnost smatrat će se poduzetnikom.²¹ U predmetu *AAMS*, bila je riječ o javnom poduzetniku za kojeg je Sud utvrdio kako obavlja ekonomsku aktivnost jer nudi dobra i usluge na tržištu proizvodnje duhanskih proizvoda.²²

Prilikom definiranja pojma poduzetnika važno je utvrditi snosi li ono neki oblik ekonomskog ili financijskog rizika. U predmetu *Wouters*²³ javilo se pitanje smatra li se odvjetnička komora poduzetnikom u smislu pravila tržišnog natjecanja. Presudni je faktor bio što komora sama za svoje aktivnosti snosi financijski rizik.²⁴ Izvan polja primjene su zaposlenici jer na njima ne leži rizik za poslovanje poduzetnika.²⁵ Međutim, pravilo se neće primjenjivati ako zaposlenik obavlja samostalnu djelatnost.²⁶

Ako poduzetnik djeluje na tržištu na kojem nudi dobra i usluge, pri čemu snosi financijski rizik, normalno je da očekuje određeni profit. Sasvim je nebitno ostvaruje li doista profit i koji su motivi iza njega.²⁷ Nezavisni odvjetnik predlaže primjenu testa koji će odgovoriti na pitanje može li upitnu ekonomsku aktivnost obavljati privatni poduzetnik u cilju ostvarenja profita.²⁸

20 Odudu, O., op. cit., str. 26.

21 O poteškoćama oko definiranja pravnog statusa javnih tijela i tijela koje obavljaju javne funkcije vidjeti Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 110. i dalje.

22 Komisija je pokrenula postupak protiv Italije jer je Italija propustila obavijestiti Komisiju o tijelu Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato čime je povrijedila obavezu iz Direktive 80/723 od 25. 6. 1980. godine o transparentnosti financijskih odnosa među državama članicama i javnih poduzetnika. *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, br. 118/85 od 16. 06. 1987., ECR 1987., str. 2599., točka 3.

23 Na ovaj predmet se pozvala Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u odluci „Nakladnici“ kada je morala utvrđivati je li Hrvatska udruga poslodavaca poduzetnik. Utvrdila je da u konkretnom slučaju HUP nije sudjelovao u prometu robe i usluga obavljajući gospodarsku djelatnost te se ne može smatrati poduzetnikom (klasa: UP/030-02/2008-01/72, ur. broj: 580-02-010-63-134, odluka od 25. 03. 2010., dostupna na <http://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/TN/UPI-030-022008-01072.pdf>).

24 *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van*, br. C-309/99 od 19. 02. 2002., točka 49.

25 Vidjeti presudu *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, br. C-67/96 od 21. 09. 1999., ECR 1999., str. I-5751.

26 *Commission Decision of 26 July 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.996 - Reuter/BASF)*, OJ L 254 od 17. 09. 1976., str. 40-50. U ovoj odluci zaposlenik je prodavao dionice društva koje je osnovao i čiji je bio upravitelj.

27 Vidjeti presudu *Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 3125. U toj presudi je riječ o zahtjevu za poništenje odluke Komisije koju je donijela protiv neprofitnog belgijskog i nizozemskog udruženja proizvođača duhana.

28 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacobsa od 22. 05. 2003. na spojene predmete br. C-

Pojam poduzetnika vrlo se široko tumači. Tako je Europski sud u određenim slučajevima proglasio pojedince, sportska²⁹ i poljoprivredna udruženja³⁰ poduzetnikom. Poseban problem predstavljaju osobe koje obavljaju slobodna zanimanja. Prvobitno se smatralo kako se na njih ne mogu primjenjivati pravila tržišnog natjecanja. Međutim, Komisija kasnije mijenja mišljenje te proglašava operne pjevače,³¹ carinske zastupnike³² i odvjetnike poduzetnicima.

Može se zaključiti kako za utvrđenje pojma poduzetnik Komisija i Sud polaze od aktivnosti koju poduzetnik obavlja. Naglasak je na ekonomskom karakteru pri čemu se uzima u obzir činjenica nudi li subjekt dobra ili usluge na tržištu, odnosno snosi li rizik.

3. POJAM OGRANIČENJA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Pojam ograničenja tržišnog natjecanja usko je vezan uz temeljne ciljeve Europske unije usmjerene na uspostavu zajedničkog tržišta.³³ U svojim prvim presudama povodom povrede prava tržišnog natjecanja, Europski sud se poziva na uvodne, temeljne odredbe Ugovora te istaknuo kako svaki ugovor, koji nastoji podijeliti tržište, dovodi u pitanje temeljna načela Zajednice. U preambuli UFEU i kasnije u tekstu etabliano je načelo uspostave zajedničkoga tržišta. Europski sud smatra kako je i cilj čl. 101. usko vezan uz taj kontekst.³⁴ U slučaju *Grundig*, Komisija je osudila ekskluzivne distribucijske ugovore kao one koji dijele nacionalno tržište. Sporazum svojim učinkom mora utjecati na tržišno natjecanje u tolikoj mjeri da se s određenom vjerojatnošću mogu očekivati negativni učinci.

Cilj ili učinak sporazuma mora biti usmjeren na sprječavanje, ograničavanje ili ugrožavanje tržišnog natjecanja. Stranke su slobodne sklapati bilo kakve sporazume, ali sve do onog trenutka dok takva ponašanja ne utječu na tržišno natjecanje. Pojam,

264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01 AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen e.V., Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft, Krankenkasse V Ichthyol-Gesellschaft Cordes (C-264/01) Mundipharma GmbH (C-306/01) Gödecke Aktiengesellschaft (C-354/01) Intersan (C-355/01) od 16. 03. 2003., točka 28.

29 Vidjeti 2000/12/EC: Commission Decision of 20 July 1999 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case IV/36.888 - 1998 Football World Cup), OJ L 5 od 08. 01. 2000., str. 55-74.

30 Vidjeti *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovvaeselskab AmbA*, br. C-250/92 od 15. 12. 1994., ECR 1994., str. I-5641.

31 78/516/EEC: Commission Decision of 26 May 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.559 - RAI/UNITEL), OJ L 157 od 15. 06. 1978., str. 39-41.

32 Commission Decision of 30 June 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty (IV/33.407 - CNSD), OJ L 203 od 13. 08. 1993., str. 27-33.

33 O tome više Cerulli Irelli, Vittorio, Article 81(1) EC: Some Remarks on the Notion of Restriction of Competition, *European Business Law Review*, vol. 20., 2009, str. 287-306.

34 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, spojeni predmeti br. 56 i 58-64 od 13. 07. 1966., ECR 1966., str. 340.

cilj ili učinak tumače se zajedno. Kada se utvrdi postojanje jednog nije potrebno dokazivati drugo.³⁵ Uvjeti su postavljani alternativno. U procjenjivanju nije relevantna niti namjera stranaka jer bez obzira što one možda nisu imale namjeru ograničiti tržišno natjecanje restriktivni učinci mogu ipak nastati. Potrebni su neki standardi koji će pomoći u procjenjivanju.³⁶ Tako je u novijoj odluci Komisije koju je potvrdio i Opći sud, navedeno kako prema ustaljenoj sudskoj praksi nije potrebno dokazivati učinke na tržišno natjecanje kada je već utvrđeno kako ponašanje ima cilj ograničenja natjecanja.³⁷ U presudi *Ulm* Europski sud je naveo kako je najbitnije utvrditi koji je ekonomski cilj sporazuma, a tek kada se utvrdi nesklad s pravom tržišnog natjecanja, ispitati učinke sporazuma.³⁸ Jedan od mogućih pristupa je uspoređivanje tržišta prije i nakon sklopljenog ugovora što je moguće samo kada se utvrde sudionici restriktivne prakse i njihov međusobni odnos.³⁹

4. UTJECAJ NA TRGOVINU MEĐU DRŽAVAMA ČLANICAMA

Posljednji element koji je nužan za primjenu čl. 101. je utjecaj na trgovinu među državama članicama. Pod pojmom trgovine podrazumijevaju se sve ekonomske aktivnosti koje se odnose na dobra ili usluge. Važnost pravilnog definiranja utjecaja na trgovinu dobilo je na značaju nakon usvajanja Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana čl. 101. i 102. UFEU (dalje Uredba 1/2003).⁴⁰ Nacionalne agencije i sudovi pored svojeg zakonodavstva ne smiju zaboraviti i na europsko pravo tržišnoga natjecanja. Pojam utjecaja na trgovinu među državama članicama dovodi se u vezu s potrebom integracije cjelokupnog tržišta.

Pitanje je gdje prestaje ingerencija Unije i počinje se primjenjivati nacionalno pravo tržišnoga natjecanja. Europski sud je to jasno pokazao u prethodno spomenutoj presudi *Grundig* gdje je naveo kako je najvažnije utvrditi ima li sporazum stvarni ili potencijalni, posredni ili neposredni utjecaj na trgovinu među državama članicama čime onemogućava postizanje cilja jedinstvenog tržišta među državama članicama. Najprije treba gledati sporazum u cjelini. Ako se utvrdi kako sporazum utječe na trgovinu država članica tada će se čl. 101. primjenjivati na sve klauzule bez obzira što možda pojedine klauzule nemaju takav utjecaj. Ispituju se predvidljivi učinci sporazuma, a ne istinska namjera strana. Čija je bila inicijativa za sklapanje takvog sporazuma nije od značaja. Utvrđuju se ciljevi koje određeni sporazum ostvaruje u

35 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 158.

36 Odudu, Okeoghene, *Interpreting Article 81(1): Demonstrating Restrictive Effect*, *European Law Review*, vol. 26., br. 3/01., str. 261-274.

37 Vidjeti spojene predmete *Brasserie nationale SA*, br. T-49/02 do T-51/02 od 27. 07. 2005.

38 *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, br. 56/65 od 30. 06. 1966., ECR 1966., str. 235., točka 375.

39 Odudu, O., *Interpreting Article...*, op. cit., str. 261-274.

40 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1 od 04. 01. 2003., str. 1-25.

svjetlu ekonomskoga konteksta u kojem se on primjenjuje.⁴¹

Čak i kada se sporazum primjenjuje samo na području jedne države članice njegove posljedice se mogu osjetiti u drugim državama.⁴² Utjecaj na trgovinu se ispituje uzimajući u obzir sve čimbenike koji sami za sebe nisu odlučujući. Tako su stranke u slučaju *Vereeniging* tvrdile kako se preporučene cijene cementa ne primjenjuju na izvoz te time ne postoji nikakav utjecaj na trgovinu. Europski sud je potvrdio kako time ipak dolazi do dijeljenja tržišta po nacionalnim linijama i kako je proizvođačima i prodavateljima iz drugih zemalja time teže ući na takvo tržište.⁴³ Odgovarajućom analizom tržišnih uvjeta prije i poslije ograničenja može se utvrditi predstavlja li ograničenje pozitivan učinak na tržišno natjecanje ili je riječ o negativnom učinku pri čemu je potrebno uvijek uzeti u obzir prirodu, stvarni ili potencijalni učinak, ali i svrhu ili cilj koji se nastoji ostvariti. Posljedica zabranjenih sporazuma je manje dostupnih proizvoda i potencijalno povećanje cijena. Nedostatak je što se ograničenje tržišnoga natjecanja ispituje samo naknadno, dakle kada su negativne posljedice već nastale. Prema Odudu, takav način nije prihvatljiv jer Komisija uvijek nastoji djelovati unaprijed i zabraniti svaki ugovor koji bi mogao narušiti tržišno natjecanje. Međutim, usprkos nastojanju, nakon usvajanja Uredbe 1/2003 ništa se nije promijenilo jer se situacije i dalje naknadno ispituju.⁴⁴

Pri ispitivanju negativnog utjecaja na trgovinu nije nužno da je doista i došlo do negativnih utjecaja, već će biti dostatna i sama mogućnost. Pojam se pojašnjava kroz sudsku praksu, gdje Europski sud pojam utjecaja na trgovinu utvrđuje uporabom dvaju parametra, tzv. osnovnim testom i *de minimis* pravilom.⁴⁵ Osnovni test je utvrđen sudskom praksom i pretpostavlja se kako će postojati utjecaj na trgovinu kada se s određenom sigurnošću temeljem objektivnih pravnih ili činjeničnih faktora utvrdi kako sporazum može utjecati, posredno ili neposredno, stvarno ili posredno na trgovinu među državama članicama.⁴⁶ Kaznit će se i sama mogućnost utjecaja na trgovinu među državama članicama. Pojam utjecaja na trgovinu među državama članicama uvijek se dovodi u vezu sa željom stvaranja zajedničkoga tržišta, a koji bi takvim sporazumom mogao biti ugrožen. Ne gleda se na bilo koji utjecaj na trgovinu, već se traži da njegov utjecaj mora biti znatan.⁴⁷ Pojam znatnog utjecaja na trgovinu se među prvim slučajevima ispitivao u slučaju *Völk*.⁴⁸ Navedeno je kako "sporazum

41 Vaughan, David i dr., *EU Competition Law: General Principles*, Richmond Law & Tax Ltd., Richmond, 2006., str. 75.

42 Vidjeti presudu *British Sugar v. Commission*, br. C-359/01 P od 29. 04. 2004., točka 28.

43 *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission of the European Communities*, br. 8-72 od 17. 10. 1972., ECR 1972., str. 977., točka 29. i 30.

44 Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 105.

45 Alnors - Llorens, Albertina, *EC Competition Law and Policy*, Willan Publishing, Devon, Portland, 2002., str. 29.

46 *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, br. 56-65 od 30. 06. 1966., ECR 1966., str. 249.

47 O tome više Pošćić, Ana, „Značajni dio zajedničkog tržišta“ kao jedan od uvjeta iz članka 82. Ugovora o Europskoj zajednici, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46., br. 4/09., str. 781-793.

48 *Franz Völk v. S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, br. 5-69 od 09. 07. 1969., ECR 1969., str. 295.

će biti izvan polja primjene čl. 85. kad ima neznatan utjecaj na tržište, uzimajući u obzir slabi položaj uključenih osoba...⁴⁹ Pojam se tumači gledajući na činjenice slučaja jer pored toga što utjecaj mora biti znatan, ispituje se i cilj ili učinak ugovora. Oni se moraju tumačiti zajedno. Stranke koje imaju slabi utjecaj na tržištu su izvan polja primjene čl. 101.⁵⁰ Takvi ugovori ne narušavaju ciljeve Europske unije.

Kako bi poduzetnici mogli sami procijeniti je li riječ o znatnom utjecaju na trgovinu i hoće li njihov ugovor biti proglašen ništavim, Komisija je izdala Priopćenje o sporazumima male vrijednosti koji bitno ne ograničavaju tržišno natjecanje prema čl. 101. st. 1. UFEU (*de minimis*).⁵¹ Protiv poduzetnika se neće započeti nikakav postupak ukoliko se poštuju uvjeti iz Priopćenja. Međutim, tekst Priopćenja je samo indikativan i ne obvezuje nacionalne i europske sudove, ali postoji nepisano pravilo kako sudovi ipak poštuju kriterije navedene u Priopćenju. U Priopćenju, Komisija pomoću pragova tržišnih udjela, kvantitativno određuje, što se ne smatra značajnim ograničavanjem tržišnog natjecanja prema čl. 101.⁵²

Ukoliko osobe koje su dio sporazuma, nemaju snažan položaj na tržištu, ugovor neće biti proglašen ništavim. Kao dodatak osnovnom testu Europski sud je formulirao zahtjev za znatnim utjecajem na trgovinu. Drugim riječima, primjenom određenih kriterija određeni sporazumi bez obzira što su restriktivni bit će izvan polja primjene čl. 101. Time je poduzetnicima olakšano procjenjivanje sporazuma, a Komisija i sudovi neće biti zatrpani slučajevima manjeg značenja.⁵³

49 Ibid., točka 5/7.

50 Vidjeti Carlo Bagnasco and Others v. Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) (C-215/96) i Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige), spojeni predmeti br. C-215/96 i C-216/96 od 21. 01. 1999., ECR 1999., str. I-135., točka 34. i 35.

51 Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*), OJ C 368 od 22. 12. 2001., str. 13-15.

52 Stajalište je Komisije da sporazumi poduzetnika koji utječu na trgovinu među državama članicama nemaju bitan učinak na ograničenje tržišnog natjecanja u smislu čl. 101. st. 1: (a) ako ukupni tržišni udio kojeg drže stranke sporazuma ne premašuje 10% na bilo kojem mjerodavnom tržištu koje je zahvaćeno sporazumom, u slučaju kada je sporazum zaključen između poduzetnika koji su stvarni ili potencijalni konkurenti na bilo kojem od tih tržišta (sporazumi između konkurentnih poduzetnika); ili (b) ako tržišni udio kojeg drži svaka od stranaka sporazuma ne premašuje 15% na bilo kojem mjerodavnom tržištu koje je zahvaćeno sporazumom, u slučaju kada je sporazum zaključen između poduzetnika koji nisu stvarni ili potencijalni konkurenti na bilo kojem od tih tržišta (sporazumi između nekonkurentnih poduzetnika). U slučajevima u kojima je teško odrediti je li sporazum između konkurentnih ili nekonkurentnih poduzetnika, primijenit će se prag od 10%. Komisija također drži da sporazumi nemaju ograničavajući učinak za tržišno natjecanje ako tržišni udjeli ne premašuju prag od 10%, 15% i 5%, ovisno o slučaju, određeni tijekom dvije uzastopne kalendarske godine.

53 Jones, A., Suffrin, B., op. cit., str. 160.

5. POJAM ZABRANJENIH „SPORAZUMA“

Pojam zabranjenih „sporazuma“ obuhvaća sporazume, odluke udruženja i bilo koji oblik usklađenog ponašanja.⁵⁴ UFEU ne daje definiciju „sporazuma“ te se isti pojam određuje sudskom praksom. Pojedini autori naglašavaju nedostatak preciznog određenja pojma.⁵⁵

5.1. Sporazumi između poduzetnika

Svjesni mogućnosti ništavosti sporazuma, poduzetnici vrlo rijetko pribjegavaju sklapanju pisanih ugovora. Mnogo češće koriste manje formalne načine suradnje kojima reguliraju svoje međusobne odnose. Zbog toga Komisija i sudovi primjenjuju ekstenzivno tumačenje pojma sporazuma.

U slučaju sumnje o postojanju sporazuma, koristit će se svaki trag koji bi mogao pomoći u utvrđivanju postojanja bilo kakvog dogovora među strankama. Sporazum se dokazuje činjenicama uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja. U pojedinim situacijama sama komunikacija sudionika sporazuma je dostatna za zaključak kako je riječ o koluzivnom djelovanju.⁵⁶ Od značaja mogu biti i saznanja trećih poduzetnika.⁵⁷

Zanimljivo je da prema sudskoj praksi razlozi za prihvaćanje ponude nisu važni, kao i činjenica je li prihvrat učinjen pod utjecajem prisile.⁵⁸ Gleda se isključivo na

54 Europski sud je u presudi Anic naveo kako se članak 101. primjenjuje na sve oblike koluzije između poduzetnika bez obzira na oblik u kojem se manifestiraju. Važno je razlikovati nezavisno ponašanje koje je dopušteno od koluzivnog koje je zabranjeno bez obzira na način na koji se javlja. Vidjeti Commission of the European Communities v. Anic Participazioni SpA., br. C-49/92 P. od 08. 07. 1999., ECR 1999., str. I-04125., točka 108.

55 Lidegrad smatra kako značenje tajnog sporazuma, koluzije, „... se nije razmatralo na jasan ili sustavan način”. Wessely je mišljenja kako „pojmu koluzije nedostaju jasni oblici”, a Black piše kako terminima nedostaje „konceptualno jedinstvo” te se primjenjuju ili opisuju na zbunjujući i nedvojbeno kontradiktoran način, u Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 57.

56 U tom smislu vrlo je zanimljiva nedavna odluka Komisije kojom je kaznila 11 avioprijevoznika koji su se dogovarali o cijeni prijevoza. Komisija je izrekla jednu od najvećih kolektivnih kazni u iznosu od 799 milijuna eura. Od toga čak 310 milijuna za Air France KLM. Kazna se odnosi na razdoblje od prosinca 1999. do veljače 2006. kada su se zrakoplovne tvrtke počele dogovarati radi uvođenja dodatne pristojbe na gorivo. Vidjeti <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1487&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>, internet stranica posjećena 22. 11. 2010.

57 Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” UA and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 159-166., SA Musique Diffusion française and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 100 to 103/80 od 07. 06. 1983., ECR 1983., str. 01825., točka 72. i dalje.

58 Hüls AG v. Commission of the European Communities, br. T-9/89 od 10. 03. 1992., ECR 1992., točka 128. SA Musique Diffusion française and others v Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 100 to 103/80 od 07. 06. 1983., ECR 1983., str. 01825., točka 90.

krajnji rezultat, odnosno utjecaj sporazuma na trgovinu među državama članicama.

*Chemiefarma*⁵⁹ je jedna od prvih presuda u kojima je Europski sud utvrđivao postojanje sporazuma. Činjenice slučaja su sljedeće. Grupa europskih proizvođača kinina sklopila je ugovore o trgovini s trećim zemljama. Ugovori su sadržavali odredbe o određivanju cijena i popusta na izvoz. Pored njih, stranke su sklopile i dva pisana sporazuma (*gentleman's agreements*)⁶⁰ o trgovini koji su sadržavali iste klauzule. Cilj je sporazuma bio zaštititi domaće tržište. Tužitelj je pred Sudom, tvrdio kako džentlmenski sporazumi ne predstavljaju sporazume u smislu čl. 101. Kao dodatni argument isticao je kako su se oni prestali primjenjivati. Stranke koje su sklopile ugovor o izvozu izjavile su kako će poštivati njegove odredbe. Iako su se prestali primjenjivati, Komisija je smatrala kako je vrlo teško zaključiti jesu li stranke doista imale namjeru raskinuti ugovore. Sigurno je da su stranke imale namjeru poštivati njegove odredbe⁶¹ te je to Sudu bilo dostatno za primjenu čl. 101. na takve sporazume. Dovoljna je bila namjera pri čemu ona nije morala biti uobličena u formi valjanog i obvezujućeg ugovora prema nacionalnom pravu.⁶² Riječ je o određenom obliku koordiniranja međusobnoga ponašanja.

Waelbroeck i Frignani navode kako "čl. 101. zabranjuje antikompetitivno ponašanje koje je rezultat usklađene volje dva ili više poduzetnika."⁶³ Sličnog je mišljenja i Europski sud koji je u presudi *Bayer* napisao kako "koncept sporazuma u smislu čl. 85. st. 1. Ugovora o EZ, kako se interpretira u sudskoj praksi, usmjerava se na postojanje volje među najmanje dvije strane, pri čemu je oblik u kojem se manifestira nevažan."⁶⁴ Forma neće biti od značaja sve dok postoji usklađena volja poduzetnika i namjera za takvo postupanje.

Za primjenu čl. 101., bitno je utvrditi postojanje volje stranaka pri čemu je nevažno smatra li se sporazum ugovorom po nacionalnom pravu, je li pravno

59 *ACF Chemiefarma NV v. Commission of the European Communities*, br. 41-69 od 15. 07. 1970., ECR 1970., str. 661.

60 *Gentlemen's agreement* predstavlja neformalni sporazum među dvjema strankama. Može biti pismeni i usmeni. Ne može se prisilno izvršiti. Stranke njegovo ispunjenje jamče svojom čašću. Zanimljiva je nedavna odluka Komisije kojom je kaznila u iznosu od 67.6 miliona eura proizvođače energetskih transformatora. Oni su sklopili usmeni sporazum o podjeli tržišta (*Gentlemen's Agreement*) u kojem su se japanski i europski proizvođači transformatora sporazumjeli da Japanci neće prodavati transformatore u Europi, a europski proizvođači ih neće prodavati u Japanu. Vidjeti: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1432&format=HTML&aged=0&language=En&guiLanguage=en.>>, internet stranica posjećena 19. 11. 2010.

61 *ACF Chemiefarma NV v. Commission of the European Communities*, br. 41-69 od 15. 07. 1970., ECR 1970., str. 661., točka 112.

62 Albers-Llorens, A., op. cit., str. 19.

63 Waelbroeck, Michel, Frignani, Aldo, *European Competition Law*, Ardsley, New York, 1999., str. 121., u bilj. 20., Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 60.

64 *Bayer AG v. Commission of the European Communities*, br. T-41/96 od 26. 10. 2000., ECR 2000., str. II-3383., točka 69.

obvezujući⁶⁵ i je li pisani ili usmeni.⁶⁶ Sporazum nije čak niti potrebno potpisati.⁶⁷ Jedino je važno utvrditi istinsku namjeru stranaka i činjenicu primjenjuju li odredbe sporazuma.⁶⁸ Obuhvaćeni su sporazumi koji više nisu na snazi, ali i dalje proizvode pravne učinke.⁶⁹ Komisija i sudovi su opće uvjete poslovanja,⁷⁰ pravila sindikalnih udruženja, pisma namjere, pravila ponašanja sudionika na tržištu, kao i akt o

-
- 65 U presudi van Landewyck Europski sud je potvrdio odluku Komisije u kojoj je bilo riječi o preporuci, a koju je Komisija klasificirala kao sporazum. Tužitelji su tvrdili kako preporuka nije obvezujući ugovor prema nacionalnom pravu. Međutim, Sud je potvrdio odluku Komisije prema kojoj je u preporuci jasno izražena namjera tužitelja za određenim ponašanjem na tržištu duhanskih proizvoda. *Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 03125., točke 85. i 86. Slično je Europski sud u presudi *Guy Clair* potvrdio kako nije važno je li sporazum obvezujući, već sprječava li, ugrožava ili ograničava tržišnu utakmicu, *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair*, br. 123/83 od 30. 01. 1985., ECR 1985., str. 00391., točka 22. Isto tako u presudi *Sandoz* bila je riječ o računu s otisnutom klauzulom "zabrana izvoza", *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Commission of the European Communities*, br. C-277/87 od 11. 01. 1990., ECR 1990., str. I-45.
- 66 U odluci *Theal/Watts* bila je riječ o usmenom ekskluzivnom ugovoru o distribuciji., 77/129/EEC: Commission Decision of 21 December 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.812 *Theal/Watts*), OJ L 39 od 10. 02. 1977., str. 19-27. U predmetu *Tepea* dva usmena ekskluzivna ugovora o distribuciji i licenciji također su bila unutar polja primjene članka 101., *Tepea BV v. Commission of the European Communities*, br. 28/77 od 20. 06. 1978., ECR 1978., str. 01391., točka 41.
- 67 U odluci *Kemi* sporazum koji stranke nikad nisu potpisale smatrao se sporazumom u smislu čl. 101. jer su ga primjenjivale. Pored prethodnog Komisija je smatrala dva odvojena ugovora od kojih je jedan bio potpisan, a drugi se primjenjivao, pri čemu su bili međusobno zavisni, jedinstvenim sporazumom. 79/934/EEC: Commission Decision of 5 September 1979 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.021 - BP *Kemi* - DDSF), OJ L 286 od 14. 11. 1979., str. 32-52., točke 45 i 46.
- 68 Vidjeti presudu *Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 3125., točka 86.
- 69 *SA Hercules Chemicals NV v. Commission of the European Communities*, br. T-7/89 od 17. 12. 1991., ECR 1991., str. II-01711., točka 257.
- 70 Zanimljiva je odluka *Zanussi* gdje je bila riječ o garanciji koju *Zanussi Group* izdaje i koja je sastavni dio ugovora o nabavi koju *Zanussi* sklapa sa svojim distributerima kućanskih aparata, *Zanussi Spa Guarantee*, OJ L 322 od 16. 11. 1978., str. 26-35., točka 9. Slično u odluci *Kawasaki* bila je riječ o klauzuli koja je zabranjivala izvoz. Klauzula je bila dio općih uvjeta poslovanja *Kawasaki* grupacije prema kojoj je bilo zabranjeno izvoziti motore iz Velike Britanije bez prethodne dozvole *Kawasakia*. 79/68/EEC: Commission Decision of 12 December 1978 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.430 - *Kawasaki*), OJ L 16 od 23. 01. 1979., str. 9-16. U presudi *Sandoz* riječ je o sljedećem. *Sandoz* je slao svojim klijentima račun s otisnutom klauzulom "zabrana izvoza". Prilikom svake narudžbe na računu je bila otisnuta prethodna klauzula. Bez obzira na to, klijenti su i dalje naručivali robu od *Sandoza*, dakle, pristajali su na klauzulu. Ono što je Europski sud u ovom predmetu morao utvrditi, je li riječ o sporazumu ili jednostranom aktu. Sud je bio mišljenja kako u ovom slučaju nije bila riječ o jednostranom aktu jer su računi pored sporne klauzule sadržavali i druge bitne podatke. Bili su dio opće sheme trgovačkih veza poduzetnika sa svojim klijentima., *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Commission of the European Communities*, br. C-277/87 od 11. 01. 1990., ECR 1990., str. I-45.

osnivanju udruženja poduzetnika⁷¹ proglasili sporazumima u smislu pravila tržišnog natjecanja.

Formulacija st. 1. namjerno je široko postavljena kako stranke ne bi pokušale raznim oblicima dogovora izbjeći njegovu primjenu.

Sporazumima će se smatrati i ugovori između udruženja poduzetnika. Komisija je u odluci *VBBB* raspravljala o ugovoru o reguliranju trgovine knjiga.⁷² Nizozemsko udruženje za promociju prodaju knjiga (*VBBB*) i Udruženje za promociju flamanskih knjiga (*VBVB*) sklopili su sporazum o uređenju trgovine knjiga. Sporazum je sadržavao detaljne odredbe o načinu određivanja maloprodajnih cijena. Prema jednoj odredbi zabranjivalo se prodaju knjiga po cijeni nižoj od one koju je propisalo udruženje. Popusti su se odobrali samo onim izdavačima i prodavateljima kojima je propisom bio priznati status. Slična je situacija bila o odluci *NAWEA-ANSEAU* gdje je bila riječ o sporazumu koji je regulirao korištenje oznake o sigurnosnim standardima.⁷³

Poduzetnici ne mogu izbjeći odgovornost isticanjem kako nisu imali namjeru primjenjivati odredbe sporazuma. Subjektivni element nije od značaja. Ispituje se isključivo činjenica ograničenja tržišnog natjecanja. Takva situacija je bila predmet rasprave u odluci Komisije *Industrial and Medical Gases* gdje su stranke tvrdile kako nisu nikad primjenjivale ugovorne klauzule. Komisija je utvrdila postojanje sporazuma dokazima o održanim sastancima. Antikompetitivna stajališta izražena na sastanku bila su dovoljna za zaključak kako je riječ o sporazumu pri čemu su motivi i skrivene namjere bili nebitni.⁷⁴ Stranke ne mogu izbjeći odgovornost tvrdeći kako nisu imale namjeru primijeniti odredbe sporazuma. U predmetu *PVC* Opći sud je odbio argument poduzetnika koji su tvrdili kako, iako su sudjelovali na sastancima proizvođača na kojima se raspravljalo o cijenama i prodajnim kvotama, oni ih nisu potpisali.⁷⁵ Stajalište je kasnije razjasnio Europski sud u *Cement* predmetu u kojem je naveo kako je prema utvrđenoj sudskoj praksi dovoljno da Komisija ukaže na okolnost kako su poduzetnici sudjelovali na sastancima na kojima su izražena antikompetitivna stajališta kojima se oni nisu izričito protivili. Prethodno će biti dovoljno za zaključiti kako su i oni sudjelovali u kartelu. Ukoliko poduzetnik želi dokazati suprotno, mora pokazati kako je njegovo sudjelovanje na sastancima bilo

71 Vidjeti 84/191/EEC: Commission Decision of 30 March 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.804 - Nuovo CEGAM), OJ L 99 od 11. 04. 1984., str. 29-37., točka 13.

72 82/123/EEC: Commission Decision of 25 November 1981 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/428 - VBBB/VBVB), OJ L 54 od 25. 02. 1982., str. 36-50., točka 3b.

73 82/371/EEC: Commission Decision of 17 December 1981 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.995 - NAVEWA-ANSEAU), OJ L 167 od 15. 06. 1982., str. 39-52.

74 2003/207/EC: Commission Decision of 24 July 2002 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty, (Case COMP/E-3/36.700 - Industrial and medical gases), OJ L 84 od 01. 04. 2003., str. 1-55., točka 351.

75 *Tréfileurope Sales SARL v. Commission of the European Communities*, br. T-141/89 od 06. 04. 1995., ECR 1995., str. II-00791.

bez antikompetitivnih namjera, odnosno kako se ono bitno razlikuje od ostalih. Upravo na sastancima su morali jasno dati do znanja ostalim poduzetnicima kako se ograđuju od izraženih stajališta.⁷⁶ Isto tako se poduzetnik ne može braniti ističući kako je bio prisiljen sudjelovati na sastancima. Tada bi se eventualno mogao obratiti nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.

Sporazumom se smatraju i one situacije kada poduzetnici sklapaju kompleksne ugovore koji se temelje na detaljno razrađenom planu bez obzira što stranke nisu sudjelovale ili nisu imale namjeru sudjelovati u svim njihovim aspektima.⁷⁷ Komisija i sudovi su razvili koncept prema kojem poduzetnik ne mora sudjelovati u svakom sporazumu ili u svakom njegovom aspektu. U odluci *Polypropilene* bila je riječ o kompleksnom sporazumu koji je uključivao 15 poduzetnika i koji se primjenjivao dugi niz godina. Problem ovog sporazuma je što je bio usmeni, neobvezujući i nije propisivao sankcije za kršenje. Komisija je proglasila sve sudionike krivim, iako nisu sudjelovali na svim sastancima ili nisu imali namjeru poštivati sve njegove aspekte. Temeljem ove odluke uveden je pojam jedinstvenog sveukupnog sporazuma⁷⁸ za kojeg poduzetnici snose odgovornost iako nisu uopće ili svakodnevno sudjelovali u svim njihovim aspektima.⁷⁹ Takva se praksa ispituje od predmeta do predmeta. Tako poduzetnik koji je sudjelovao na sastancima, ali nije proveo njegove zaključke, smatrat će se dijelom sporazuma osim ako se nije javno ogradio od antikompetitivnih stajališta izraženih na sastanku.⁸⁰

Komisija se služi različitim metodama kako bi utvrdila postojanje sporazuma. Najjednostavnije je ako postoje pisani dokumenti, pisma, ugovori i drugi dokazi klijenata. Međutim, najčešće ne postoje pisani tragovi te Komisija i sudovi analizom tržišta dokazuju je li u određenoj fazi došlo do preklapanja ponašanja među poduzetnicima.⁸¹ Nakon modernizacije prava tržišnog natjecanja, Komisija ima mnogo veće ovlasti u prikupljanju dokaza i činjenica o postojanju sporazuma.

Prvobitno se smatralo kako se čl. 101. st. 1. primjenjuje samo na horizontalne sporazume među poduzetnicima. Horizontalni sporazumi obuhvaćaju međusobne ugovore među strankama koje djeluju na istoj razini proizvodnje ili distribucije. Stranke su najčešće međusobni konkurenti. Najčešće su to razni oblici zajedničkoga pothvata, ugovora o licenci ili drugi oblici suradnje. Razlog zbog kojeg su zabranjeni je što njime stranke najčešće reguliraju cijene i time "guraju" konkurenciju s tržišta.⁸²

76 Aalborg Portland A/S i dr. v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 od 07. 01. 2004., 2004/C 59/01., točka 81. i dalje.

77 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 – Polypropylene), OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66.

78 O tome više Bailey, David, Single, Overall Agreement in EU Competition Law, Common Market Law Review, vol. 47., 2010., str. 473-508., Pecotić Kaufman, J., op. cit., str. 138. i dalje.

79 Whish, Richard, Competition Law, peto izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 96.

80 Loc. cit.

81 Furse, M., op. cit., str. 148.

82 Bishop, Simon, Walker, Mike, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application

To je moguće jer proizvode zamjenske proizvode. Pored horizontalnih sporazuma, sudovi ili Komisija zabranjuju sporazume među strankama koje djeluju na različitim razinama proizvodnje i distribucije.⁸³ U takvim sporazumima stranke proizvode komplementarne proizvode. U prvim danima razvoja prava tržišnog natjecanja bilo je mišljenja kako se čl. 101. ne primjenjuje na vertikalne sporazume. Pozicija Europskog suda je po tom pitanju razjašnjena presudom *Grundig*.⁸⁴ U tom slučaju, stranke su svoje sporazume pokušale opravdati pozivanjem na okolnost kako se čl. 101. st. 1. primjenjuje samo na horizontalne sporazume. Bila je riječ o ugovoru o distribuciji za kojeg je talijanska vlada, koja je intervenirala u slučaju, tvrdila kako stranke sporazuma nisu ravnopravne te kako se slobodno tržišno natjecanje u tom slučaju može štiti samo pozivanjem na čl. 102.⁸⁵ Europski sud je naveo da, niti čl. 101., niti 102. ne pružaju temelje za tvrdnju kako se ova dva članka razlikuju i različito primjenjuju ovisno o tome na kojim razinama djeluju stranke sporazuma. Članak 101., primjenjuje se na sve sporazume koji ugrožavaju tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu i ne razlikuje sporazume ovisno o tome jesu li sklopljeni među strankama koje djeluju na istom stupnju ekonomskog procesa.⁸⁶

Mišljenje kako se čl. 101. zabranjuju samo horizontalni sporazumi je donekle i opravdano jer stranke koje ih sklapaju su najčešće međusobni konkurenti. Poduzetnici, koji su sklopili vertikalne sporazume, najčešće proizvode komplementarne proizvode, za razliku od horizontalnih sporazuma gdje je gotovo uvijek riječ o zamjenskim proizvodima. Kada se proizvode zamjenski proizvodi tada je svakom poduzetniku u interesu da drugi poduzetnik poveća svoje cijene, za razliku od situacije kada poduzetnici proizvode komplementarne proizvode. Tada će im odgovarati da drugi snizi cijene svojeg proizvoda. Ako su poduzetnici u komplementarnoj vezi i svatko snizi cijene to će se pozitivno odraziti na nižu cijenu i u konačnici povećati blagostanje potrošača.⁸⁷ Takvo mišljenje dijeli i Komisija koja u izdanim Obavijestima za vertikalna ograničenja navodi:⁸⁸ "Vertikalna ograničenja su općenito manje štetna od horizontalnih ograničenja. Glavni razlog

and Measurement, Sweet and Maxwell, London, 2002., str. 171.

83 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., 101.

84 *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community*, spojeni predmeti br. 56 i 58-64 od 13. 07. 1966., ECR 1966., str. 299.

85 Članak 102. glasi: „Svaka zlouporaba dominantnog položaja od strane jednog ili više poduzetnika na zajedničkom tržištu ili u njegovom značajnom dijelu, zabranjena je, jer nije u skladu sa zajedničkim tržištem budući da bi mogla utjecati na trgovinu između država-članica. Takva se zlouporaba može posebice očitovati kao: izravno ili neizravno nametanje nepravednih kupovnih ili prodajnih cijena, ili ostalih nepravednih trgovinskih uvjeta; ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvitka na štetu potrošača; primjenjivanje različitih uvjeta na jednaka poslovanja s ostalim trgovačkim strankama, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju; uvjetovanje sklapanja ugovora pristankom ostalih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkoj praksi, nemaju nikakve veze s predmetom tih ugovora.“

86 *Ibid.*, str. 339.

87 Bishop S., Walker, M., op. cit., str. 156. i 157.

88 Guidelines on Vertical Restraints, OJ C 291 od 13. 10. 2000., str. 1-44.

blažeg tretiranja vertikalnih od horizontalnih ograničenja leži u činjenici da se horizontalno ograničenje može odnositi na sporazum između konkurenata koji proizvode identičnu ili zamjenjivu robu ili pružaju identične ili zamjenjive usluge. U takvim horizontalnim odnosima iskazivanje tržišne snage jednoga poduzetnika (određivanjem više cijene za svoj proizvod) može koristiti njegovim tržišnim takmacima. To može i potaknuti tržišne takmace i navesti ih na ponašanje suprotno tržišnom natjecanju. Kod vertikalnih odnosa proizvod jednog je proizvodni unos - sirovina drugog. To znači da će korištenje tržišne snage od strane poduzetnika na uzvodnom (uzlaznom) ili poduzetnika na nizvodnom (silaznom) tržištu u pravilu štetiti potražnji za proizvodom onog drugog. Poduzetnici obuhvaćeni sporazumom zbog toga su obično potaknuti da spriječe iskorištavanje tržišne snage ostalih strana u sporazumu.⁸⁹

Svaki ugovor bez obzira je li zaključen između konkurenta ili ne, predstavljat će kršenje čl. 101. ukoliko ograničava tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.

5.2. Odluke udruženja poduzetnika

Poduzetnici koji se bave istim ili sličnim djelatnostima često se međusobno udružuju kako bi raspravljali o zajedničkim interesima i usvajali određene odluke⁹⁰ kojima usmjeravaju svoje ponašanje. Udruženja poduzetnika provode razne aktivnosti, od raznih marketinških akcija kojima reguliraju svoje poslovanje do edukacija svojih članova. Iako su te aktivnosti najčešće zakonite, moguće su i one kojima poduzetnici favoriziraju svoje članove, odnosno olakšavaju im sklapanje međusobnih sporazuma i usklađivanje svojeg ponašanja.

Već se prije vidjelo kako se pojam sporazuma tumači vrlo ekstenzivno. Isti se pristup koristi i prilikom objašnjenja pojma udruženja poduzetnika i njihovih odluka. Pod njima se ne podrazumijevaju isključivo sporazumi između članova određenog udruženja, već i preporuke koje izdaje udruženje.⁹¹ U posljednjem je potrebno utvrditi vjerno očitovanje namjere članova udruženja za ponašanjem na tržištu u skladu s odredbama preporuke. Iz sudske prakse se može uočiti kako se ne raspravlja samo o odlukama trgovačkih udruženja, već i poljoprivrednih udruženja,⁹² profesionalnih udruženja,⁹³ udruženja koja su osnovana zakonskim propisom

89 Ibid., točka 100.

90 Vidjeti 86/499/EEC: Commission Decision of 30 September 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.959 - VIFKA), OJ L 291 od 15. 10. 1986., str. 46-50.

91 Vidjeti SC Belasco and others v. Commission of the European Communities, br. 246/86 od 11. 07. 1989., ECR 1989., str. 02117. i Heintz van Landewyck SARL and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 209 do 215 i 218/78 od 29. 10. 1980., ECR 1980., str. 3125.

92 U presudi Göttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v. Dansk Landbrugs Grovareselskab AmbA., br. C-250/92 od 15. 12. 1994., ECR 1994., str. I-5641. riječ je o trgovačkom udruženju specijaliziranom za nabavu proizvoda u poljoprivredi.

93 U predmetu J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v.

i s javnim ovlastima,⁹⁴ udruženja koja nemaju pravnu osobnost, kao i neprofitnih udruženja.

U slučaju *Wouters* postavljeno je pitanje Europskom sudu predstavlja li propis koji regulira partnerstvo članova komore s drugim profesionalcima, konkretno u ovom slučaju računovođama, odluku udruženja poduzetnika. Kako bi odgovorio na to pitanje Europski sud je najprije morao utvrditi jesu li odvjetnici poduzetnici u smislu pravila tržišnog natjecanja. Članovi Komore pružaju pravne savjete za koje naplaćuju nagradu, daju pravna mišljenja, sklapaju ugovore i pišu druge podneske, zastupaju stranke u pravnim poslovima. Snose financijski rizik poslovanja. Ako troškovi prelaze prihode sami snose gubitke.⁹⁵ Promatra se isključivo priroda djelatnosti koju poduzetnik obavlja, a u ovom slučaju ona je bila ekonomskog karaktera. Nezavisni odvjetnik u davanju mišljenja na slučaj *Arduino* je utvrdio kako članovi talijanske odvjetničke komore nude usluge pravnog savjetovanja i zastupanja svojih klijenata pred sudovima. Djeluju na tržištu pravnih usluga s namjerom ostvarivanja dobiti. U zamjenu za svoje usluge dobivaju nagradu. Prema tome pružanje pravnih usluga se smatra ekonomskom aktivnošću. Suprotno mišljenju talijanske vlade koja je intervenirala u slučaju, nezavisni odvjetnik je smatrao kako prethodni zaključak ne mijenja ni činjenica da članovi Komore moraju poštivati pravila profesionalnog ponašanja, kao i okolnost da obavljaju djelatnosti koje se odnose na upravu i pravosuđe.⁹⁶

U presudama i odlukama Europski sud i Komisija su svoja razmišljanja temeljili na sudjelovanju subjekta na tržištu. Sud je izravno povezoao činjenicu sudjelovanja na tržištu s ekonomskom prirodom djelatnosti. Bit je bila u nudi usluga ili dobra na određenom tržištu.

Iz prethodnog se može izvesti zanimljiv zaključak. Za određivanje pojma poduzetnika primjenjuje se funkcionalni pristup. Odnosno, udruženje odvjetnika predstavlja udruženje poduzetnika. Međutim, trgovačko udruženje ne mora samostalno obavljati određene ekonomske djelatnosti da bi njegove odluke bile sankcionirane temeljem čl. 101. Iz sudske prakse proizlazi kako udruženje ne

Algemene Raad van, br. C-309/99 od 19. 02. 2002. govori se o odvjetničkoj komori.

94 U predmetu *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Guy Clair*, br. 123/83 od 30. 01. 1985., ECR 1985., str. 391. radi se o udruženju osnovanim zakonskim propisom. U odluci Pabst radilo se o udruženju BNIA koje je predstavljalo udruženje proizvođača, kooperanata, destilera i distributara Armanac brendija. Sporna je bila činjenica što je BNIA posjedovao određene zakonske ovlasti. Činjenica da tijelo izvodi određene ovlasti iz zakonskog propisa nije dovoljno za izbjegavanje primjene članka 101. Sporna je bila odluka koja je usvojena na sastanku udruženja poduzetnika. Odluku nije usvojilo upravno tijelo. Komisija je navela kako je riječ o privatnoj trgovačkoj odluci koju je usvojila BNIA u ime svih poduzetnika koje predstavlja. 76/684/EEC: Commission Decision of 26 July 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.980 - Pabst & Richarz/BNIA), OJ L 231 od 21. 08. 1976., str. 24-29.

95 J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van, br. C-309/99 od 19. 02. 2002., točke 45-49.

96 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Légera od 10. srpnja 2001. na predmet C-35/99, *Criminal proceedings against Manuele Arduino*, točke 47-50.

mora biti poduzetnik da bi njegove odluke bile podvrgnute pod čl. 101.⁹⁷ Drugim riječima čl. 101. se može primjenjivati na odluke udruženja poduzetnika, a ne i na njihove sporazume ako ne zadovoljavaju elemente za poduzetnika. Isto tako ako je udruženje određeno kao poduzetnik, tada se čl. 101. može primjenjivati i na odluke i sporazume koje ono zaključuje s drugim poduzetnicima.⁹⁸

Aktivnosti udruženja mogu imati koluzivni karakter. Jasno je kako njihove odluke spadaju unutar čl. 101. Međutim, Komisija i sudovi statute,⁹⁹ pravila ponašanja, kao i preporuke udruženja svojim članovima klasificiraju kao odluke. Trgovačko udruženje može izdati preporuku svojim članovima o održavanju stabilnosti cijena.¹⁰⁰ Iako je riječ o neobvezujućim aktima one u određenim okolnostima mogu biti unutar polja primjene čl. 101. i to posebno kada se izdaju kako bi usmjerili ponašanje svojih poduzetnika.¹⁰¹

U presudi *Vereeniging*, Europski sud je jasno naveo kako se pod pojmom odluke udruženja poduzetnika podrazumijevaju preporuke koje trgovačka udruženja daju svojim članovima bez obzira jesu li obvezujuće.¹⁰² Takve će se preporuke u smislu čl. 101. smatrati sporazumima jer njihova primjena znatno utječe na tržišno natjecanje. Važno je utvrditi primjenjuju li ih članovi i kakav je njihov utjecaj na tržište među državama članicama.¹⁰³ U predmetu *IAZ*¹⁰⁴ bila je riječ o preporuci prema kojoj su samo članovi udruženja dobavljača vode mogli priključiti samo one kućanske aparate koji su posjedovali potvrdu o sigurnosnim standardima koje je izdavalo određeno belgijsko udruženje.

Kako navodi Whish u takvim slučajevima važno je utvrditi jesu li članovi imali namjeru ponašati se u skladu s preporukama, i ako jesu, je li takvo ponašanje imalo znatan utjecaj na trgovinu unutar mjerodavnog tržišta.¹⁰⁵

97 *Cimenteries CBR and Others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95 od 15. 03. 2000., ECR 2000., str. II-00491., točka 214.

98 Whish, R., op. cit., str. 98. i 99.

99 Prema praksi utvrđeno je kako statut udruženja može biti proglašen odlukom (80/917/EEC: Commission Decision of 9 July 1980 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/27.958 National Sulphuric Acid Association), OJ L 260 od 03. 10. 1980., str. 24-33.

100 Furse, M., op. cit., str. 144.

101 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 149.

102 Vidjeti *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission of the European Communities*. br. 8-72 od 17. 10. 1972., ECR 1972., str. 977.

103 Vidjeti još odluku *Fire Insurance* u kojem je udruženje osiguravatelja imovine usvojilo neobvezujuću preporuku. Ona je proglašena odlukom jer je usvojena kako bi koordinirala ponašanje svojih članova. 85/75/EEC: Commission Decision of 5 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.307 - Fire insurance (D)), OJ L 35 od 07. 02. 1985., str. 20-34., točke 62-69.

104 *NV IAZ International Belgium and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 96-102, 104, 105, 108 i 110/82 od 08. 11. 1983., ECR 1983., str. 3369.

105 Whish, R., op. cit., str. 98.

5.3. Usklađeno djelovanje

Pravilima tržišnog natjecanja pored izričitih sporazuma zabranjuju se i svi oblici prešutnog usklađenog djelovanja. Prema Jonesu, uvođenjem pojma usklađenog djelovanja u pravo tržišnog natjecanja uvodi se tzv. sigurnosni standard kojim se pokušava spriječiti izigravanje odredbi čl. 101.¹⁰⁶ Ono se mnogo teže dokazuje jer i kada se pojavi sumnja je li riječ o nekom obliku sporazuma stranke su uvijek motivirane dokazivati suprotno.¹⁰⁷

Pojam usklađenog djelovanja obuhvaća takvu suradnju među poduzetnicima gdje međusobna suradnja nije formalizirana. Školski primjer predstavlja situacija međusobnog razmjenjivanja cijena, popusta, podataka o prodaji i drugih podataka koji se odnose na uvjete i način prodaje čime se olakšava usklađivanje međusobnoga ponašanja. Riječ je o ponašanju koje stvara takve uvjete na tržištu koji odstupaju od normalnih okolnosti i samim time predstavljaju rizik za tržišno natjecanje. U procjenjivanju se uzima u obzir važnost i broj uključenih poduzetnika, vrstu proizvoda, ali i veličinu i prirodu tržišta. Sudionicima takvog djelovanja omogućeno je konsolidirati svoje pozicije na tržištu. Time se šteti slobodi kretanja robe na zajedničkom tržištu i izboru potrošača u odabiru svojih dobavljača.¹⁰⁸ "Svaki proizvođač može samostalno mijenjati cijene i pri tome uzimati u obzir sadašnje ili predvidljivo ponašanje svojih konkurenata, međutim, bit će protivno pravilima tržišnog natjecanja ukoliko proizvođač surađuje sa svojim konkurentima na bilo koji način, s ciljem koordiniranja ponašanja vezanog uz povećanje cijena..."¹⁰⁹

Ključni elementi koje je potrebno dokazati uključuju koordiniranje međusobnog ponašanja i neki oblik suradnje. Ne postoji nikakav dokaz međusobnih kontakata, ali je riječ o ponašanju koje odstupa od uobičajenih uvjeta na tržištu.¹¹⁰ Usklađeno djelovanje od sporazuma se razlikuje u načinu na koji se izražava zajednička namjera i nakon toga dokazuje.

Kategorija usklađenog djelovanja nastoji obuhvatiti sve one antikompetitivne prakse koje se ne mogu podvrgnuti pod definiciju sporazuma ili odluka koje usvajaju udruženja. Zajednička namjera je element koji postoji, i u sporazumu, i u usklađenom djelovanju, s razlikom što se kod sporazuma namjera konkretizira kroz pravno obvezujući oblik, dok kod usklađenog djelovanja prethodno nedostaje.¹¹¹

106 Jones, A., Sufrin, B., op. cit., str. 150.

107 Ibid., str. 127.

108 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 26-27. Radi se o spojenim predmetima u kojima je nekoliko poduzetnika nastojalo poništiti odluku Komisije kojom je utvrdila kršenje čl. 101. i 102. Komisija je uputila devet različitih pritužbi. Za ovu raspravu značajno je postojanje četiri situacije u kojima su poduzetnici uskladili svoje ponašanje kako bi zaštitili tržište šećera u Italiji, Nizozemskoj, kao i zapadnim i sjevernim dijelovima Njemačke.

109 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, br. 48-69 od 14. 07. 1972., ECR 1972., str. 619., točka 118. Alnors - Llorens, A., op. cit., str. 24. i dalje.

110 Vaughan, D., op. cit., str. 62.

111 Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 72.

Koncept je dodan kako stranke ne bi regulirale svoje ponašanje u jednom smjeru i tako izbjegle primjenu čl. 101.¹¹² Razgraničenje između pojmova sporazuma i usklađenog djelovanja je nejasno. Posebno kada je riječ o kompleksnim ili prešutnim sporazumima.¹¹³ Slično ili usporedno ponašanje poduzetnika može ukazivati na usklađeno djelovanje. Bitno je prepoznati i sankcionirati takva ponašanja jer bi time stranke mogle usmjeriti svoja antikompetitivna ponašanja bez sklapanja sporazuma. Međutim u konačnici razlikovanje gubi na značaju, te se smatra važnim utvrditi je li riječ o koluzivnom ponašanju. Kada Komisija utvrdi kako je riječ o antikompetitivnom ponašanju, sasvim je irelevantno je li riječ o izričitom ili prešutnom obliku usklađenog ponašanja.¹¹⁴ U pojedinim odlukama Komisija je samo zaključila kako je riječ o sporazumu i usklađenom ponašanju bez detaljnog preciziranja i međusobnog razgraničenja.¹¹⁵ Posebno kada je riječ o kompleksnim kršenjima prava tržišnog natjecanja koji u sebi uključuju veliki broj poduzetnika, Komisija ne mora pokazati precizno o kojem je kršenju riječ jer su i sporazumi i usklađeno ponašanje obuhvaćeni čl. 101.¹¹⁶

Ipak pojam ne treba previše široko tumačiti. Nužno je nametnuti određene granice kako bi se izbjegla osuda svakog ponašanja koje ima neke naznake usklađenog djelovanja. Takva analiza zahtijeva analizu tržišta, odnosno vidjeti postoje li određena odstupanja između predvidljivog ponašanja i onog koje se ispituje. Granice se utvrđene u presudi *Wood Pulp*. Komisija je pokrenula postupak protiv 43 poduzetnika proizvođača drvene mase koja se koristi u proizvodnji papira. Proizvođači drvene mase su unaprijed svojim klijentima objavljivali maksimalne cijene. Cijene su se objavljivale u specijaliziranim časopisima te su svima bile dostupne. Kroz dugi niz godina moglo se zapaziti kako je rast cijena bio ujednačen bez obzira što su se vremenom zalihe drvene mase povećavale i proizvodni troškovi su varirali. Komisija je našla kako je riječ o usklađenom ponašanju na tržištu. Bila je

112 Prva odluka u kojoj je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja raspravljala o paralelnom djelovanju poduzetnika glede cijena je odluka „Kartel autobusnih prijevoznika“. U ovom slučaju nije postojalo pisani trag o ujednačenim cijenama. Agencija je odluku utemeljila na dokazima o paralelnom ponašanju poduzetnika na tržištu, dokazima o telefonskim kontaktima radi dogovora o cijenama, dopisima, ali i izjavama pojedinih poduzetnika o dogovoru o cijenama autobusnih karata (Autobusni promet d.d. Varaždin i dr., klasa UP/I-030-02/2006-01/39, odluka od 24. 09. 2007., NN br. 115/07). O tome više Pecotić Kaufman, J., op. cit., 217. i dalje.

113 Alnors - Llorens, A., op. cit., str. 23.

114 Vidjeti 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 – Polypropylene), OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66.

115 Vidjeti 80/182/EEC: Commission Decision of 28 November 1979 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.672-Floral), OJ L 39 od 15. 02. 1980., str. 51-63.

116 Vidjeti *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Soci  t   art  sienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, H  ls AG and Enichem SpA v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 od 20. 04. 1999., ECR 1999., str. II-00931., točka 696.

riječ o paralelnom ponašanju poduzetnika što je Komisija zaključila nakon analize tržišta i provedenih ekonomskih analiza. Na tržištu je doista postojala konkurencija te je upravo takva politika cijena jedino mogla upućivati na usklađeno ponašanje.¹¹⁷ Međutim, Europski sud je bio drugačijeg mišljenja. Prema njemu Komisija se ne može osloniti isključivo na činjenicu paralelnog ponašanja poduzetnika kako bi dokazala usklađeno djelovanje. Potrebno je provesti detaljne ekonomske analize. Sud je temeljem ekonomskih analiza zaključio kako se ovaj oblik paralelnog ponašanja može opravdati. Samo objavljivanje cijena nije bilo dovoljno za zaključak kako je riječ o usklađenom ponašanju. Prema mišljenju Suda, nedostajao je ključni element, element predvidljivosti u budućem ponašanju konkurenata.¹¹⁸ Smatrao je kako je riječ o objavljivanju cijena kako bi se potrošači s njima upoznali. Nije postojalo nikakvo jamstvo da će nakon objavljenih cijena konkurenti na određeni način reagirati. Sud je u ovom slučaju postupio vrlo rigorozno. Iako u ovom slučaju Sud ponašanje nije okarakterizirao kao usklađeno djelovanje, nije sasvim jasno hoće li uvijek takve situacije biti izvan polja primjene čl. 101. Objava cijena u nekom časopisu može olakšati položaj ostaloj konkurenciji u usklađivanju cijena i samim time ponašanja na tržištu.¹¹⁹ U svakom slučaju ova razmatranja traže kompleksne ekonomske analize. Ključan je element nekog oblika mentalnog konsenzusa, ali i određeni oblik reciprociteta u ponašanju.

Svaki oblik međusobne komunikacije može se kvalificirati kao usklađeno ponašanje. U presudi *Polypropylene*, Europski sud je proglasio sudjelovanje na sastancima na kojima se dogovarala politika cijena kao usklađeno djelovanje bez obzira na činjenicu što stranke nisu sudjelovale u raspravi ili nisu prisustvovala svima. Nazočnost na sastancima konkurentima može omogućiti olakšati dobivanje korisnih informacija koje će im pomoći u usvajanju budućih poslovnih odluka. Ukoliko poduzetnici dokažu kako nisu imali nikakvu antikompetitivnu namjeru s čime su upoznali ostale, tada to ponašanje neće biti okarakterizirano kao kršenje čl. 101.¹²⁰

Komisija često pribjegava konceptu usklađenog ponašanja kada je riječ o nekom obliku ograničenja tržišnog natjecanja, ali ne postoje konkretni dokazi.¹²¹ Važno je napomenuti kako usklađena djelovanja među trgovačkim društvima, koja čine dio jednog gospodarskog subjekta, se ne smatraju usklađenim djelovanjem u

117 85/202/EEC: Commission Decision of 19 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.725 - Wood pulp), OJ L 85 od 26. 03. 1985., str.1-52., točke 82 i 83.

118 A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities., spojeni predmeti br. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i C-125/85 do C-129/85 od 31. 03. 1993., ECR 1993., str I-1307., točke 64. i 65.

119 Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2004., str. 57.

120 Vidjeti spojene predmete *Aalborg Portland A/S i dr. v. Commission of the European Communities*, br. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 od 07. 01. 2004., 2004/C 59/01, točka 81. presude.

121 Vaughan, D., op. cit., str. 63.

smislu čl. 101.¹²²

Pod konceptom usklađenog djelovanja može se podvesti široki spektar ponašanja. Sud se ponekad trudi jasno razgraničiti sporazume od usklađena djelovanja. U konačnici nije niti važno jer su i jedni i drugi obuhvaćeni čl. 101. Ponekad određena ponašanja imaju elemente i jednog i drugog, te je sasvim nevažna rigidna podjela.¹²³

Razlikovanje u odnosu na sporazum dolazi do izražaja u fazi dokazivanja. Kada postoji pisani trag sporazuma dovoljno je pokazati njegovu antikompetitivnost. Međutim, kada je riječ o usklađenom djelovanju najprije treba dokazati činjenicu kako takva praksa doista i postoji, odnosno vidjeti kakvo je naknadno ponašanje sudionika na tržištu i pronaći vezu između uzroka i učinka sporazumijevanja¹²⁴ i utvrditi je li suprotna čl. 101. Dokazuje se posredni ili neposredni kontakt među poduzetnicima ili kako Vaughan naziva njihovo uzajamno razumijevanje.¹²⁵ Praksa nastoji obuhvatiti sve oblike mogućeg sporazumijevanja. Primjerice u predmetu *ICI* stranke su povisile cijene za isti proizvod u identičnom postotku i to gotovo istodobno. Europski sud je zaključio kako je riječ o usklađenom djelovanju budući da nije pronašao nikakvo drugo opravdanje za takvo ponašanje. Sud je svoju odluku podupro raznim činjenicama. Posebno je bio zanimljiv vremenski period u kojem su cijene povišene i visina cijena. Sud je naveo kako, iako paralelno ponašanje samo po sebi ne predstavlja usklađeno ponašanje, ono može predstavljati dovoljno čvrsti dokaz usklađenoga ponašanja ako stvara takve okolnosti koja odstupaju od normalnih tržišnih uvjeta.¹²⁶ Prema Sudu važno je ispitati tržište. Sud je utvrdio kako sličnost u cijenama se ne može objasniti na drugi način nego kao rezultat nezavisnog paralelnog ponašanja poduzetnika. Takvim postupanjem poduzetnici su otklonili nepredvidljivost na tržištu. Svaki je mogao pretpostaviti kako će se drugi poduzetnik ponašati.¹²⁷ Europski sud je u presudi *Suiker Unie* naglasio kako nije nužno dokazati postojanje plana.¹²⁸ Dovoljno je pokazati kako postoji direktni ili indirektni

122 *Ford of Europe Incorporated and Ford-Werke Aktiengesellschaft v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 228 i 229/82 od 28. 02. 1984., ECR 1984., str. 01129.

123 *Vidjeti SA Hercules Chemicals NV v. Commission of the European Communities*, br. T-7/89 od 17. 12. 1991., ECR 1991., str. II-01711.

124 *Vidjeti Hüls AG v. Commission of the European Communities*, br. C-199/92 P. od 08. 07. 1999., ECR 1999., str. I-4287., točka 161. Činjenice slučaja: Nekoliko poduzetnika aktivnih u europskoj petrokemijskoj industriji podnijelo je zahtjev za poništenje presude Općeg suda. Proizvođači su bili optuženi za kršenje čl. 101. jer su se regularno sastajali i određivali targetirane cijene. Razvili su takav sustav kojim se nadzirao volumen prodaje s namjerom podjele tržišta prema dogovorenim targetima koji su bili u postotku ili tonaži. Hüls koji je tom odlukom pored ostalih proglašen krivim i novčano kažnjen, tražio je poništenje odluke.

125 *Vaughan, D.*, op. cit., str. 64.

126 *Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities*, br. 48-69 od 14. 07. 1972., ECR 1972., str. 619., točke 65-68.

127 *Ibid.*, točka 18.

128 *British Sugar v. Commission*, br. C-359/01 P od 29. 04. 2004., točke 173-174. *Vidjeti još i 86/398/EEC: Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 - Polypropylene)*, OJ L 230 od 18. 08. 1986., str. 1-66.

kontakt među poduzetnicima čiji je cilj ili učinak utjecati na ponašanje stvarnog ili potencijalnog konkurenta na tržištu ili mu otkriti ponašanje koje su odlučili usvojiti ili razmišljaju usvojiti na tržištu.¹²⁹

Kod ovog oblika ograničenja tržišnog natjecanja potreban je izniman oprez. Slično ponašanje konkurenata na tržištu ne mora nužno upućivati na usklađeno djelovanje. Moguće da je to samo prilagođavanje postojećim tržišnim pozicijama. Ponekad je teško razgraničiti situacije paralelnog ponašanja koje su rezultat usklađenog ponašanja od normalnih ponašanja na tržištu. Presudom *ICI i Suiker Unie* postavljen je pravni standard za procjenjivanje usklađenog ponašanja. Potreban je neki oblik mentalnog konsenzusa, kao i činjenica da konsenzus ne treba biti usmeno izražen, već ga je moguće ostvariti direktnim ili indirektnim kontaktom između poduzetnika.¹³⁰

Ipak je nužno dokazati neki oblik međusobnog kontakta koji utječe na ponašanje poduzetnika. Traži se neka povratna informacija. Mora se dokazati kako postoje neke informacije koje ili nije moguće naći na tržištu ili je riječ o takvim podacima koji imaju značajan utjecaj na poslovne odluke.¹³¹ Bit je u tome da se uvijek analizira potencijalno antikompetitivno ponašanje i okolnosti koje ga okružuju. Uvijek treba pokušati vidjeti postoje li neki konkretni dokazi.

Međutim, najvažnije je utvrditi je li došlo do nekog oblika suradnje. Pojam usklađenog djelovanja uključuje konzultiranje među poduzetnicima i naknadno ponašanje na tržištu. Za dokazivanje dovoljno je utvrditi da su poduzetnici razmijenili određene informacije koje određuju njihovo ponašanje na tržištu. Tako je Komisija osudila situacije kada su poduzetnici razmjenjivali statističke podatke odnosno podatke o prodaji.¹³² Iako su takvi podaci javno dostupni, ponašanje će se klasificirati kao usklađeno jer zahvaljujući njima im je uštedeno vrijeme.

Situacija u kojoj poduzetnici šalju jedni drugima iznimno detaljne podatke, mogu upućivati na zaključak kako je riječ o nekom obliku usklađenog djelovanja. Zanimljivo, u predmetu *COBELPA* bila je riječ o stvarnom razmjenjivanju podataka bez sklopljenog sporazuma. Belgijska i nizozemska udruženja u području papirne industrije, *Cobelpa/VNP*,¹³³ obavijestili su Komisiju o usklađenom djelovanju između belgijskih i nizozemskih proizvođača papira i uredskog pribora. Oni su međusobno izmjenjivali statističke podatke, obavješćivali se o cijenama, uvjetima prodaje, nabave i plaćanja. Sudjelovali su u radnim skupinama za standardizaciju kvalitete i usklađivanje nomenklature. Čak su stranke neko vrijeme primjenjivale praksu

129 Vidjeti *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 40 do 48, 50, 54 do 56, 111, 113 i 114-73 od 16. 12. 1975., ECR 1975., str. 1663., točka 159-166., *SA Musique Diffusion française and others v. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 100 to 103/80 od 7. 6. 1983., ECR 1983., str. 01825., točka 425.

130 Whish, R., op. cit., str. 100.

131 Vaughan, D., op. cit., str. 64.

132 Ibid., str. 66.

133 77/592/EEC: Commission Decision of 8 September 1977 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/312-366 - COBELPA/VNP), OJ L 242 od 21. 09. 1977., str. 10-19.

usklađivanja cijena, ali su u vrijeme ispitivanja sporazuma s time prestale. Stranke su izmjenjivale informacije koje se odnose na prodaju. Prema Komisiji jedino logično objašnjenje za takvo postupanje je koordinirati međusobnu marketinšku strategiju i stvoriti takve uvjete konkurencije koji odstupaju od normalnih uvjeta na tržištu. Time se uobičajena situacija konkurencije u cijenama zamjenjuje međusobnom suradnjom.¹³⁴ Takvo ponašanje ograničava tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.

5.4. Primjena članka 101. UFEU na jednostrana postupanja

Poduzetnik koji samostalno posluje na tržištu ne potpada pod polje primjene čl. 101. i njegovo postupanje eventualno može biti sankcionirano pozivanjem na čl. 102., ali samo ako se nalazi u vladajućem položaju.

Iznimno je važno oprezno razmatrati pojedine situacije jer ponekad se može činiti kako određena situacija spada unutar čl. 102., a u stvari je riječ o određenom obliku sporazuma. O tome je već bilo govora. Bilo je riječi o situacijama u kojima poduzetnici unaprijed predstavljaju svoju buduću strategiju. U spomenutom predmetu *ICI*, poduzetnici su na sastancima unaprijed oglašavali povećanja cijena. To su isticali puno prije nego što se to doista i trebalo dogoditi. Ovisno o tome hoće li drugi poduzetnici prihvatiti takvu politiku tako će se određena situacija okarakterizirati. Isto tako, Komisija je u predmetu *Wood pulp* navela, kako je najavljuvanjem povećanja cijena puno prije nego što će se doista i dogoditi, pruženo dovoljno vremena ostalim konkurentima za usklađivanje cijena.

Isto se tako na prvi pogled može činiti kako kršenje čini isključivo jedan poduzetnik. Takvo naočigled jednostrano postupanje bilo je predmet rasprave u odluci *Johnson*.¹³⁵ Komisija je ispitivala situaciju u kojoj su poduzetnik i njegove podružnice provodile politiku s ciljem otežavanja izvoza testova za otkrivanje trudnoće iz Velike Britanije u Njemačku. Poduzetnik Johnson je prijetio dobavljačima da ukoliko budu izvezili robu zaustavit će ili zadržati dostavu. Iako je takvo ponašanje moguće progoniti pozivanjem na čl. 102., Komisija se opredijelila na čl. 101., jer je pronašla da, iako je akcija bila na prvi pogled jednostrana, svi su distributeri bili upoznati s uvjetima i na njih su pristali.¹³⁶ O takvim na prvi pogled jednostranim ponašanjima se raspravljalo u odlukama koje su se odnosile na sustav distribucije. U tom smislu zanimljivo je promatrati kako se stajalište Europskog suda s godinama radikalno izmijenilo.

U presudi *Telefunken*¹³⁷ proizvođač električnih uređaja AEG koristio se sustavom selektivne distribucije u svim državama članicama Europske unije. Prema

¹³⁴ Ibid., točka 29.

¹³⁵ 80/1283/EEC: Commission Decision of 25 November 1980 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.702: Johnson & Johnson), OJ L 377 od 31. 12. 1980. P., str. 16-27.

¹³⁶ Furse, M., op. cit., str. 144.

¹³⁷ Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Commission of the European Communities, br. 107/82 od 25. 10. 1983., ECR 1983., str. 3151.

mišljenju Komisije takav sustav selektivne distribucije je kršio čl. 101. Cijene je određivao isključivo AEG. Poduzetnik AEG se branio kako su sporni akti bilo strogo jednostrani i kako se na njih nije primjenjivao čl. 101. Sud je naveo kako ovdje nije bila riječ o jednostranom ponašanju jer se radilo o ugovornim vezama između AEG-a i njegovih ovlaštenih distributera. Naveo je kako AEG-ov sustav selektivne distribucije krši čl. 101. Ideja AEG-a bila je zadržati visoke cijene. Nadalje ističe kako svi distributeri, kojima se dopustilo da budu dio sustava distribucije i oni koji su nastavili primati dobra su implicitno pristali na antikompetitivne uvjete koje je nametnuo AEG. Došlo je do nekog oblika suradnje u smislu čl. 101. U predmetu Ford Europski sud je utvrdio kako Fordova politika, koja je odbijala dostavu Fordovih automobila s volanom na desnoj strani, je bila dio ugovornih veza između Forda i njemačkih distributera.¹³⁸ Presuda *Ford* je na neki način nastavak na predmet AEG. U ova dva predmeta Europski sud nije tražio dokaz o pristanku distributera na takvu politiku. Više puta spominjana odluka *Sandoz* je na prvi pogled mogla ukazivati na jednostrano postupanje, ali kako je već objašnjeno, radilo se o sporazumu.¹³⁹ Takav pogled olakšava dokazivanje u situacijama kada je riječ o kontinuiranim poslovnim vezama između dobavljača i distributera. Prema mišljenju Lianos Europski sud primjenjuje instrumentalan pristup.¹⁴⁰ U doktrini se dosta o tome raspravljalo. Smatra se kako je ovo tumačenje preširoko jer se time može staviti pod upitnik svako ponašanje koje bi moglo utjecati na integraciju tržišta.¹⁴¹

Prekretnica u prethodnom procjenjivanju je presuda *Bayer*. Nakon nje, izričito se zahtijeva dokaz o usuglašenosti volje poduzetnika, a što u prethodnim odlukama nije bio slučaj. U *AEG* i *Fordu*, Sud nije bio mišljenja kako je potrebno pokazati kako su distributeri pristali na njihovu politiku. Presudi *Bayer* je prethodila odluka Komisije *ADALAT*¹⁴² koja je ujedno jedna od prvih odluka u kojima se raspravljalo o jednostranom ponašanju. Činjenice su sljedeće. Postojala je znatna razlika u cijenama Bayerovih lijekova za kardiovaskularne bolesti u Velikoj Britaniji s jedne strane i Francuskoj i Španjolskoj s druge strane. Kao rezultat toga, francuski i španjolski veletrgovci su ponovno izvozili ADALAT na britansko tržište. Kao

138 *Ford - Werke AG and Ford of Europe Inc. V. Commission of the European Communities*, spojeni predmeti br. 25 i 26/84 od 17. 09. 1985., ECR 1985., str. 02725.

139 Stav je kasnije Sud potvrdio u presudi povodom žalbe, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v. Commission of the European Communities*, br. C-277/87 od 11. 01. 1990., ECR 1990., str. I-00045., kao i *Tipp-Ex GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities*, br. C-279/87 od 08. 02. 1990., ECR 1990., str. I-00261. Još vidjeti: 91/153/EEC: Commission Decision of 11 January 1991 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.624 - Vichy), OJ L 75 od 21. 03. 1991., str. 57-63., 88/172/EEC: Commission Decision of 18 December 1987 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.503 - Konica), OJ L 78 od 23. 03. 1988., str. 34-43., 90/38/EEC: Commission Decision of 13 December 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/32.026 - Bayo-n-ox), OJ L 21 od 26. 01. 1990., str. 71-79.

140 Lianos, Ioannis, *Collusion in Vertical Relations under Article 81 EC*, *Common Market Law Review*, vol. 45., 2008., str. 1040.

141 Loc. cit.

142 96/478/EC: Commission Decision of 10 January 1996 relating to a proceeding under Article 85 of the EC Treaty (Case IV/34.279/F3 - ADALAT), OJ L 201 od 09. 08. 1996., str. 1-81.

odgovor na tu politiku, Bayer je ograničio količine proizvoda koje je dostavljao španjolskim i francuskim dobavljačima u odnosu na one koje su prvobitno bile naručene. Kao posljedica toga, veletrgovci su prestali izvoziti na britansko tržište. Komisija je utvrdila kako takva zabrana izvoza s ciljem sprječavanja paralelnog izvoza lijekova krši čl. 101. Čini se kako je Komisija pojam sporazuma ipak preširoko tumačila. Uobičajena praksa prema kojoj Opći sud najčešće potvrdi odluku Komisije u ovom je predmetu izmijenjena. Naime, Komisija je utvrdila kako je postojao prešutni sporazum između Bayera i njegovih veletrgovca o tome kako neće izvoziti u Veliku Britaniju. Prema Komisiji to se moglo dokazati time što su veletrgovci prestali dobavljati lijekove u Veliku Britaniju. Međutim u ovom slučaju nije postojala zajednička namjera. Prodavatelji su naravno željeli dobivati što više proizvoda kako bi ih prodavali u Velikoj Britaniji. Bayer nije poricao činjenicu kako je smanjio dostavu lijekova u Španjolskoj i Francuskoj, ali je isticao kako je bila riječ isključivo o jednostranom ponašanju. Bayer se žalio na odluku Komisije i na iznos kazne. Opći sud je za razliku od Komisije utvrdio kako tu nije bilo riječi o sporazumu. Komisija nije dokazala postojanje sporazuma. Prema stajalištu Suda u ovom slučaju nije bilo pristanka ili prešutne suglasnosti na Bayerove akte. Čl. 101. se primjenjuje samo na koordinirana bilateralna ili multilateralna ponašanja.¹⁴³ U ovom slučaju bilo je riječi o jednostranoj politici Bayera. Za razliku od *Bayera*, u predmetima *AEG* i *Ford* bila je riječ o izričitom ili prešutnom prihvaćanju određenih akata. Opći sud je poništio odluku Komisije koja je utvrdila kako je izvozna dozvola prešutno uključena u ugovor o distribuciji. Ustanovio je kako Bayer nije namjeravao nadzirati ponašanja individualnih veletrgovca ili uvjetovati dostavu konačnom destinacijom proizvoda.

Sud je naveo kako se sporazum „centrira oko postojanja suglasnosti volja između barem dviju stranaka, oblik u kojem se manifestira je nevažan sve dok predstavlja istinito izražavanje namjera stranaka“¹⁴⁴. Sporazum će postojati ukoliko jedna strana pristane prešutno na praksu i mjere koja usvaja druga strana.¹⁴⁵ Opći sud je poništio odluku Komisije jer prema njemu Komisija nije smjela tako široko tumačiti pojam sporazuma. U ovom je slučaju bila riječ o jednostranom ponašanju koje nije kršilo čl. 101., iako je cilj takvog ponašanja bio spriječiti paralelni izvoz, ograničiti tržišno natjecanje i trgovinu između država članica. Prema Sudu Komisija nema ovlasti širiti ili sužavati Ugovorne odredbe.¹⁴⁶

Prema Whishu ovu presudu ne treba podcjenjivati. Prema njemu, da je Sud potvrdio odluku Komisije to bi dovelo do preširokog tumačenja pojma sporazuma, odnosno Komisija bi imale preširoke ovlasti u tumačenju ograničenja paralelne

143 Bayer AG v. Commission of the European Communities, br. T-41/96 od 26. 10. 2000., ECR 2000., str. II-3383., točka 64.

144 Ibid., točka 69.

145 Ibid., točka 71.

146 Ibid., točka 179. Na odluku Općeg suda Komisija je uputila žalbu Europskom sudu koji je potvrdio presudu Općeg suda, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v. Commission of the European Communities, spojeni predmeti br. C-2/01 P and C-3/01 P od 06. 01. 2004.

trgovine.¹⁴⁷ Prethodno razmišljanje Suda našlo je svoju potvrdu i u kasnijim presudama.¹⁴⁸ Zahtijeva se jasan dokaz o prešutnoj suglasnosti. Traže se jači argumenti od onih koje je Komisija prvobitno zahtijevala.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Članak 101. UFEU primjenjuje se na tri povezane, ali ujedno konceptualno različite situacije: sporazume, odluke udruženja i usklađeno ponašanje poduzetnika. Komisija i sudovi pod pojmom „sporazuma“ nastoje obuhvatiti sve moguće situacije u kojima bi poduzetnici mogli usuglasiti svoje ponašanje. Pojam se tumači vrlo široko kako poduzetnici ne bi različitim oblicima dogovora zaobišli primjenu članka 101. i samim time ništavost sporazuma.

Kako bi izbjegli primjenu propisa tržišnog natjecanja poduzetnici su često motivirani na sklapanje tajnog sporazuma ili usklađivanja svojeg ponašanja. Komisija i sudovi morali su pronaći mehanizme kojima će kazniti odnosno nadzirati razne neformalne oblike suradnje. U ovom je segmentu ključno djelovanje agencija i sudova u prepoznavanju i sankcioniranju mogućih zabranjenih ponašanja. Važno je prepoznati parametre kojima će se razlučiti nezavisno ponašanje poduzetnika na konkurentnom tržištu od nezakonitog dogovaranja.¹⁴⁹ Ono što je Komisiju oduvijek zanimalo je utvrđivanje namjere među sudionicima koluzije. Forma nije važna. Ispituje se istinska namjera poduzetnika, odnosno ograničava li takvo ponašanje tržišno natjecanje među državama članicama.

Pojam usklađenog djelovanja od pojma sporazuma razlikuju se po svojem intenzitetu i obliku u kojem se manifestira. Uvođenje pojma usklađenoga djelovanja bilo je nužno kako bi se ostavila mogućnost sankcioniranja određenih oblika paralelnih ponašanja. Kategorija usklađenog djelovanja čini vrlo fluidan koncept. S jedne strane pod tim pojmom nastoji se obuhvatiti najveći broj mogućih ponašanja, dok s druge kategorija je vrlo nejasna i dvosmislena. Postoji opasnost da se pod tim pojmom obuhvati bilo koja aktivnost među poduzetnicima koja se ne može dokazati pisanim sporazumom. Neophodno je postaviti određene granice u tumačenju pojma. Europski sud je pojam usklađenog ponašanja pojasnio u predmetu *ICI* gdje je naveo kako samo paralelno ponašanje ne predstavlja usklađeno djelovanje, ali može pružiti ozbiljne naznake o mogućem usklađenom ponašanju. Kasnije, u predmetu *Suiker Unie* naglašava kako nije nužno dokazati postojanje određenog plana s namjerom usklađivanja ponašanja. Predmet *Polypropylene* je odredio kako će se sankcionirati i sudjelovanje na sastancima, osim ako se poduzetnici ne ograde od mogućih antikompetitivnih stavova. Nakon predmeta *Cement* zahtijeva se određeni oblik reciprociteta u ponašanju.

147 Whish, R., op. cit., str. 106.

148 Vidjeti presude: Volkswagen Ag v. Commission of the European Communities, br. T-208/01 od 03. 12. 2003., General Motors Nederland BV and Opel Nederland BV v. Commission of the European Communities, br. T-368/00 od 21. 10. 2003., DaimlerChrysler v. Commission, br. T-325/01 od 15. 09. 2005.

149 Jones, A., Suffrin, B., op. cit., str. 27.

Isključivo jednostrano djelovanje poduzetnika neće biti sankcionirano člankom 101. Eventualno bi se takvog poduzetnika moglo osuditi pozivanjem na zabranu zlouporabe svojeg položaja, ali samo ako zauzima vladajući položaj na mjerodavnom tržištu. U takvim situacijama nužan je oprez jer ponekad, posebno u ugovorima o distribuciji dobavljač može u sustavu distribucije provoditi restriktivnu politiku koja je na prvi pogled jednostrana, ali su na nju izričito ili prešutno pristali ostali distributeri. Temeljno razlikovanje je napravljeno u odluci *ADALAT* odnosno presudi *Bayer*. Opći sud u *Bayeru* je postavio granice mogućem preširokom tumačenju pojma jednostranog ponašanja.

Karakteristike sporazuma, odluke udruženja poduzetnika i pojma usklađenog djelovanja često se međusobno preklapaju. Vidjelo se kako Komisija i sudovi često kompleksne karteke određuju kao sporazume, ali pronalaze i elemente usklađenoga djelovanja. Europski sud u presudi *Polypropylene* naglašava kako se članak 101. primjenjuje na sve oblike koluzije među poduzetnicima bez obzira na oblik koji poprimaju. U konačnici nema nikakvih razlika u supstantivnom ispitivanju je li riječ o sporazumu ili usklađenom djelovanju. Razlika je u njihovom dokazivanju. Sporazum traži dokazivanje zajedničke namjere, dok kod usklađenog djelovanja dovoljno je dokazati određeni oblik komunikacije.¹⁵⁰

Prema gledištu Komisije, ako se utvrdi kompleksno kršenje tijekom duljeg vremenskog perioda sasvim je nebitno je li riječ o sporazumu ili usklađenom djelovanju. Pojedine situacije se često međusobno preklapaju jer jedan sporazum može imati istovremeno i karakteristike ugovora i usklađenog djelovanja.¹⁵¹ Kako navodi Odudu, regulatore bi trebalo zanimati zašto se poduzetnici uključuju u takve oblike suradnje.¹⁵² Nije toliko važno utvrditi i precizirati o kakvom se obliku suradnje radi, već koji su motivi iza nje.

Pravilima tržišnog natjecanja štiti se slobodno tržište s raznolikim brojem proizvoda i usluga. Time se osigurava kompetitivnost tržišta s velikim brojem mogućnosti na raspolaganju na kojem potrošač može nesmetano birati oslobođen bilo kakvih utjecaja.¹⁵³ U takvim situacijama potrošačko blagostanje se maksimizira, odnosno kako se u doktrini ističe postiže se samostalnost, ili tzv. suverenitet potrošača,¹⁵⁴ a što i odgovara mišljenju kako je najvažniji cilj prava tržišnog natjecanja povećanje blagostanje potrošača.

150 Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., 96.

151 Tako je u odluci *Interbrew and Alken-Maes* riječ o dugoročnim i kompleksnim restriktivnim sporazumima na belgijskom tržištu piva. *Interbrew NV i Alken-Maes NV*, najveći dobavljači piva na belgijskom tržištu, konzultirali su se i zaključili sporazume o "međusobnoj neagresivnosti", cijenama i promocijama u poslovnim prostorijama, ograničenju investicija i oglašavanja, podjeli klijenata i novom sustavu cijena. Commission Decision of 5 December 2001, Case IV/37.614/F3 PO/*Interbrew and Alken-Maes*, OJ L 200 od 07. 08. 2003., str. 1-58., točka 223.

152 Odudu, O., *The Boundaries...*, op. cit., str. 82.

153 Lande, Robert, H., *Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust*, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 62., 2000-2001., str. 1.

154 O tome više: Lande, Robert, H., Averitt, Neil, W., *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust Law Journal*, vol. 65., 1996-1997., str. 722. i 723.

Summary

PROHIBITED AGREEMENTS IN THE EUROPEAN COMPETITION LAW

All agreements and other collusive actions between undertakings which restrict competition and affect trade between Member States are prohibited according to the Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union. It is necessary to fulfil certain conditions in order to apply the prohibition. One of them presumes the existence of the “agreement” formed by undertakings. The notion of the “agreement” covers agreements, decisions taken by associations and any other form of concerted practices developed by undertakings.

The Treaty does not contain a definition of “agreement”, and therefore, the meaning of it has been defined within court practice. Due to the fact that it is extremely difficult to distinguish between situations in which undertakings in intelligent manner respond to reactions of their competitors and situations in which they advisedly act with knowledge about other’s behaviour, it is of the most importance to determine some common characteristics which should be taken into consideration when interpreting the notion of “agreement”. Having this in mind, the author in the article discusses and analyses the most important decisions of the Commission and judgments of the European Union courts with the effort to detect their common parameters.

A special attention has been given to the category of concerted practices. Under this category all sorts of uncompetitive practices are included, for example the one which could not be embraced by the definition of the agreement or decisions taken by associations. It is especially interesting to see what has to be concluded with regard to unilateral actions.

The author concludes that the concept of the “agreement”, as interpreted in court practice, means existence of will between at least two parties no matter the form of its manifestation if there is a clear expression of intent of the parties.

Key words: *competition, European Law, agreements between undertakings, decisions taken by associations, concerted practices.*

Zusammenfassung

VERBOTENE VEREINBARUNGEN IM EUROPÄISCHEN WETTBEWERBSRECHT

Mit Artikel 101. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind alle Vereinbarungen und andere abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die den Wettbewerb und somit den Handel auf dem Binnenmarkt beeinträchtigen, verboten. Damit dieses Verbot Anwendung findet, müssen bestimmte Bedingungen erfüllt werden. Als Erstes muss eine „Vereinbarung“ zwischen den Unternehmen bestehen, wobei unter „Vereinbarung“ alle Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen wie auch andere abgestimmte Verhaltensweisen zu verstehen sind.

Da der AEUV keine feste Definition der Vereinbarung beinhaltet, bekommt dieser Begriff erst durch die Rechtsprechung eine Bedeutung. In der Auslegung dieses Begriffes müssen einige gemeinsame Merkmale festgestellt werden, weil es äußerst schwierig ist zwischen Situationen, in denen Unternehmen nur intelligent auf ihre Konkurrenz reagieren und Situation, in denen sie abgestimmt handeln, zu unterscheiden. Insofern analysiert diese Arbeit die wichtigsten Urteile der EU-Gerichte und versucht auf Gemeinsamkeiten in den Urteilen hinzudeuten.

Als besonders wichtig wird die abgestimmte Verhaltensweise betont. Diese Kategorie sollte alle Verhaltensweisen umfassen, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen können und nicht als Vereinbarung definiert werden können, wobei einseitiges Handeln als besonders interessant erscheint

Es wird geschlossen, dass die Auslegung des Begriffes der Vereinbarung durch die Rechtsprechung auf die Existenz des Willens zwischen mindestens zwei Parteien deutet, während die Offenbarungsform dieses Willens unwichtig ist, solange die Parteien ihre Absicht ehrlich zeigen.

Schlüsselwörter: *Wettbewerb, Europäisches Recht, Vereinbarungen von Unternehmen, Entscheidungen über das Zusammenkommen von Unternehmen, abgestimmte Verhaltensweise.*

Riassunto

**GLI ACCORDI VIETATI NEL DIRITTO EUROPEO DELLA
CONCORRENZA**

L'art. 101 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea vieta qualsiasi accordo o comportamento collusivo tra imprenditori, che limiti la libera concorrenza e che influisca sul mercato tra Stati membri. Affinché il divieto operi, necessariamente devono sussistere alcune condizioni. Una di queste prevede l'esistenza di un "accordo" tra imprenditori; intendendo con tale termine gli accordi, le decisioni di associarsi e qualsiasi forma di comportamento coordinato degli imprenditori.

Nel Trattato non esiste una definizione di „accordo“, sicché essa viene individuata dalla prassi giurisprudenziale. Posto che è particolarmente difficile distinguere situazioni nelle quali gli imprenditori reagiscono intelligentemente alle reazioni dei propri concorrenti da quelle situazioni nelle quali operano coscientemente consapevoli del comportamento dell'altro, è importante accertare certe caratteristiche comuni nell'interpretazione del termine "accordo". Per questo motivo nel lavoro si osservano ed esaminano le più significative decisioni della Commissione e le sentenze delle corti dell'Unione europea nell'intento di individuare parametri comuni nelle loro considerazioni.

Particolare attenzione viene dedicata alla categoria del comportamento coordinato, la quale tende ad abbracciare tutte quelle pratiche anticoncorrenziali che non si possono annoverare nella definizione di accordo o di decisioni che prevedono associazioni.

E' particolarmente interessante riflettere sulle situazioni che prevedono comportamenti unilaterali.

Si perviene alla conclusione che il concetto di „accordo“, così come inteso nella prassi giurisprudenziale, s'indirizza sull'esistenza della volontà tra (almeno) due parti; mentre la forma, nella quale si manifesta, non è rilevante qualora esista una chiara manifestazione dell'intenzione delle parti.

Parole chiave: *concorrenza, diritto europeo, accordi tra imprenditori,
decisioni di associazione tra gli imprenditori,
comportamento coordinato.*

OSOBNI STEČAJ: *GLOBALNI TREND I HRVATSKA PERSPEKTIVA*

Mr. sc. Dejan Bodul, asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.736.5
Ur.: 17. prosinca 2010.
Pr.: 21. veljače 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Osobni stečaj egzistira, u različitim oblicima, skoro tri stoljeća. Ratio je omogućavanje fizičkim osobama određene vrste osiguranja protiv insolventnosti te neočekivanih troškova. Predmetna filozofija uključuje legislativno uređenje otpusta dugova, pri čemu se osobama dopušta da zadrže određenu imovinu i osiguraju nužne životne potrebe te onemogućuje bilo kakva diskriminacija poslije otpusta dugova. Iako predmetni institut nije legaliziran u Hrvatskoj, predmet je mnogih razmatranja i rasprava budući da se postupak otpusta dugova fizičkih osoba manifestira različitim modelima. Tako američko osobno stečajno zakonodavstvo se smatra najdarežljivijim na svijetu, dok s druge strane većina europskih zakonodavstava do nedavno nije ni imala inkorporirane nikakve odredbe o otpustu dugova za fizičke osobe. Stoga je cilj rada razmotriti modele osobnog stečaja. Autor počinje s kratkim povijesnim osvrtom, nakon čega slijedi prikaz komparativnih modela te zapaženih slabosti i prednosti. Rad završava zaključkom, odnosno kratkim preporukama koje bi se trebale razmotriti prilikom reforme pasivne stečajne sposobnosti.

Ključne riječi: *osobni stečaj, komparativni modeli, smjernice za reformu.*

1. POVIJESNI OSVRT

Stalne razvojne tendencije društva od prvobitne zajednice do današnjih dana karakteriziraju promjene u svim sferama ljudskoga djelovanja i postojanja. Iz te perspektive i institut insolventnosti, nezavisno o uzroku, star je koliko i sama civilizacija. Ono što se mijenja jest njegov sadržaj i definicija. Stoga, insolvencijsko zakonodavstvo kroz prizmu povijesti može poslužiti kao pogled u povijest ljudske civilizacije jer su insolvencijske odredbe određene epohe odraz postignute civilizacije i kulture. Nerijetko položaj osoba nesposobnih za plaćanje može poslužiti kao indikator kako je pojedince, dužnike koji nisu mogli ispuniti potraživanja po dospijeću, tretirala vladajuća većina. Već u razdoblju klasične antike različiti drakonski sustavi, dužnički zatvor, sakaćenje i drugi oblici tjelesnog kažnjavanja,

bili su stvoreni za pojedince koji po dospijeću nisu ispunili svoje obveze.¹ Ako je sukladno shvaćanjima Hegela, *filozofija svoje vrijeme mislima obuhvaćeno*² onda je kaznenopravna odgovornost za nevraćanje dugova filozofija koja je obuhvaćala začetke antičkog insolventijskog zakonodavstva.³ Kako je ljudsko dostojanstvo bilo pogaženo u antici, srednji vijek ga je nastavio obespravljivati u potpunosti.⁴ Razdoblje ranog europskog srednjeg vijeka, još uvijek ne karakterizira niti potreba za razmjernom ekonomskom efikasnošću. Iako je tim razdobljem dominirala kršćanska crkva koja je bila i blagonaklona prema siromašnima utoliko što je i siromaštvo prezentirala kao duhovnu vrijednost, stvari su ipak bile nešto složenije.⁵ Umjesto milosrđa prevladala je želja za nehumanim kažnjavanjem osoba koje po dospijeću nisu mogle podmiriti potraživanja slijedom čega su *a priori* bili shvaćeni kao kriminalci (*fallitus ergo fraudator*).⁶ Postupno, zakonodavci su prihvatili ideju da se dužnik oslobađa odgovornosti za dug predajom imovine, čime je redefinirana insolventnost *from sin to risk, from moral failure to economic failure*.⁷ Stoga prestanak institucije dužničkog zatvora,⁸ znači ulazak u završnu fazu i nastajanje, uvjetno govoreći, modernoga stečajnog zakonodavstva.⁹ Iako se začeci potrošačkoga stečajnog zakonodavstva mogu vidjeti u Zakonu iz 1705., *An Act to Prevent Frauds Frequently Committed by Bankrupts, Statute 4 & 5 Anne, c. 17*, promjene nisu

- 1 Kao primjer v. Džingis Kanov zakonik Yasa dvaput je opraštao dugove insolventnim pojedincima prije negoli je davao ovlaštenje da ih se ubije. Tako v. VERNADSKY, George, *The Scope and Contents of Chingis Khan's Yasa*, Harvard Journal of Asiatic study, Vol. 3., 1938., str. 337.
- 2 V. WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Georg, *Osnovne crte filozofije prava*, Sarajevo, 1964., str. 18.
- 3 U rimskom pravu predmetna materija je regulirana putem *Leges duodecim tabularum (Ploča III), Lex Poetelie i Lex Julie*. Za detaljnije v. MORRIS Norval; ROTHMAN, David, J. (eds.), *The Oxford history of the prison: The practice of punishment in western society*, Oxford University Press, 1998., str. 14. et seq.
- 4 Za podrobnije v. GRATZER, Karl; STIEFEL, Dieter (ed.), *History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective*, Södertörns högskola, 2008., str. 15-61.
- 5 Sam Isus Krist živio je siromašno, dajući tako primjer svojim učenicima i sljedbenicima. Za Isusa Krista, bogatstvo predstavlja opasnost za čovjeka.... On posjeduje blago na zemlji pa može izgubiti ono na nebu. V. (Mk 4, 19, Lk 8, 14), (Lk 16, I 19, 12, 15-21) i (Lk 12, 339).
- 6 V. BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England, Book the Second*, Clarendon Press, Oxford, 1829., Vol. II, str. 472. fusnota (2).
- 7 Tako MANN, Bruce H., *The Republic of Debtors - Bankruptcy in the Age of American Independence*, London, Harvard University Press, 2002., str. 5.
- 8 U Austriji, 1866.; Francuskoj, 1866.; Engleskoj, 1869.; Belgiji, 1871.; Njemačkoj, 1871.; Irskoj, 1872.; Danskoj, 1872.; Norveškoj, 1874.; Švicarskoj, 1874.; Italiji, 1877.; Švedskoj, 1877.; Škotskoj, 1877.; Belgiji, 1883.; Nizozemskoj, 1893. i Grčkoj 1900. Podaci iz SGARD, Jerome, *The invention of modern bankruptcy law in Europe, 1808-1914*, rad je prezentiran na prvom Economic history panel: Past, present, and policy on 'International financial integration' Vienna, 2005., str. 33. (dostupno kod autora)
- 9 Za detaljnije MARTIN, Natalie, *The role of history and culture in developing bankruptcy and insolvency systems: The perils of legal transplantation*, Boston College International & Comparative Law Review, Vol. 29., No. 1., 2005.

išle tako brzo.¹⁰ Stoga usprkos probouju ideje liberalne ekonomske misli i slobode trgovine polovicom XIX. stoljeća proći će još puno vremena dok se ne prevaziđe stečajna malograđanština i uvidi potreba uvođenja stečaja nad imovinom svih fizičkih osoba. Napose ako uzmemo u obzir činjenicu da je predmetni institut uveden u Velikoj Britaniji 1861., SAD-u 1898., Danskoj 1984., Francuskoj 1989., Finskoj i Norveškoj 1993., Švedskoj 1994., Austriji 1995., Njemačkoj 1999., Nizozemskoj i Belgiji od 1998., Sloveniji 2008. i Grčkoj 2010. itd. Zaključno sa 2010. godinom 18 od 27 zemalja članica EU-a i Norveška su inkorporirale potrošačko insolventijsko zakonodavstvo.¹¹ Još nije uvedeno, primjerice, u Italiji, Mađarskoj, Rumunjskoj, Litvaniji, susjednim zemljama EU-a, Rusiji i Ukrajini kao ni u Hrvatskoj.¹² Ipak stupanjem na snagu Stečajnog zakona 1. siječnja 1997. godine, otpočela je reforma insolventijskoga zakonodavstva u Republici Hrvatskoj po uzoru na germansko zakonodavstvo.¹³ Počevši od 1997. godine pa sve do Novele iz 2010., reforme ipak nisu bile tako smjele da dopuste stečaj nad imovinom svih fizičkih osoba, pa se stečaj može provesti samo nad imovinom dvije kategorije fizičkih osoba, obrtnika i trgovca pojedinca.¹⁴ Time je odstupljeno od europskoga, ali i anglosaksonskoga,

10 Podrobnije v. KADENS, Emily, *The Last Bankrupt Hanged, Balancing incentives in the development of bankruptcy law*, Duke Law Journal, Vol. 59., 2010., str. 1236.

11 Svrha rada nije rasprava o ispravnosti termina osobni stečaj, osobni bankrot ili potrošački stečaj koje autor koristi. U komparativnoj analizi na engleskom jeziku doktrina koristi *consumer bankruptcy*, *consumer insolvency*, *personal insolvency*, *overindebtedness law*, *consumer debt adjustment*, *debt arrangement*, *bankruptcy of individual debtor*, *debt consolidation proceedings* pa zakonodavstvo Velike Britanije i Australije koristi termin *bankruptcy* za potrošače, a *insolvency* za pravne osobe. Stoga osobitosti njihovih zakonodavnih uređenja legitimiziraju korištenje različitih termina te usprkos tehničkim razlikama, temeljni koncept, osobnog stečaja kao sredstva pomaganja manje financijski sretnim fizičkim osobama, ostaje isti. Ipak kada institut bude uveden nužno je konstruirati termin koji bi označavao područje subjektivne primjene te jasnost i nedvosmislenost u pravnoj (i široj) lingvistici budući da je... *jezik prava jedini stručni jezik koji trebaju razumjeti i nestručnjaci (Gernot)*. Cit. iz BARBIĆ, Jakša (moderator), *Godišnjak Tribine Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba*, Zagreb 2007., str. 137.

12 Za detaljniji popis zemalja koje su inkorporirale institut osobnog stečaja u svoje pozitivno pravo v. KILBORN, Jason J., *Expert Recommendations and the Evolution of European Best Practices for the Treatment of Overindebtedness, 1984-2010.* (dostupno kod autora), str. 14. te EFRAT, Rafael, *Global Trends in Personal Bankruptcy*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 76., 2002., str. 763. *et seq.*

13 Iako je institut osobnog stečaja postojao u određenoj formi i ranije u Privremenom Stečajnom redu donesenom 18. srpnja 1859., Stečajnom zakonu od 28. ožujka 1897. te Stečajnom zakonu iz 1930., teško je govoriti o efikasnom i adekvatnom sustavu zaštite insolventnih fizičkih osoba. Za detaljnije o tadašnjoj regulativi v. VERONA, Antun; ZUGLIA, Srećko, *Stečajni Zakon, Zakon o prinudnom poravnanju i Zakon o uvođenju u život tih zakona, s komentarom, sudskim rješidbama i dodatkom sporednih pravnih propisa*, tisak Jugoslavenske štampe, Zagreb, 1930. – Uvodne odredbe.

14 Stečajni zakon (Narodne novine, br. 44/96., 29/99., 129/00., 123/03., 82/06. i 116/10. - dalje u tekstu SZ), članak 3. stavak 1. Od susjednih zemalja samo Slovenija ima institut potrošačkog stečaja. V. *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju*, Uradni list, br. 126/07., 40/09., 59/09. i 52/10., članak 5. stavak 2., točka 2. te podrobnije IVANJKO, Šime, *Novo insolventno pravo i osobni stečaj u Sloveniji*, Zbornik

pristupa adekvatnom i efektivnom potrošačkom insolventijsko sustavu kako je to zahtijevalo Vijeće Europe.¹⁵ Ipak stečaj nad imovinom dužnika pojedinca kako je uređen u Stečajnom zakonu vjerojatno je prvi korak prema otvaranju mogućnosti provođenja stečajnog postupka nad imovinom svih fizičkih osoba. Treba biti realističan i ne očekivati previše, ali s obzirom na rast potrošačkoga mentaliteta i regulative, kao i tendencija suvremenih europskih zakonodavstava, za očekivati je da će se ubrzo i u pozitivno pravo uvesti model stečaja nad imovinom svih fizičkih osoba, odnosno osobni stečaj.¹⁶

2. MODELI ZA RAZMATRANJE

Pokretač suvremenih reformi predmetne materije je pokušaj odgovora na četiri pitanja. Tko je subjekt pasivne stečajne sposobnosti, koji je opseg imovine koju dužnik smije zadržati, koja buduća imovina je zaštićena te tko odlučuje i na koji način.¹⁷ Razlozi koji su vodili raznim modelima potrošačkog stečaja najčešće su ovisili o tomu kako je opći insolventijski postupak strukturiran. Stoga i koncept ima drugačije značenje u europskom pravnom krugu od onog koje ima u anglosaksonskom pravnom krugu. Pristup u SAD-u, koji se zove i angloamerički ili *open credit economy* pristup,¹⁸ karakterizira brzi otpust odgovornosti za dugove te likvidacija neizuzete¹⁹ imovine (tzv. *fresh start* filozofija).²⁰ Ovo je svojevrsna suprotnost s europskim zakonodavstvima koji do nedavno nisu htjeli priznati prikladnost oprosta dugova fizičkim osobama naglašavajući važnost načela *pacta*

radova, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 7., Mostar, 2009., str. 49.-56. Ostale susjedne zemlje ne poznaju predmetni institut. Tako srpski Zakon o stečaju (Službeni glasnik RS, br. 104/09.). Zakon o stečajnom postupku Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH, br. 29/03., 32/04. i 42/06.) i Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 67/02., 77/02., 96/03. i 68/07.); Mađarski insolventijski zakon (Act XLIX of 1991 and Govern. Decree 114/2006 (V. 12.)), te Crnogorski zakon o insolventnosti privrednih društava (Službeni list RCG, br. 62/08.).

- 15 Recommendation on legal solutions to debt problems. Recommendation of the Committee of Ministers to member states on legal solutions to debt problems: CM/Rec(2007)8 par. 4.
- 16 U prilog tome i Vlada Republike Hrvatske, Program gospodarskog oporavka, travanj 2010., str. 20. te Izvješće Hrvatskog sabora, Klasa: 700-01/10-01/1893, Ur. broj: 514-04-03-10-02 od 25. svibnja 2010., str. 9. gdje naznačuje uvođenje Zakona o osobnom bankrotu u 2011. godini.
- 17 Za detaljnije v. TABB, Charles J., The top twenty issues in the history of consumer bankruptcy, University of Illinois Law Review, No. 1., 2007., str. 11.
- 18 NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna, Consumer Bankruptcy in Comparison: Do We Cure a Market Failure or a Social Problem? Osgoode Hall Law Journal, Vol. 37., 1999., str. 476.
- 19 Sintagma *izuzeta imovina* koristimo u pogledu imovine na kojoj se ovrha protiv dužnika ne može provesti, odnosno o imovini koja ne ulazi u stečajnu masu. Slično je u SZ, članak 68.
- 20 Sintagma *fresh start* prvi put je korištena na američkom Vrhovnom sudu u slučaju Local Loan Co. v. Hunt, 292 U.S. 234 (1934). Za podrobnije v. WHITFORD, William C., Changing Definitions of Fresh Start in U.S. Bankruptcy Law, Journal of Consumer Policy, Vol. 20., 1997., str. 179-198.

sunt servanda,²¹ te koji još uvijek, u većini slučajeva, uvjetuju oslobađanje od preostalih dugova planom plaćanja (tzv. *earned start* filozofija).²² Usprkos svim razlikama, glavna karakteristika ovih sustava je oslobođenje od odgovornosti za dugove okončanjem postupka. Forma kao i opseg otpusta neplaćenih potraživanja razlikuju se ovisno o pravnim sustavima što može biti pridodano povijesnim kao i političko pravnim razlozima.²³ Slijedom navedenoga, okosnicu rada predstavljaju razmatranja potencijalnih modela osobnog stečaja.

2.1. *Anglosaksonski model*

2.1.1. *SAD*

Positivno-pravna regulativa daje mogućnosti u okviru stečajnog postupka, s tim da je svaka oblikovana za drugu vrstu dužnika i ima predviđenu drugačiju proceduru. Predmetne opcije obuhvaćaju drugačije glave Stečajnog zakona, pa tako imamo Glavu 7., 9., 11., 12. i 13. s tim da je *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*²⁴ uveo dodatnu Glavu 15. koja obuhvaća međunarodne stečajne procedure.²⁵ Ipak tradicionalno, fizičke osobe najčešće koriste dvije opcije, i to Glavu 7.²⁶ te Glavu 13.²⁷ Oni isto mogu podnijeti prijedlog za pokretanje stečajne procedure i u skladu s Glavom 11.,²⁸ i to nakon odluke Vrhovnog suda,²⁹ što

-
- 21 Tako ZIEGEL, Jacob, *Facts on the Ground and Reconciliation of Divergent Consumer Insolvency Philosophies*, *Theoretical Inquiries in Law*, 2006., Vol. 7., str. 299-322.
 - 22 NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna, op. cit., str. 475-476. Isto tako v. Zelenu knjigu, Poduzetništvo u Europi, Europska komisija, COM(2003) 27 final, str. 13. gdje je potrošački stečaj promatran kao stigma koja obilježava i onemogućuje poduzetnike u njihovim daljnjim poslovnim pothvatima.
 - 23 V. HOWARD, Margaret A., *A Theory of Discharge in Consumer Bankruptcy*, *Ohio State Law Journal*, Vol. 48., 1987., str. 1047-8.
 - 24 *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005* (dalje u tekstu BAPCA), Pub. L. No. 109-8
 - 25 Za detaljnije v. WESTBROOK, Jay Lawrence, Chapter 15 at Last, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79., 2005., str. 713.-728. gdje se naznačuje da je zadnjom reformom stečajnog prava smatrano da bi Model Law trebao biti limitiran na pravne osobe. Isto v. 11 U.S.C. § 1501(c)(2) (2005).. *This chapter does not apply to... (2) an individual...*
 - 26 11 USC §§101-1330 (1978), amended by Pub L. No 109-8. Glavu 7. koriste osim individualnih dužnika i neki oblici pravnih osoba. V. LANDRY, Robert J., *An empirical analysis of the causes of consumer bankruptcy: Will bankruptcy reform really change anything?* *Rutgers Business Law Journal*, 2006., Vol. 3., No. 1., str. 5. Isto v. POSNER, Eric A., *Should debtors be forced into Chapter 13?* *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 32., 1999.
 - 27 11 USC § 1328(a) (2005) amended by Pub. L. No. 109-8. Za istaknuti je da je Glava 13. najčešće korištena od pojedinaca, ali se njome mogu koristiti i *individual business debtors such as sole proprietorships*. V. LANDRY, Robert J., *An empirical analysis ...cit.*, str. 5.
 - 28 11 U.S.C. par. 1101-1174 (2000).
 - 29 Iako je područje subjektivne primjene Glave 11. namijenjeno prvenstveno za pravne osobe, nakon presude Toibb v. Radloff, 501 U.S. 157 (1991). primjenjuje se i na fizičke osobe. Za detaljnije v. WELER, Robin, *Consumer Bankruptcy Reform in the 109th Congress: Background and Issues Updated*, CRS Report for Congress, 2005., str. 6.

je iznimno rijetka situacija.³⁰ Ipak najzastupljenija je procedura u skladu s Glavom 7. Stečajnog zakona SAD-a (tzv. *liquidation bankruptcy ili straight bankruptcy*). U skladu s predmetnom procedurom, potrošačima je omogućen automatski otpust dugova u zamjenu za distribuciju neizuzete imovine u korist vjerovnika. U velikoj većini slučajeva, stečajni upravitelj će utvrditi da dužnik ne raspolaže neizuzetom imovinom. Slijedom navedenoga dužnik dobiva otpust dugova i novi financijski početak samo 4 mjeseca nakon podnošenja prijedloga i najčešće bez predaje bilo kakve imovine i budućih prihoda. Do reforme 2005. godine okvirno 70 % dužnika je podnosilo zahtjev za otpust dugova u skladu s Glavom 7. Drugih 30 % dužnika je ušlo u proceduru u skladu s Glavom 13. gdje se dužnik obvezuje iz svoje buduće zarade, tijekom razdoblja od tri godine, odricati dijela svojih primanja u korist vjerovnika sukladno planu plaćanja (tzv. *wage earner's plan*).³¹ Dio koji će dužnici mjesečno isplaćivati izračunava se temeljem njihovih mjesečnih prihoda nakon što se oduzmu razumni životni troškovi.³² Okončanjem plana plaćanja, dužnici više nisu odgovorni za preostali dug.³³ *Ratio* reforme 2005. je smanjenje broja dužnika koji su se prijavljivali za Glavu 7. budući da su u određenim slučajevima dužnici tražili automatski otpust dugova, iako su bili u mogućnosti, u skladu s Glavom 13. i planom plaćanja, namiriti vjerovnike.³⁴ Da bi se to izbjeglo BAPCA je 2005. godine uvela nekoliko novosti, a jedna od njih je i postupak obveznog savjetovanja³⁵ od strane ovlaštenih agencija.³⁶ Sljedeća velika novina je matematički formulirani test (*means test*) koji je utvrđivao podobnost bilo za Glavu 7. ili 13., odnosno ekonometrijski test koji će nepoštene podnositelje prebaciti iz Glave 7. u Glavu 13.³⁷ Time je BAPCA eliminirala staru presumpciju dužnikovog izbora Glave 7. i zamijenila je novom presumpcijom koju generira *mean test*, tj. nemogućnost izbora Glave 7. za osobu koja ima dostatna sredstva da tijekom vremena podmiri svoja dugovanja.

30 Za podrobnije v. LANDRY, Robert J., Individual Chapter 11 Reorganizations: Big Problems with the New 'Big' Chapter 13, University of Arkansas at Little Rock Law Review, Vol. 29., 2007. Isto v. MARKELL, Bruce A., The Sub rosa subchapter: Individual debtors in chapter 11 after BAPCPA, University of Illinois Law Review, Vol. 2007., No. 1.

31 11 U.S.C. par. 1322 (2000) gdje specificira sadržaj *wage earner's* plana. Isto v. LANDRY, III, Robert J., An Empirical Analysis ...cit., str. 5. te McDUFFIE, Reginald W., The Wage Earner's Plan in Practice, Vanderbilt Law Review, Vol. 15., 1962., str. 173., 175-76.

32 11 U.S.C par. 1325(b)(1)-(2).

33 11 U.S.C par. 1328(a).

34 V. slučaj *In re Lamanna*, 153 F.3d 1, 5 (1st Cir. 1998) gdje se razmatra položaj dužnika koji su podnijeli prijedlog za Glavu 7., iako imaju sredstva da plate vjerovnike tijekom vremena.

35 Tzv., *credit counseling and financial education courses*. Sinonimi su *budget planners, debt adjusters, debt poolers, i debt consolidators*. V. KRIVINSKAS, Lea, Don't Filer: Rehabilitating Unauthorized Practice of Law - Based Policies in the Credit Counseling Industry, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 79., 2005., str. 51.

36 Za podrobnije WEDOFF, Eugene R., Major consumer bankruptcy effects of BAPCPA, University of Illinois Law Review, No. 1., 2007., str. 36.

37 WEDOFF, Eugene R., Means Testing in the New § 707(b), American Bankruptcy Law Journal, Vol. 79., 2005., str. 231, 232.

2.1.2. Engleska i Wales

2.1.2.1. Stečaj

Stečaj je formalni odgovor na insolventnost fizičkih osoba u Engleskoj. Reguliran je dijelom IX Insolvency Acta 1986 (UK).³⁸ Radi se o sudskom postupku u kojoj rješenje može donijeti engleski Visoki sud (*High Court*) ili nadležni općinski sud (*County Court*), na prijedlog dužnika ili vjerovnika. Dužnikov prijedlog mora sadržavati dokaz o nemogućnosti podmirivanja dugova.³⁹ Središnja uloga je dana stečajnom upravitelju, odnosno državnom službeniku kojeg je zaposlio *Insolvency Service*, a koji je dio Ministarstva nadležnog za poduzetništvo i industriju.⁴⁰ Ipak, privatnog upravitelja, kao zamjenu, može imenovati vjerovnik ili nadležno ministarstvo.⁴¹ U slučaju da je dužnikov prijedlog osnovan sud će mu naložiti da vrši plaćanja iz svojih neizuzetih primanja tijekom perioda od 3 godine.⁴² Zauzvrat, većina dugova za koje je dužnik bio odgovoran početkom stečajnog postupka se otpuštaju.⁴³ Otpust postaje još darežljiviji uvođenjem Enterprise Act-a 2002.⁴⁴ Naime, u skladu s tim izmjenama Insolvency Act-a 1986, dugovi su automatski otpušteni protekom perioda od 12 mjeseci, za razliku od prijašnjeg perioda koji je iznosio tri godine, od pokretanja stečajnog postupka.⁴⁵ Također, otpust može biti dobiven i prije isteka perioda od 12 mjeseci uz preduvjet da upravitelj obavijesti sud da je ispitivanje dužnikovog ponašanja i njegovih imovinskih odnosa nepotrebno ili je već izvršeno. *Ratio* legislative reforme je želja za smanjenjem stigme koja se povezivala sa stečajem poduzetnika.⁴⁶ Slijedom toga poduzetnička aktivnost treba biti poticana brzim otpustom dugova te uklanjanjem niza pravnih prepreka kojima je dužnik bio podvrgnut. Također su uvedene penalne odredbe s ciljem kažnjavanja nepoštenih i neodgovornih dužnika. Iako je reforma Insolvency Act 1986. iz 2002. imala u cilju privatne poduzetnike, sve fizičke osobe, teoretski, pod istim pretpostavkama imaju pravo pristupa predmetnoj proceduri. Ipak judikatura u većini slučajeva naznačuje da je pristup izvan dosega fizičkih osoba prvenstveno zbog visokih troškova koji se moraju predujmiti kao preduvjet pristupanja stečajnoj proceduri.

38 V. Insolvency Act 1986, 1986 c. 45. – dalje u tekstu Insolvency Act 1986. Za detaljnije WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., *Consumer Bankruptcy Law Reform in Scotland, England and Wales*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 80., 2006., str. 481. *et seq.*

39 Section 272 Insolvency Act 1986.

40 Section 287 Insolvency Act 1986.

41 Takav povjerenik mora biti licenciran od ovlaštene komore upravitelja. V. Sections 292-296 of the 1986 Act.

42 To se vrši temeljem *income payment order* ili *income payments agreements*. Section 310-310A of the Insolvency Act 1986. Dužnik mora u potpunosti surađivati s povjerenikom. Sections 291, 333. U slučaju da dužnik to ne napravi otpust je uskraćen. Section 279(3)-(4) Insolvency Act 1986.

43 Sections 281, 382 Insolvency Act 1986.

44 Enterprise Act 2002 2002 C 40.

45 Section 279 Insolvency Act 1986.

46 WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., *op. cit.*, str. 483.

2.1.2.2. Alternativni načini rješavanja insolventnosti

Sumarno objašnjena stečajna procedura pokazuje pravno stanje nametnuto odlukom suda.⁴⁷ Ipak insolventnost neće nužno voditi u stečajnu proceduru budući da egzistiraju i alternativni načini rješavanja neželjenih financijskih situacija.⁴⁸

2.1.2.2.1. Individual Voluntary Arrangements (IVA)

IVA je jedna je od alternativnih procedura za rješavanje problema insolventnosti fizičkih osoba, iako je primarno konstruirana za pravne osobe.⁴⁹ Predstavlja obvezujući konsenzualni ugovor između dužnika i vjerovnika sastavljen uz pomoć stečajnog upravitelja (nominee) čija funkcija obuhvaća i nadgledanje ispunjenja preuzetih ugovornih obveza.⁵⁰ Kako je kontrolna funkcija u rukama stečajnog upravitelja, on mora biti licenciran od strane ovlaštene komore.⁵¹ Također je u obvezi podnijeti izvješće sudu o postojanju razumne osnove temeljem koje bi ugovor bio prihvaćen i proveden, te je u obvezi obavijestiti sud o rezultatima skupštine vjerovnika.⁵² S ciljem da ugovor postane obvezujući, zbroj iznosa tražbina stečajnih vjerovnika koji su glasovali za neku odluku mora iznositi tri četvrtine zbroja iznosa tražbina svih vjerovnika koji su glasovali za tu odluku na skupštini vjerovnika.⁵³ Stoga konkretan sadržaj IVE ovisi u kolikoj su se mjeri vjerovnici spremni odreći svojih potraživanja.⁵⁴ Period podmirivanja dugova temeljem ugovora traje okvirno tri do pet godina, krajem kojeg su dužnikove preostale obveze otpuštene. IVA u ovom pogledu djeluje kao sredstvo otpusta dugova te kao takvo izbjegava stigmatu povezanu sa stečajem. Uloga suda u nadzoru IVA sporazuma je ograničena, ali kao takva se povećava ako je dužnik prvotno podnio sudu zahtjev za prekid ovršnih postupaka.⁵⁵ Novost Enterprise Acta 2002. je uvođenje i ubrzane IVA procedure koju isključivo vodi stečajni upravitelj.⁵⁶ Ova procedura je dostupna samo dužnicima koji nisu prije koristili mogućnost otpusta dugova. U svakom slučaju sumnje ne smije

47 Kanadsko stečajno pravo se razvilo pod utjecajem britanske legislative i pod kasnim utjecajem južnog susjeda SAD-a, ali s vremenom postaje originalno i moderno. Tako i detaljnije RADOVIĆ, Vuk, Razvoj individualnog stečaja u anglosaksonskim zemljama, Strani pravni život, br. 1-3, 2003. Novi Zeland je prvi Stečajni zakon (Bankruptcy Act) donio 1908. godine, isto kao i Kanada, po uzoru na englesko stečajno zakonodavstvo XIX. stoljeća. No pored izvornosti nekih rješenja, stečajno pravo Novog Zelanda sadrži, modificirana i pojednostavljena rješenja australijskoga i engleskoga prava. Isto v. HEATH, Q. C., Paul, Consumer bankruptcies: A New Zealand perspective, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 37., No. 1 & 2., str. 428-446.

48 V. MILLER, Gareth, The family, Creditors and Insolvency, Oxford - University press, 2004., str. 109. et seq.

49 Procedura je regulirana Glavom VIII Insolvency Act 1986.

50 WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., op. cit., str. 484.

51 Section 388(2)(c), 389. Insolvency Act 1986. Isto v. KEAY, Andrew; WALTON, Peter, Insolvency Law: Corporate and Personal (Pearson Education Limited), 2003., str. 34.

52 Section 256(1)(a), section 265A(3)(a) Insolvency Act 1986.

53 Sections 257-8 Insolvency Act 1986.

54 Section 258(2)-(5) Insolvency Act 1986.

55 Section 253 Insolvency Act 1986.

56 Sections 263A-G Insolvency Act 1986.

biti budući da je IVA primarno namijenjena za trgovce, a tek sekundarno za fizičke osobe koji je najviše i koriste. Glavni razlog, uz činjenicu da ne zahtijeva znatnije pristojbe te da se one ne moraju predumijetiti unaprijed, je agresivno reklamiranje privatnih tvrtki stečajnih upravitelja poznatijih, kao tzv. IVA factories.⁵⁷

2.1.2.2.2. *Enforcement Restriction Order (ERO)*

Sljedeća alternativna procedura, iz 2007., je ERO.⁵⁸ To je sudski nalog koji ograničava mogućnost određenih vjerovnika da prisilno ostvaruju svoje tražbine prema dužniku dok je ERO na snazi. Takva restrikcija uključuje zabranu pokretanja stečaja ili drugog prisilnog načina ostvarenja tražbina, kao i zabranu isključenja plina i struje za kućanstvo dužnika.⁵⁹ Da bi osoba bila podobna za ERO, dužnik mora imati barem dva kvalificirajuća duga,⁶⁰ mora biti u nemogućnosti platiti barem jedan od ova dva te mora prolaziti kroz iznenadno pogoršanje svojih financijskih okolnosti, ali uz stvarnu mogućnost njihovog poboljšanja u periodu od šest mjeseci od dana kada je nalog donesen.⁶¹ Maksimalni period trajanja naloga, koji postavlja obvezu za dužnika da podmiri određene dugove je 12 mjeseci.⁶² Opseg isplata je ostavljen na diskreciju suda,⁶³ koji zadržava mogućnost opozvati nalog ako dužnik ne bude u mogućnosti ispuniti sve nametnute obveze.⁶⁴ Dužnik je također u obvezi da pruži sve informacije o svojim primanjima i imovini u točno određenom periodu kao i informacije o potencijalnim promjenama.⁶⁵ Bilo kakvo nepoštivanje navedenih preduvjeta konstituirat će prekršaj te može rezultirati i 14 dnevnom pritvaranjem.⁶⁶

2.1.2.2.3. *County Court Administration Orders (CCAO)*

Poznatija i kao *wage earning clases, poor persons bankruptcy*⁶⁷ ova alternativa stečajnoj proceduri omogućuje dužnicima rješavanje financijskih problema izvan stečajne procedure omogućujući im zaštitu od prisilnih namirenja i mogućnost otplate dugova u ratama.⁶⁸ Dužnici s dva ili više kvalificirajućih dugova, čija

57 V. WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., op. cit., str. 486.

58 Section 107 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, inserting a new Part 6A into the County Court Act 1984.

59 Sections 117C-117E County Courts Act 1984.

60 To su tzv. unsecured debts. V. Section 117T County Courts Act 1984 (UK).

61 Section 117B County Courts Act 1984.

62 Section 117H County Courts Act 1984.

63 Section 112F County Courts Act 1984.

64 Section 117P County Courts Act 1984.

65 Section 117J County Courts Act 1984.

66 Section 117K County Courts Act 1984.

67 RAMSAY, Iain, *Bankruptcy in Transition: The Case of England and Wales* u NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna (ur.) i dr., *Consumer bankruptcy in global perspective*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003., str. 212.

68 V. WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., op. cit., str. 487.; Isto v. Part VI County Courts Act 1984, as amended by section 106 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (UK).

potpuna insolventnost ne prelazi zakonski prag i čiji dugovi nisu proizašli iz poslovne aktivnosti mogu se prijaviti za CCAO nadležnom općinskom sudu. On je u obvezi navesti svoju imovinu, prihode, rashode i dugove nakon čega službenik suda procjenjuje ima li sredstva da isplati dugove, u cijelosti ili djelomično, u ratama. U slučaju da ima, iznos i rokovi isplate su kalkulirani te službenik suda obavještava dužnika i vjerovnike o predmetnim činjenicama. Pod uvjetom da prigovor nije uložen u određenom periodu, službenik suda donosi CCAO. Tijekom perioda isplate, nikakve prisilne radnje⁶⁹ ili stečajni postupci⁷⁰ ne mogu biti pokrenuti protiv dužnika bez pristanka suda.⁷¹ Kao i u prethodnoj proceduri vjerovnici, koji opskrbljuju dužnika s plinom ili električnom energijom, nisu u mogućnosti do obustaviti tijekom trajanja naloga.⁷² Maksimalni period trajanja naloga je 5 godina. Sud je ovlašten specificirati kraći vremenski period od pet godina, te ako to napravi zadržava pravo da kasnije produži trajanje naloga na potpuni period od 5 godina.⁷³ Stoga takav nalog omogućuje isplate dugova u potpunosti ili do iznosa koji se čini praktičnim sudu s obzirom na okolnosti.⁷⁴ U slučaju da dužnik nije u mogućnosti vršiti dogovorene isplate, sud može opozvati nalog, omogućujući vjerovnicima pokretanje ovrha.⁷⁵ Nedavnim reformama zakonodavac je pokušao predmetni institut učiniti učinkovitijim.⁷⁶ U stvarnosti, to je alternativno sredstvo otpusta dugova koje omogućuje dužnicima s ograničenom imovinom i manjim dugovima zaštitu od ovrhe rekonstrukcijom i konsolidacijom njihovih dugova.⁷⁷

2.1.2.2.4. Debt Management Arrangements (DMA)

DMA predstavlja još jedno alternativno sredstvo rješavanja financijskih problema. To je neformalni dogovor s vjerovnicima koji se sastoji od dobrovoljne rekonstrukcije i konsolidacije dužnikovih višestrukih dugova.⁷⁸ Iako dužnici mogu samostalno pregovarati u pogledu DMA-a, najčešće se u njega ulazi nakon što je dužnik dobio savjete javnim ili privatnim sektorom.⁷⁹ DMA najčešće omogućuje potpunu isplatu potraživanja vjerovnika ili privremenu odgodu plaćanja dok dužnik ne prikupi dovoljno sredstava da u potpunosti otplati svoje kontraktualne nepodmirene obveze. Takvi dogovori su korisni samo za dužnike koji imaju stalne prihode, te koji posjeduju imovinu kao što je kuća, koja može biti zadržana kao dio dogovora. Predmetni dogovori najčešće nisu pravno obvezujući te kao takvi ne dovode do prekida ovršnih postupaka kao što je slučaj kod stečaja, IVA i CCAO

69 Section 114 of the County Courts Act 1984.

70 Section 112(4) County Courts Act 1984.

71 Section 112H County Courts Act 1984.

72 Section 112I County Courts Act 1984.

73 Section 112K County Courts Act 1984.

74 Section 112(E) County Courts Act 1984

75 V. Section 429 Insolvency Act 1986 i Company Directors' Disqualification Act 1986.

76 V. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 Explanatory Memorandum, par. 484.

77 WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., op. cit., str. 488.

78 Loc. cit.

79 V. detaljnije RAMSAY, Iain, Bankruptcy in Transition: ... cit., str. 205. et seq.

procedure. Kao posljedica agresivne promidžbe niz komercijalnih organizacija⁸⁰ izrađuju predmetne planove plaćanja za dužnike.⁸¹ U navedenim agencijama ne moraju biti zaposleni kvalificirani stečajni upravitelji, kao što je slučaj i nedostatak u odnosu na IVA proceduru.⁸²

2.1.2.2.5. *Debt Relief Orders (DRO)*

Vlada Velike Britanije pristupila je promjenama *debt relief* zakonodavstva 2004. s ciljem uvođenja jeftinije inačice otpusta dugova za potrošače, koji duguju male iznose, koji su bez stalnih prihoda te bez imovine na kojoj bi se ovrha mogla provesti, tzv. NINA (*no income no asset*) dužnici.⁸³ Rezultat ovakvog konzultativnog procesa⁸⁴ je uvođenje *Debt Relief Order* procedure 2007. godine.⁸⁵ DRO administrira stečajni upravitelj te ne zahtijeva intervenciju suda.⁸⁶ Ipak i vjerovnik i dužnik imaju mogućnost žaliti se sudu ako stečajni upravitelj loše administrira cijeli postupak. Dužnik je u obvezi platiti pristojbu s ciljem da pristupi proceduri, ali je iznos znatno niži od onoga koji se zahtijeva za pristup stečajnoj ili nekoj drugoj alternativnoj proceduri. Prijedlog se može podnijeti samo internetom što pridonosi pojednostavljenju kao i pojeftinjenju postupka. Ipak prije negoli se dužnik prijavi za predmetnu proceduru odobreni posrednik (*approved intermediary*)⁸⁷ će utvrditi je li dužnik podoban za takvu vrstu procedure.⁸⁸ Izdavanje DRO-a za procesno pravnu posljedicu ima prekid ovršnih postupaka te otpuštanje dugova dužnika protekom perioda od godine dana. Vjerovnici se obavještavaju o takvom nalogu te imaju pravo prigovora temeljem zakonski određenih osnova. Za vrijeme trajanja naloga dužnik je podvrgnut istim obvezama kao što bi bio i u stečajnom postupku.

80 Takve su agencije, inter alia: Blair Endersby Ltd; Accuma/Debts Advice Online; Beesley Insolvency; Church Wood Financial; Clear Debt; Clear Start; Cut your Debt.Co.Uk; Debt 1; Debt Advisors Direct; Debt Advisory Centre; Debt Free; Debt Free Advice; Debt Free Direct; Debt Help Online; Debt Management Centre; Debt Matters; Debt Reducers; Debt Release Direct... Za detaljnije o njima v. TRIBE, John, *Insolvency Intelligence, Personal insolvency law: Debtor education, debtor advice and the credit environment: Part 1.*, Vol. 20. No. 2., 2007., str. 28.

81 WALTERS, Adrian; MCKENZIE SKENE, Donna W., op. cit., str. 489.

82 Ipak te agencije moraju imati tzv. *consumer credit licence* u skladu s Consumer Credit Act 1974 (UK).

83 V. Department of Constitutional Affairs A Choice of Paths: better options to manage over-indebtedness and multiple debt (CP 23/04); The Insolvency Service Relief for the Indebted - An Alternative to Bankruptcy (2005).

84 Department of Constitutional Affairs, A choice of paths - Better options to manage over-indebtedness and multiple debt, CP 23/04 (2004)., par. 28-42. te Department of Constitutional Affairs, Response paper on the consultation - A choice of paths - Better options to manage over-indebtedness and multiple debt CP(R) 23/04 (2005).

85 Section 108 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, inserting sections 251A to 251X Insolvency Act 1986.

86 V. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 Explanatory Memorandum, par. 454-461.

87 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007., par. 251U.

88 To nije novost. The 1969 Payne Committee report (Report of the Committee on the Enforcement of Judgment Debts, London, Cm 6909) neuspješno predlaže formiranje *debt counselling*.

2.1.3. Australija

Veliki utjecaj engleskoga prava vidi se u australijskom stečajnom pravu.⁸⁹ U skladu s Commonwealth of Australia Constitution Act, federalni parlament je ovlašten donositi zakone koji se tiču osobnog stečaja (bankruptcy) i stečaja pravnih osoba (insolvency).⁹⁰ Procedura osobnog stečaja te alternativne procedure rješavanja insolventnosti regulirane su Bankruptcy Actom.⁹¹ Pozitivno pravno omogućuje četiri mogućnosti za fizičke osobe i to stečaj u skladu s Glavom IV. i XI.,⁹² te dogovori s vjerovnicima u skladu s Glavom IX. i X.

2.1.3.1. Stečaj (u skladu s Glavom IV. Stečajnog zakona)

Dužnik je u mogućnosti proglasiti stečaj na dobrovoljnoj ili nedobrovoljnoj bazi. Uz uvjet da su određeni preduvjeti ispunjeni,⁹³ vjerovnik je ovlašten podnijeti prijedlog za stečaj nad imovinom dužnika.⁹⁴ Ipak diskreciona je odluka suda hoće li pokrenuti stečajni postupak.⁹⁵ S druge strane dužnik može dobrovoljno podnijeti prijedlog stečajnom upravitelju (*Official trustee*).⁹⁶ Danom prihvaćanja takvog prijedloga postupak se pokreće.⁹⁷ Pokretanjem postupka stečajni upravitelj ulazi u posjed imovine dužnika,⁹⁸ uz određene iznimke.⁹⁹ U slučaju da dužnik ne otkrije svoju imovnu čini kazneno djelo.¹⁰⁰ Nadalje dužnik je u obvezi predati putovnicu upravitelju¹⁰¹ te je u nemogućnosti da vodi ili pokreće sudske postupke.¹⁰² Stečaj ne utječe na prava privilegiranih vjerovnika (*tzv. secured creditors*) u ostvarenju njihovih prava.¹⁰³ Stečajni vjerovnici svoja potraživanja mogu ostvariti samo u stečajnom postupku.¹⁰⁴ U slučaju izostanka prigovora, dužnik je automatski otpušten od preostalih obveza protekom perioda od tri godine od pokretanja postupka.¹⁰⁵ Pod

89 Za detaljnije v. MASON, Rosalind, Consumer bankruptcies: An Australian perspective, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 37., No. 1 & 2., 1999., str. 450-469.

90 V. Commonwealth of Australia Constitution Acts. 51 (xvii)

91 The Bankruptcy Act 1966 (Cth). Za pravne osobe procedura se nalazi u Corporations Act, 2001 (Cth).

92 Autor neće obrađivati Glavu XI., budući da je broj predmeta po navedenoj proceduri na nacionalnoj razini nezamjetan. Za detaljnije v. Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 244(1).

93 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 40, 43, 44, 52.

94 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 43(1).

95 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 43(2), 52.

96 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 55.

97 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 55(4A), 55(8).

98 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 54(1).

99 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 5(1), 58, 116. Isto v. Bankruptcy Regulations 1996 (Cth) Division 4A.

100 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 271.

101 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 77(1)(a)(ii).

102 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 60.

103 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 58(5).

104 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 58(4), 58(5A)(a), 58(5A)(b). Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 58A(3)(a). Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 58A(3)(b).

105 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 149.

uvjetom da upravitelj ima prigovor, otpust može uslijediti nakon 5 ili 8 godina.¹⁰⁶ U svakom slučaju okončanjem postupka dužnik je oslobođen svih preostalih obveza.¹⁰⁷ U velikom broju stečajnih postupaka postupak se odvija uz sudjelovanje *Official Trustee's office*. U slučajevima u kojima dužnik nema novčanih sredstava, troškove stečaja dijelom subvencioniraju porezni obveznici.¹⁰⁸

2.1.3.2. Alternativni načini rješavanja insolventnosti

U austrijskom zakonodavstvu postoje dvije alternative osobnom stečaju. Prva je Glava X. - *Arrangements with creditors without sequestration*. Budući da je predmetna procedura dosta sofisticiranija, skuplja te obligatorno uključuje odvjetnika malo je zastupljena pa neće niti biti obrađena.¹⁰⁹ Drugi postupak koji se nudi fizičkim osobama propisan je Glavom IX. - *Debt agreement* Stečajnog zakona.

2.1.3.2.1. Dogovor s vjerovnicima (Dio IX. Stečajnog zakona)

Ova procedura se uvela 1996. i predstavlja najjeftiniju alternativu stečaju. Namijenjena je fizičkim osobama koje imaju mala primanja, posjeduju malo ili ništa imovine, mali broj vjerovnika te imaju manja dugovanja. Postupak se pokreće tako da insolventni dužnik¹¹⁰ predloži plan isplate vjerovnika stečajnom upravitelju.¹¹¹ Naime, u 95% slučajeva postupcima osobnog stečaja upravljaju, tzv. *Official receiver*, a samo u 5% privatni povjerenici jer je praksa pokazala da se u provođenju postupaka više vjeruje državnom tijelu nego privatnom povjereniku. U slučaju da je upravitelj prihvatio ovakav prijedlog,¹¹² poštom ga šalje svim vjerovnicima.¹¹³ Plan postaje obvezatan kada ga prihvate vjerovnici, čija potraživanja prelaze iznos od ukupno 75% potraživanja svih vjerovnika.¹¹⁴ Identičnom većinom, koja je potrebna za prihvata, vjerovnici mogu glasati i protiv plana.¹¹⁵ Ipak u slučaju da se postigne dogovor te dok je on na snazi, stečajni vjerovnici nisu u mogućnosti prisilno

106 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 149A(2)(a)(i).; Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 149A(2)(a)(ii).

107 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 153.

108 DUGGAN, Tony, *Consumer Bankruptcy in Canada and Australia: A Comparative Overview in SARRA*, Janis ed., Annual Review of Insolvency Law 2006, Carswell: Toronto, 2007, str. 857.

109 Autor neće obrađivati Glavu X (*Arrangements with creditors without sequestration*) budući da je jako rijetka, svega 0.84%. Za statističke podatke v. RAMSAY, Ian, SIM, Cameron, *Personal Insolvency in Australia: An Increasing Middle Class Phenomenon* Legal, Studies Research Paper, No. 420, 2009., str. 4.

110 Pod preduvjetom da u zadnjih deset godina nije proglasio stečaj. V. Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185C(4)(a)(i)-(iii).

111 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185C(1). Prijedlog mora sadržavati prikaz dužnikovog financijskog stanja: s 185C(3). Također, mora sadržavati nekoliko drugih preduvjeta. V. Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185C(2).

112 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185E(2).

113 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185EA.

114 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185EC.

115 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 185MA, 185MC, 185PA, 185PC.

ostvarivati svoja potraživanja,¹¹⁶ što nije slučaj za izlučne i razlučne vjerovnike. Tijekom trajanja dogovora dužnik ili vjerovnik imaju mogućnost promijeniti ga ili okončati te su o tomu dužni obavijestiti stečajnog upravitelja.¹¹⁷ U svakom slučaju, pod uvjetom da dužnik ispoštuje dogovor, oslobađa se od preostalih obveza.¹¹⁸

2.2. Kontinentalni modeli

2.2.1. Švedska

Prije 2007. godine švedski sustav je obvezivao dužnika na postizanje neformalnog dogovora s vjerovnicima prije pristupanja formalnoj proceduri.¹¹⁹ Smatrano je da dobrovoljni planovi mogu trajati dulje nego oni određeni zakonom pa rezultirati i većim postotkom isplate.¹²⁰ Dužnici su najčešće tražili pomoć javnih organizacija ili drugih servisa kako bi im pomogli u pregovaranju s vjerovnicima. Ipak uspjeh ovakvih planova je najčešće neznan budući da su dužnici bili u posjedu samo izuzete imovine. Drugi razlog koji je otežavao te odgađao otpust su duge liste čekanja za slobodno mjesto u savjetovalištima za dužnike. Ne manje važna je činjenica da takva mogućnost također nije prikladna za dužnike sa znatnim dugovima koji nemaju nikakva primanja. Slijedom navedenog je obveza pokušaja postizanja neformalnog dogovora s vjerovnicima postala nerijetko nepotrebna i puka formalnost.¹²¹ Ovakav prvi korak je ukinut budući da je viđen kao nepotrebno trošenje vremena i sredstava.¹²² Centri za savjetovanje su se protivili, smatrajući da je dužnicima potrebna financijska edukacija prije formalnoga pokretanja postupka. Stoga reformom iz 2007. potrošački insolventni sustav je temeljen na modelu kojeg je vodila nacionalna agencija (National Enforcement Authority) poznatija kao Kronofogdemyndigheten (KFM). Navedena agencija je prije djelovala kao desna ruka porezne uprave, ali je sada samostalna državna agencija kojoj je glavna svrha provođenje sudskih presuda, kao i upravljanje sustavom osobnog bankrota.¹²³ Prednost je da su troškove podmirivala tijela koja vode osobne stečajeve. Stoga problem snošenja troškova za stranke u ovom slučaju ne postoji. Do 2007. KFM je bio u mogućnosti samo predložiti plan isplate vjerovnicima. Ako je bilo koji

116 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185EC.

117 Bankruptcy Act 1966 (Cth) ss 185M, 185P.

118 Bankruptcy Act 1966 (Cth) s 185NA(1).

119 V. KILBORN, Jason J., Out With the New, in With the Old: as Sweden Aggressively Streamlines its Consumer Bankruptcy System, Have U.S. Reformers Fallen Off the Learning Curve? *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 80., 2007., str. 440.

120 MCGREGOR, Sue L. T., et al., Comparative analysis of Canadian, American and Swedish bankruptcy policy: Why do governments legislate consumer debt? *International Journal of Constitutional Law*, 2001., Vol. 25., str. 209, 215.

121 KILBORN, Jason J., Out With the New, in With the Old: ...cit., str. 458.

122 Loc. cit.

123 V. ANDERSSON, Mads; FRIDEN, Hugo, Sweden in Andenas, Hess and Oberhammer Enforcement Agency Practice in Europe, *British Institute of International and Comparative Law*, 2005., str. 231.

vjerovnik odbio prihvatiti plan isplate, KFM je bio u obvezi da delegira cijeli slučaj nadležnom sudu. Sada predmetna agencija ima ovlast izdavanja obvezujućih naloga, dok primjenjuje smjernice navedene od porezne uprave, s ciljem formuliranja plana isplate, najčešće dodjeljujući sva dužnikova neizuzeta primanja vjerovnicima tijekom perioda od pet godina.¹²⁴ Međutim ono što je ovdje karakteristično je da ne egzistira povjerenik koji će imovinu distribuirati vjerovnicima. Slijedom toga dužnici vrše isplate vjerovnicima izravno, tako da su vjerovnici istodobno i povjerenici koji ga kontroliraju. Procedura se pokreće povodom prijedloga dužnika. On je u obvezi pokazati da zaslužuje pristup proceduri. Kao prvo je u obvezi da dokaže kvalificiranu insolventnost ili nemogućnost podmirenja svojih dugova tijekom perioda od pet godina.¹²⁵ Nadalje je u obvezi pokazati opravdanost svog prijedloga u svjetlu osobnih i ekonomskih preduvjeta. S ciljem opravdavanja dužnikovoga prijedloga, KFM će uzeti u obzir starost duga, okolnosti koje su dovele do nastanka dužnikovog duga te trud koji je dužnik uložio u ispunjenje svojih obveza.¹²⁶ KFM publicira izjavu kojom naznačuje otvaranje postupka, prekid ovršnih postupaka te poziva vjerovnike da naznače svoja potraživanja u periodu od mjesec dana. Potom se stvara plan plaćanja koji se predlaže vjerovnicima. Iako su u početku vjerovnici oklijevali prihvatiti ovakve planove, tijekom vremena 70% vjerovnika ih je prihvatilo.¹²⁷ Standardni vijek planova iznosi pet godina, s diskrecijom KFM-a da odredi i kraći vremenski period. Zadnje reforme su naznačile da planovi koji prelaze 5 godina nisu više dopušteni.¹²⁸ Ako dužnikova primanja ne prelaze iznos koji je zakonom određen kao izuzet, vjerovnicima se predlaže, tzv. nulti plan plaćanja.¹²⁹ U slučaju da vjerovnici ovo prihvate, dužnik se automatski oslobađa svojih obveza. Ipak oni rijetko prihvaćaju financijsku stvarnost svojih dužnika, stoga je i stopa prihvaćanja nultih planova iznimno mala.¹³⁰ U drugim slučajevima gdje dužnik ima bilo kakvu mogućnost vršiti isplate, iznosi dobiveni za vjerovnike su isto nerijetko zanemarivi.¹³¹ Pod uvjetom da vjerovnik ili dužnik prigovore planu nametnutom od KFM-a ili odluci o odbijanju pristupa proceduri, imaju pravo to osporiti pred nadležnim sudom. Prije 2007. godine ovakva osporavanja su bila česta.¹³² Održano sudsko ročište je nerijetko bilo puka formalnost budući da se vjerovnici nisu nikada pojavljivali, a kada jesu, nisu dali razumne osnove za prigovor planu plaćanja. Slijedom toga u 90-95 % slučajeva plan je prihvaćen i nametnut vjerovnicima od suda. Pozitivno pravna regulativa dopušta osporavanje odluke u sudu,¹³³ ali samo ako

124 V. KILBORN, Jason J., *Out With the New ...cit.*, str. 435.

125 *Ibid.*, str. 444.

126 *Ibid.*, str. 446-7.

127 KILBORN, Jason J., *Out With the New...*, *cit.*, str. 446.

128 *Ibid.*, str. 450.

129 *Ibid.*, str. 453.

130 *Loc. cit.*

131 *Loc. cit.*

132 *Loc. cit.*

133 Dio doktrine je izrazio sumnju da će odlučivanje izvansudskog tijela odnosno KFM-a o pravima vjerovnika, a ne suda potencijalno predstavljati povredu članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Tako KILBORN, Jason J., *Out with the New, In with the Old: ...cit.*, str.

postoje točno navedene zakonske osnove s ciljem ukidanja „objesnog parničenja“.

2.2.2. Francuska

Francuski potrošački insolventni sustav ima mnogo sličnosti s prije navedenim švedskim sustavom i to prvenstveno u želji zakonodavca da se otklone administrativni i materijalni troškovi pokretanja sudske procedure. Francuski model (*surendettement des particuliers*) uključuje dvostruki kolosijek kroz izvansudsku te sudsku fazu. Izvansudsku fazu nadgleda tijelo *Commissions on Individual Over-Indebtedness*.¹³⁴ Naime, francuski dužnici pokreću postupak podnošenjem prijedloga jednoj od *commission*-a koja je osnovana u svakih od 117 francuskih *departementa*. Svaki se sastoji od šest članova, od predsjednika, rizničara i direktora financijskih usluga kao i predstavnika vjerovnika i dužnika. Zadnji član je pripadnik francuske Narodne centralne banke (*Banque de France*). *Commission* se sastoji i od pravnika i socijalnog radnika koji nemaju pravo glasa. Francuska centralna banka prikuplja informacije od dužnika i trećih osoba, priprema plan isplate te vrši medijaciju između dužnika i vjerovnika s ciljem prihvaćanja plana plaćanja. Uvjeti plana razlikuju se u svim slučajevima, ali su minimalni standardi pozitivno pravno regulirani. Od 1999. plan plaćanja ostavlja dužniku opseg izuzetih primanja sukladno odredbama specijalne egzekucije. Od 2003. maksimalni period roka kušnje (period dobrog vladanja) je 10 godina. U slučaju da vjerovnici odbiju prihvatiti plan *commissiona*, slučaj se delegira na sud po prijedlogu vjerovnika, a *commission* daje preporuku sudu u želji da sud nametne redovne ili izvanredne mjere otpusta dugova. Ipak zbog velikog broja slučajeva sudovi obavljaju prvenstveno dvije funkcije, odnosno rješavaju proceduralne probleme koji nastaju u radu *commissiona*¹³⁵ te sprovode njegove odluke.¹³⁶ Samo u malom broju slučajeva u kojima *commission* ne može napraviti plan, dužnik se upućuje u sudsku proceduru.¹³⁷ Reformom potrošačko

441. Autor ipak smatra da je ovakvo stajalište diskutabilno budući da su mnogi pojmovi koji se koriste u članku 6. ECHR, pa tako i pojam suda, autonomnog značenja i ponekad zahtijevaju drugačije tumačenje od onog koje pružaju unutarnji zakoni ili nacionalne vlasti. (v. *Belilos v. Switzerland*, 29/4/1988 (3.2.1; 3.2.2) te *De Wilde, Ooms te Versyp v. Belgium*, 18/6/1971 (3.2.1)).

134 Dalje u tekstu *Commission*. Za detaljnije v. KILBORN, Jason J., *La responsabilisation de l'économie: What the United States can learn from the new french law on consumer overindebtedness*, Michigan Journal of International Law, Vol. 26., 2005., str. 636. Za usporedbu s romanskim pravnim krugom, prvenstveno Belgijom i Luksemburgom v. id., *Continuity, Change, and Innovation in Emerging Consumer Bankruptcy Systems: Belgium and Luxembourg*, American Bankruptcy Institute Law Review, Vol. 14., No. 69., 2006.

135 V. primjera radi C. consomm. art. L.331-3 sporovi koji nastaju temeljem dužnikove insolventnosti ili "good faith", L.331-4 sporovi koji nastaju povodom dužnikove financijske situacije, pogotovo vjerovnikovih potraživanja i opravdanosti tih iznosa, L.332-2 (2004) sporovi koji nastaju povodom mjera koje je predložila *commission*.

136 V. KHAYAT, Danielle, *Le surendettement des ménages*, 1999., str. 36-37.

137 V. KILBORN, Jason, J., *La Responsabilisation de l'Économie: What ...cit.*, str. 640. gdje se naznačuje 70% -na uspjehnost izvansudskih planova.

stečajnog zakonodavstva 2010.,¹³⁸ po uzoru na švedsko rješenje, *commission* ima ovlaštenje da bez suglasnosti vjerovnika te bez odobrenja suda naloži plan plaćanja vjerovnicima.¹³⁹ U većini slučajeva redovne mjere su odobrene, koje ne uključuju automatski otpust dugova te su ograničene na produženje rokova isplate, smanjenje kamata i oslobođenje od obveza koje ostanu nakon što se proda hipotekom opterećena imovina. Za posebno insolventne pojedince koji nisu u mogućnosti isplatiti nikakav značajniji dio svog duga, *commission* je u mogućnosti predložiti izvanredne mjere. One uključuju dužnikovu odgodu odgovornosti za ispunjenja svih obveza do perioda od dvije godine, te ispitivanje dužnikovog stanja od strane *commissiona* okončanjem navedenog perioda. Ako se stanje popravilo *commission* mora predložiti redove mjere. S druge strane ako dužnik i dalje bude u nemogućnosti da podmiri dospjela potraživanja, predlaže se djelomičan otpust dugova. U tom pogledu prvi korak je napravljen još reformom 2004. godine na način da se uvela procedura potpunog otpusta dugova.¹⁴⁰ Temeljem nje *commission* je u mogućnosti najsiromašnije (*tzv. irremediably compromised*) uputiti u sudsku (*tzv. personal recovery*) proceduru. Ona zahtijeva da se dužnik odrekne sve neizuzete imovine u korist vjerovnika.¹⁴¹ Mora se naznačiti da je samo mali broj dužnika s neizuzetom imovinom. Slijedom navedenoga sud će okončati postupak zbog nedostatne imovinske mase te će većina dužnikovih obveza biti otpuštena. Pristup ovakvoj proceduri je ograničen, te je dostupan za osobe čija je financijska situacija određena kao *irremediably compromised*¹⁴² i samo nakon što se prođe određena procedura (*redressement personnel*). Uvođenje predmetne procedure u francuskom zakonodavstvu, po uzoru na američko, englesko ili švedsko, rezultat je socioekonomske stvarnosti da dužnici najčešće ne raspoložu nikakvom neizuzetom imovinom i prihodima koje bi bili u mogućnosti razmjerno razdijeliti vjerovnicima.

2.2.3. Nizozemska

Uvažavajući činjenicu da je izvansudsko savjetovanje i pregovaranje dužnika i vjerovnika o nepodmirenim obvezama postojalo prije negoli je osobno stečajno zakonodavstvo i umetnuto u pozitivno pravo, tradicionalni odgovor na potrošačku insolventnost je stoga fokusiran na savjetovanje. Dio doktrine smatra da navedeni model predstavlja najadekvatnije rješenje,¹⁴³ iako je to upitno. Naime, sumnje u opravdanost ovakvog sustava nisu neutemeljene jer se broj osobno stečajnih prijedloga stalno povećava, a broj postizanja izvansudskih dobrovoljnih nagodbi je

138 Loi no. 2010-737 of 1 July 2010, JORF no. 0151 od 2. srpnja 2010.

139 C. consom. art. L331-7. Vjerovnici imaju pravo žalbe protiv takvih odluka. V. C. consom. art. L332-2.

140 Za drugi korak v. infra fusnota 191.

141 V. C. consom. art. L.330-1

142 V. C. consom. art. L.331-3

143 Towards A Common Operational European Definition of Over-Indebtedness (European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities 2008), str. 95.

konstantno u padu.¹⁴⁴ Ipak kao odgovor na pad dobrovoljnih dogovora, zakonodavac je još 1998. uveo Zakon o osobnom bankrotu (*Wet schuldsanering natuurlijke personen*). *Ratio* je bio da se spriječi pad dobrovoljnih nagodbi te da se uvede zakonodavni otpust neplaćenih potraživanja osobama koje su u dobroj vjeri.¹⁴⁵ Pozitivnopravni sustav, kao francuski, se odražava kroz prizmu dva modela. Kao preduvjet pokretanja sudske procedure dužnici su u obvezi da pokušaju postići dobrovoljni dogovor sa svojim vjerovnicima podsredstvom državno podupirane mreže savjetovaništa.¹⁴⁶ Pod uvjetom da stranke ne mogu postići nagodbu, slijedi sudska procedura. Ipak sam sustav je oblikovan da potakne izvansudski način budući da i tradicija savjetovanja datira u Nizozemskoj od 1970.¹⁴⁷ Profesionalni *debt managers (debt counsellors)* pregovaraju o nagodbi, lokalni socijalni servisi uzimaju aktivnu ulogu dok lokalna vlast financira troškove. Samo savjetovanje nije regulirano zakonom, već pravilnikom koji je donijelo Dutch Association of Municipal Banks (tzv. *Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet* ili NVVK).¹⁴⁸ U skladu s njim savjetodavne agencije će ponuditi vjerovnicima plan plaćanja (*saneringsplan*) koji će obvezivati dužnike da isplate što je više moguće tijekom perioda od tri godine, a za uzvrat vjerovnici će otpustiti većinu preostalih obveza dužnika.¹⁴⁹ Prije 2001. dužnici su bili u obvezi dodijeliti sva primanja iznad 94% od zakonski određenog socijalnog minimuma.¹⁵⁰ Planovi su nametali i druge obveze pa su tako dužnici u obvezi smanjiti potrošnju, prodati prijevozna sredstva te uzeti tečaj iz financijskog upravljanja. Nekada su čak i u obvezi da deponiraju svoja primanja na račun lokalnih servisa, odakle će oni plaćati režije dodjeljujući dužniku tek dovoljno za hranu i privatne potrebe.¹⁵¹ U slučaju da izvansudski model ne uspije, nekoliko preduvjeta mora biti ispunjeno za pokretanje sudske procedure. Prijava za sudsku proceduru izradile su strane lokalne savjetodavne agencije te ona mora sadržavati razloge zašto dobrovoljni dogovor nije uspio. Potom sud ispituje prijavu da vidi prijavljuje li se dužnik *in bona fidei*. Pod uvjetom da se pretpostavke ispune, procedura se pokreće te sud ustanovljava plan plaćanja (najčešće tri godine),¹⁵² iznos isplata te iznos za koji će dužnik biti oslobođen.¹⁵³ Također se imenuje

144 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, *Can Voluntary Debt Settlement and Consumer Bankruptcy Coexist? The Development of Dutch Insolvency Law in Consumer Bankruptcy in Global Perspective* (Johanna Niemi-Kiesiläinen, Iain Ramsay & William Whitford eds.), 2003., str. 269, 273, 274-75

145 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 305.

146 Article 285 Faillissementswet Geldend op 09-06-2010 – dalje u tekstu Faillissementswet

147 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 269, 273, 274-75
Ibid., str. 303.

148 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 304.

149 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 304.

150 KILBORN, Jason J., *The Hidden Life of Consumer Bankruptcy Reform: Danger Signs for the New US Law from Unexpected Parallels in the Netherlands*, *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 77., 2006., str. 89.

151 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 305.

152 Articles 287(3), 316 Faillissementswet.

153 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 305.

povjerenik koji će prikupiti i likvidirati dužnikovu neizuzetu imovinu. Većina osoba nema neizuzetu imovinu ili barem bilo kakvu imovnu koja ima tržišnu vrijednost, slijedom čega su budući prihodi najpouzdanija imovina dužnika.¹⁵⁴ Iznos izuzete imovine nije mjeran temeljem dužnikovih primanja, već službeno određenim socijalnim minimumom.¹⁵⁵ Pravilo je da dužnik mora dodijeliti sva primanja iznad 90% od socijalnog minimuma.¹⁵⁶ Judikatura smatra da 95 % socijalnog minimuma mora biti dostupno dužnicima čiji su jedini prihodi socijalna pomoć, dok je 100% minimuma zaštićeno u slučaju da dužnik radi okvirno 18 sati tjedno.¹⁵⁷ U početku se sucima dopuštala potpuna diskrecija pri dizajniranju plana plaćanja s bilo kojim odredbama koje se čine *razumne i pravedne*.¹⁵⁸ Ipak s vremenom zakonodavac je postavio standardni trogodišnji plan isplate.¹⁵⁹ Završetkom trogodišnjeg plana isplate dužnik biva oslobođen od preostalih obveza, uz određene iznimke.¹⁶⁰ Sud može onemogućiti otpust pod uvjetom da dužnik nije izvršavao svoje obveze. Posebna procedura egzistira za dužnike koji nemaju neizuzete imovine. U tom slučaju stečajni upravitelj nakon godine trajanja plana plaćanja izjavljuje da nije za očekivati da će dužnik biti u mogućnosti ispuniti svoje obveze. U tim situacijama sud može dopustiti automatski otpust dugova.¹⁶¹ Nizozemska sudska procedura je samofinancirajuća. Slijedom navedenoga u izvansudskom modelu lokalne jedinice snose odgovornost za *debt managements* agencije dok se u sudskom postupku administrativni i drugi sudski troškovi prioritetno naplaćuju iz mjesečnih rata, prilikom čega vjerovnici primaju manje novčane iznose od onih koje bi dobili da su pristali na izvansudsku nagodbu.¹⁶² Takva filozofija, tzv. *stick behind the door* filozofija, još je jedan način da se promovira izvansudski način rješenja sporova smanjujući potencijalna primanja vjerovnika u sudskom postupku. Ipak judikatura ukazuje da ovo nije slučaj, budući da razlike u primljenim iznosima nisu dovoljne da privole vjerovnike na izvansudski model. Stoga glavni razlog zašto su propale dobrovoljne izvansudske nagodbe je odbijanje vjerovnika da prihvate ponudu savjetnika ili nedostatak platežne moći te stalnih prihoda dužnika.¹⁶³ Prikazani sustav može biti suprotan švedskom budući da pristup sudskoj proceduri nije ograničen na slučajeve gdje postoje zakonske osnove za odbijanje predloženog plana, slijedom čega vjerovnici odbacuju izvansudske prijedloge u očekivanju pokretanja sudske procedure. Dio doktrine drži da je razlog i formalnija priroda sudske procedure.¹⁶⁴ Ipak budući da je filozofija promicanja

154 KILBORN, Jason J., *The Hidden Life of Consumer ...cit.*, str. 98.

155 Loc. cit.

156 Article 295 (2) Faillissementswet.

157 KILBORN, Jason J., *The Hidden Life of Consumer ...cit.*, str. 99.

158 KILBORN, Jason J., *Still Chasing Chimeras But Finally Slaying Some Dragons In the Quest for Consumer Bankruptcy Reform*, 2010., članak dostupan kod autora, str. 7.

159 Article 343 (2) Faillissementswet.

160 Articles 352-358 Faillissementswet.

161 Article 352 (3) Faillissementswet.

162 Article 320 (7) Faillissementswet.

163 KILBORN, Jason J., *The Hidden Life of Consumer ...cit.*, str. 97.

164 HULS, Nick; JUNGSMANN, Nadja; NIEMEIJER, Bert, op. cit., str. 309.

izvansudskog modela cilj, mjere su poduzete da se obeshrabri „obijesno parničenje“, a diskrecija da se napravi razuman i pravedan plan plaćanja su odbačene reformom 1. siječnja 2008. godine.¹⁶⁵ Suci imaju neka diskreciona ovlaštenja u dužini plana plaćanja, ali u skladu s prijašnjom praksom, predviđa se da će velika većina slučajeva biti podvrgnuta trogodišnjem planu plaćanja temeljem, tzv. *Recofa* vodiča.¹⁶⁶

2.2.4. Njemačka

Godine 1999. novi Insolventni zakon je stupio na snagu.¹⁶⁷ Nama bitan insolventni postupak za potrošače sastoji se od tri faze. Kao i u većini sustava (osim švedskoga i to od 1. siječnja 2007., danskoga, slovenskoga i engleskoga) i njemački zahtijeva od dužnika da krene od izvansudske faze. Tijekom te prve faze dužniku pomažu podobne osobe, odnosno službe koje je odredila svaka njemačka pokrajina (*Lander*) za sebe.¹⁶⁸ Kako zakon ne specificira sadržaj plana sve je podložno sporazumu s vjerovnicima, čak i tzv., nulti plan plaćanja u kojem vjerovnici ne dobiju ništa.¹⁶⁹ Ipak radi sklapanja izvansudskog sporazuma, svi vjerovnici se moraju izričito složiti sa sadržajem plana što je u praksi izrazito rijetko. U slučaju da je pokušaj postizanja izvansudskog sporazuma o reguliranju dužnikovih obveza neuspješan, slijedi otvaranje sudskog insolventničkog postupka. Kao prvi korak dužnik će ponovno pokušati postići sporazum s vjerovnicima o reguliranju duga, ali sada u okviru sudskog postupka. Zajedno s prijedlogom za otvaranje sudskog postupka ili odmah nakon njegovog podnošenja, dužnik je obavezan sudu podnijeti potrebne dokumente.¹⁷⁰ Za naznačiti je da se u praksi drugi pokušaj zaobilazi te kao takav postaje nepotreban čime se javlja potreba za njegovim ukidanjem.¹⁷¹ Ako ni u okviru sudskog postupka vjerovnici nisu prihvatili plan za reguliranje dugova dužnika, a sud nedostatak postojanja pristanka pojedinih vjerovnika nije mogao nadomjestiti svojom odlukom, slijedi treća faza, odnosno

165 Što je u konačnici i dovelo već 2009. do 30.5% uspješno riješenih prijedloga u izvansudskoj fazi. Podaci dostupni na internet stranicama NVVK –a <http://www.nvkk.eu/>. (12. 08. 2010.)

166 Articles 295(3), 349a (2008) *Faillissementswet*. U skladu s raširenom sudskom praksom ranih godina, *Recofa* vodič su usvojili kao standard postupanja gotovo svi sudovi. V. KILBORN, Jason J., *Two Decades, Three Key Questions, and Evolving Answers in European Consumer Insolvency Law: Responsibility, Discretion, and Sacrifice*, in *Consumer credit, debt and bankruptcy: Comparative and international perspectives* (Johanna Niemi, Iain Ramsay & William Whitford eds., Hart Publishing 2009.), str. 12.

167 *Insolvenzordnung* vom 5. oktober 1994 (BGBl. I 2866) (dalje u tekstu *InsO*). Od donošenja je više puta mijenjan. Za englesku verziju teksta v. internet stranice Ministarstva pravosuđa <http://www.bmj.bund.de/images/11317.pdf> (12. 04. 2010.)

168 Par. 305. (1.) reč. 3. *InsO*.

169 ARNOLD, Hans, *Das Insolvenzverfahren für Verbraucher und Kleingewerbetreibende nach der Insolvenzordnung 1994*, *Deutsche gerichtsvollzieher-Zeitung*, 1996., str. 133.

170 V. GARAŠIĆ, Jasnica, „Osobni stečaj“ – *de lege ferenda*, referat sa Savjetovanja „Ovrha i stečaj“ održanog 08. lipnja 2009. u Zagrebu, (ur.) Nevenka Marković i Jasnica Garašić, str. 138.

171 PAPE, Gerhard, *Entwicklung des Verbraucherinsolvenzverfahrens im Jahre 2004*, *Neue juristische wochenschrift*, Vol. 58., 2005., str. 2755, 2756.

ex offio nastavlja se pojednostavljeni insolventni postupak.¹⁷² Dužnik potrošač dužan se je izjasniti, prilikom podnošenja prijedloga za otvaranje insolventnog postupka, želi li se koristiti institutom oslobođanja od preostalih obveza.¹⁷³ U slučaju da vjerovnici ne ukažu na postojanje razloga za uskratu tog instituta,¹⁷⁴ sud će najaviti oslobođenje od preostalih obveza. Ono će uslijediti protekom šestogodišnjeg, tzv. perioda dobroga ponašanja (*Wohlverhaltensperiode*). Obveza je dužnika da uredno izvršava svoje obveze¹⁷⁵ te da naknadno tijekom trajanja tog perioda ne nastupe okolnosti za uskratu tog instituta.¹⁷⁶ Ipak judikatura ukazuje da većina pojedinca nije u mogućnosti isplatiti ni dio tih potraživanja, pa se i postavilo pitanje ima li smisla period dobrog ponašanja budući da je velika većina na rubu preživljavanja. Novelom InsO-a iz 2001, napravljen je model koji će biti prilagođen financijskoj i socijalnoj situaciji insolventnih pojedinaca tako da su dužnici mogli odgoditi plaćanje sudskih troškova do okončanja insolventnog postupka.¹⁷⁷ Ipak i takva mogućnost se nije pokazala opravdanom. Stoga je planirana reforma, a cilj je pojednostavljenje stečaja i postupaka bez imovinske mase. Time bi se dužniku omogućilo brže oslobođanje od odgovornosti za preostale obveze. Neosporno je, a što je slučaj i u drugim zemljama, da potreba za nečim takvim postoji, ali je potrebno pozitivnopravno uskladiti potencijalni pojednostavljeni model i pravila dosadašnjega potrošačkog insolventnog postupka. Karakteristika sustava, prvenstveno njemačkoga, a i drugih, gdje je uloga suda ostala neokrnjena, je činjenica da zakonodavci imaju problema s troškovima postupka, a samim time i održivosti sustava. Ipak najzanimljiviji i nakomentirani prijedlog¹⁷⁸ je Nacrt Zakona o oslobođanju od dugova osoba bez ikakvih sredstava i o izmjeni insolventnog postupka za potrošače, Nacrt od 23. 01. 2007.¹⁷⁹

172 Par. 311. InsO.

173 Par. 305. (1.) (2.) InsO.

174 Za taksativno nabranje razloga v. GARAŠIĆ, Jasnica, op. cit., str. 143. Isto v. FRIND, Frank, op. cit., str. 1143.

175 Koje su predviđene par. 295. InsO.

176 Par. 291. (1.) InsO. Tako i detaljnije o postupku oslobođanja od preostalih dugova v. GARAŠIĆ, Jasnica, op. cit., str. 142. *et seq.*

177 Par. 4a-4d, 26. (1.), 298. InsO. Od stupanja na snagu Zakona o reformi ZPO-a od 27. srpnja 2001. je i žalbeno pravo u mnogočemu promijenjeno, primjerice žalbeni postupak koji se ranije vodio pred OLG (viši zemaljski sud), zamijenjen je sa žalbenim postupkom pred BGH. Za podrobnije v. PAPE, Gerhard, *Entwicklung der Rechtsprechung zum Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren in den Jahren 2007 bis 2009 - Teil 2, ZInsO-Aufsätze, 36/2009, str. 1609.*

178 Naime bilo je više prijedloga. V. PAPE, Gerhard, *Vorzeitige Erteilung der Restschuldbefreiung bei fehlenden Forderungsanmeldungen, Neue zeitschrift für das recht der insolvenz und sanierung, Vol. 7., No. 1., 2004.*

179 *Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen und zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens.* Za detaljnije AHRENS, Martin, *Entschuldungsverfahren und Restschuldbefreiung, Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung, NZI 4/2007.* te BRUNS, Alexander, *Die geplante Novellierung der Restschuldbefreiung mittelloser Personen - ein glücklicher fresh Start?, KTS, Helf, 1/2008.*

3. ANALIZA FRESH START I EARNED START FILOZOFIJE

Generalna egzekucija predstavlja savršen primjer ekonomske racionalnosti, jer odražava osjetljivu, često neodrživu, interakciju između zakonske regulative i privatnih interesa, pravila tržišta i interesa društva. Temeljni problem opće stečajne filozofije proizlazi iz raznolikosti ciljeva koji nastanu pokretanjem stečajne procedure, ali i iz činjenice da efikasni stečajni postupak treba ostvariti mnoge, ne često kompatibilne ciljeve.¹⁸⁰ Stoga i usporedbom potrošačkih stečajnih zakona uočava se orijentiranost legislative i favoriziranje pojedine strane u stečajnom postupku. Očito je da se problem insolventnosti mora rješavati balansirajući prava i interese dužnika i vjerovnika. Iz te perspektive i rasprava o optimalnoj proceduri za postizanje stečajnih ciljeva nije jedinstvena. Ono što je značajno je da neki preferiraju drugačije metode u želji da ostvare ove ciljeve. Američko potrošačko stečajno zakonodavstvo doktrina drži najdarežljivijim na svijetu, dok s druge strane većina europskih zakonodavstava do nedavno nije ni imala inkorporirane nikakve odredbe o otpustu dugova za potrošače.¹⁸¹ Ipak, iako je cilj bio isti, polazne filozofije su bile drugačije.¹⁸² Naime, američka doktrina smatra da liberalno tržište mora apsorbirati žrtve¹⁸³ nesposobnosti za plaćanje kroz sustav darežljivog otpusta dugova. S druge strane, Europljani drže nemogućnost podmirenja dugova kao vrstu ekonomske bolesti koja se može izliječiti dugom ekonomskom rehabilitacijom. Glavni principi koji se nalaze u europskom zakonodavstvu su rehabilitacija,¹⁸⁴ zarađeni početak (*earned start*) planom plaćanja,¹⁸⁵ pristup insolventijskoj proceduri bez velikih troškova, dostupnost savjetovanja i preferiranje izvansudske naspram sudske procedure.¹⁸⁶ Stoga u većini

180 *Stečajno pravo složeno je po svojoj strukturi.* Tako DIKA, Mihajlo, *Insolventijsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1998., str. 9.

181 Presudan je bio utjecaj krize. Za više o ekonomskoj i socijalnoj pozadini krize v. NIEMI-KIESILÄINEN, Johanna, op. cit., str. 480.

182 Za detaljnije v. TABB, Charles J., *Lessons from the globalization of consumer bankruptcy*, Illinois Law and Economics Working Papers Series Working Paper No. LE05-013, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=726510> (12. 01. 2009.)

183 Termin žrtve autor rabi na analogiju i zanimljivost iz Japanskog zakonodavstva gdje pojedinci zbog sramote da ne mogu podmiriti dugove češće počine samoubojstvo nego li proglase potrošački stečaj. V. MARTIN, Nathalie, *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 28., No. 1., 2005., str. 13.

184 Rehabilitacija dužnika kao ekonomskih faktora središte je potrošačkog insolventijskog zakonodavstva. To je prvenstveno ostvareno otpustom od dugova, iako bi bilo krivo zaključiti da je otpust jedina mjera za rehabilitaciju pojedinca. Ona je jednako važna kao i *debt counselling* i drugi socijalni servisi dostupni u Europi.

185 Drugi princip europskoga potrošačkog stečaja je *earned start* kroz plan plaćanja. Načelno ni jedna država članica ne dopušta brzi početak bez plana plaćanja. Čak suprotno, plan plaćanja je glavni preduvjet postizanja otpusta dugova. Trajanje plana plaćanja je najčešće 5 godina. Dužnik je u obvezi da koristi sve svoje prihode koji mu nisu neophodni za održavanje minimalnog životnog standarda za razmjerno namirenje vjerovnika. Životni troškovi dužnika su kalkilirani temeljem minimalnog iznosa socijalne pomoći kao polazne točke. Nerijetko zemlje koriste i odredbe ovršnih zakona o izuzetnoj imovini.

186 Otvoren pristup insolventijskoj proceduri bez velikih troškova je treća karakteristika

slučajeva zastupaju stajalište da američki liberalni pristup osobnom bankrotu nije potrebit budući da europska zakonodavstva pružaju velike socijalne beneficije. Ipak statistika pokazuje da, usprkos postojanju osobnog bankrota te drugih oblika socijalne zaštite, broj pojedinaca koji traže zaštitu kroz predmetni institut se stalno povećava, u anglosaksonskom ili kontinentalnom pravnom krugu.¹⁸⁷ To zahtijeva i novu reformu zakonodavstva. Kako se radi o modernim i razvijenim ekonomijama, vjerojatno će sve imati iste ili slične izazove slijedom čega će pribjegavati istim ili sličnim rješenjima. Slijedom navedenoga događa se približavanje bilo u metodama ili rješenjima između kontinentalnih i anglosaksonskih zemalja. Naime, teška veza morala i ekonomske učinkovitosti je evidentna i kada se razmatraju rezultati planova plaćanja budući da mnogi dužnici nisu u mogućnosti ništa isplatiti. Stoga i temeljni problem nastaje kada zemlje europskoga pravnog kruga trebaju odlučiti što napraviti sa najugroženijim dužnicima. Otpust teško dobivaju mladi, nezaposleni koji ga možda trebaju najviše, zbog sudskog oklijevanja da se prihvati nulti plan

europskoga pravno kruga. Naravno svi zakoni sadrže određene restrikcije o dužnicima koji ne sudjeluju u dobroj vjeri. Kako sve države podupiru insolventne dužnike pa je tako u većini slučajeva *debt counselling* promican i financiran od države, a u drugim slučajevima pristupni troškovi su niski. Nadalje većina država preferira izvansudski naspram sudskog postupka za otpust dugova. Iznimka su Danska i Velika Britanija gdje nisu potrebiti izvansudski dogovori kao preduvjet sudskoj proceduri. Isto tako neke vrste institucionalne potpore su potrebe da bi se osnažila mogućnost izvansudskog dogovora, prvenstveno prekid svih ovršnih postupaka. Sva naprijed navedena načela su reflektirana i u relevantnim dokumentima, pa tako HULS, Nick, et al., *Overindebtedness of Consumers in the EC Member States: facts and search for solutions* 1, 4-5 (Story Scientia: Diegem 1994); INSOL International, *Consumer Debt Report: Report of Findings and Recommendations* (2001), dostupno na internet stranicama <http://www.insol.org/page/38/consumer-debt-report> te <http://www.insol.org/pdf/consdebt.pdf>. (12. 08. 2010.); 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); European Commission, Enterprise Directorate General, *Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start, Final Report of the Expert Group* (2003), dostupno na internet stranicama http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_en.pdf. (12. 08. 2010.) te NIEMI-KIESILÄINEN Johanna; HENRIKSON, Ann-Sofie, *Report on Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies CDCJ-BU* (2005) 11 rev, 10- 11.

- 187 U Njemačkoj, primjera radi, broj potrošačkih stečajeva se povećao sa 33.269 u 2003. na 71.345 u 2005. godini. Tako v. BUSCH, Dörte, *Current Reform Efforts of German Consumer Insolvency Law and the Discharge of Residual Debts*, *German Law Journal*, Vol. 7., 2006., str. 591. U Francuskoj, broj predmeta otvoren od Commissions de surendettement se povećao od 68,000 u 1994. na 188,000 u 2004. godini. V. Banque de France, *Bilan National de L'Activite des Commissions de Surendettement* (2006), dostupno na internet stranicama http://www.banque-france.fr/fr/publications/telechar/catalogue/stat_surend.pdf. (22.08.2009.) Za podatke o Ujedinjenom Kraljevstvu v. *Insolvency Service, Individual Insolvency in England and Wales 1999. to 2004*, dostupno na internet stranicama <http://www.insolvency.gov.uk/otherinformation/statistics/general/individual-e-w.htm> (23. 08. 2009.). Isto tako za SAD v. *U. S. Courts Bankruptcy Statistics* dostupno na internet stranicama <http://www.uscourts.gov/bnrpctystats/statistics.htm#calendar>. (22. 08. 2009.)

plaćanja (kao u Švedskoj, Njemačkoj)¹⁸⁸ ili zbog činjenice da je pristup *debt adjustment* proceduri onemogućen (kao u Hrvatskoj). Slijedom toga američki koncept novoga financijskog početka, prvenstveno filozofijom Glave 7., nedvojbeno ima utjecaj na ostatak *common law* sustava, ali i na europski razvoj instituta.¹⁸⁹ Ipak, iako je sama ideja reforme 2005. bila jako dobra i utjecala na druga *common law* zakonodavstva kao i na kontinentalni pravni krug, nije postigla željene rezultate u svom normativnom okružju. Kao najčešća se navode tri juristička razloga. Prethodni obligatorni postupak savjetovanja je samo poskupio i nepotrebno odugovlačio cijeli postupak da bi se na kraju sveo na telefonski ili internet razgovor s ovlaštenim savjetovalištima. Uvođenje *mean testa*, koji je imao za cilj spriječiti zlorabu, na kraju je proizveo suprotan učinak jer je prolaznost u Glavu 7. statistički najveća do sada, ali sada samo s uvećanim troškovima. Uvažavajući važnost i svrhu pravilne sintagme u pravu treći problem se tiče loše sročениh i nerijetko neustavnih odredbi koje su zatrpale američki Vrhovni sud.¹⁹⁰ Ipak utjecaj ideje brzog i automatskog otpusta za najugroženije osjetio se i u engleskom zakonodavstvu, koji su nedavno uveli *Debt relief order-om* NINA (*no income, no asset*) proceduru za najugroženije. Slična situacija se događa i u Njemačkoj. Dok je reformom 1999. i 2001. njemački zakonodavac zahtijevao obvezni plan plaćanja kao dio svog potrošačko stečajnog zakonodavstva, u stvarnosti skoro nitko od dužnika nije u mogućnosti vršiti isplate vjerovnicima budući da je njihov životni standard ispod minimuma specificiranog u zakonu. Stoga se Nacrtom zakona iz 2007. godine pokušao urediti položaj osoba koje ne mogu podmiriti i najosnovnije troškove predmetnoga postupka. Ista situacija se događa i u Francuskoj za potrošače čija je situacija određena kao *irremediably*

188 Za detaljnije v. KILBORN, Jason J., *Out with the New, ... cit.*, str. 15.

189 Američko potrošačko stečajno zakonodavstvo bilo je predmet istraživanja mnogih europskih znanstvenika tijekom prošla dva desetljeća, pa primjera radi v. ACKMANN, Hans-Peter, *Schuldbefreiung durch Konkurs? Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht*, 1983., str. 96.; KNÜLLIG-DINGELDEY, Britta, *Nachforderungsrecht oder Schuldbefreiung*, *Göttinger rechtswissenschaftliche Studien*, 1984., str. 127.; HULS, Nick, *Alternatives to Personal Bankruptcy in HÖRMANN, G. (ed.), Consumer Credit and Consumer Insolvency, Perspectives for Legal Policy from Europe and the USA* Bremen: Universität Bremen, 1986., str. 289. Dodatno, europski prijedlozi za reformom potrošačko stečajnog zakonodavstva nerijetko uključuju raspravu o američkoj potrošačkoj stečajnoj filozofiji. Pa tako v. HULS, Nick, *American Influences on European Consumer Bankruptcy Law*, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 15., 1992. Inače autor se zaustavio na obrađivanju osobnog bankrota nekih kontinentalnih i anglosaksonskih zemalja. Ipak filozofija osobnog bankrota, prvenstveno Njemačke i SAD-a, osjetila se i u reguliranju predmetne materije u Južnoj Africi (v. ROESTOFF, Melanie; RENKE, Stefan, *A Fresh Start for Individual Debtors: The Role of South African Insolvency and Consumer Protection Legislation*, *International Insolvency Review*, 2005., Vol. 14., u Koreji (v. OH, Soogeun, *Personal Bankruptcy in Korea: Challenges and Responses*, *Theoretical Inquiries in Law*, 2006., Vol. 2., No. 2., pa i u Japanu (v. MATSUSHITA, Junichi, *Japan's Personal Insolvency Law*, *Texas International Law Journal*, Vol. 42., 2007.)

190 V. CHERMERINSKY, Erwin, *Constitutional Issues Posed in the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79., 2005., str. 571.

compromised. Tu je francuski zakonodavac napravio liberalniji iskorak od američke Glave 7. tako da je reformom 2010. dopustio i otpust dugova, po preporuci *commissiona* i odobrenju suda, bez likvidacije imovine.¹⁹¹ Također i u Švedskoj za najugroženije postoji nulti plan plaćanja (*nullförslag*) koji je odobrila KFM te od 1. siječnja 2008. u Nizozemskoj otpust za najugroženije može biti određen nakon jedne godine, pod pretpostavkom da povjerenik nema opravdanih očekivanja da će dužnik biti u mogućnosti ispuniti svoje obveze.

4. ZAKLJUČAK

Svaki ekonomsko pravni sustav vođen potrošačkom ekonomijom mora pružiti primjerenu i učinkovitu osobno stečajnu filozofiju. On treba omogućiti maksimiziranje imovinske vrijednosti u korist vjerovnika te stvarne, ali razumne zahtjeve za dužnika, s ciljem ispunjenja realističnih dijelova nepodmirenih obveza. Stoga, iako je primarni cilj osobno stečajnog sustava otpust dugova dužnika omogućujući im pritom novi (zarađeni) početak, svi navedeni modeli, barem iz teorijske perspektive, imaju i pluralitet ciljeva. To su dužnikova rehabilitacija, edukacija te održavanje i promicanje platnog morala. Bilo bi pretenciozno tvrditi da egzistira optimalan model osobnog bankrota. To je vidljivo i iz kratke komparativne analize iz koje zaključujemo da u Engleskoj i Walesu, kao i u Australiji, čije se osobno stečajno zakonodavstvo i razvilo pod utjecajem engleskoga prava, glavno pitanje ostaje problem preklapanja raznih modela otpusta dugova. Kompleksnost njihovih zakonodavnih opcija predstavljena je i činjenicom da je malo vjerojatno da će dužnici izabrati za njih najbolju. Ipak zajedničku karakteristiku predstavlja činjenica da je proces stalno u pokretu, ali s tendencijom pomaka prema američkom pravnom shvaćanju gdje svaki dužnik dobiva jednako predvidljiv tretman, podvrgnut je istim zahtjevima, te će dobiti jednaki otpust po uspješnom ispunjenju zakonskih preduvjeta, uz točno specificirane iznimke. Ovakva uniformirana i jednoobrazna procedura također se primjenjuje i na sustave koje su usvojile zemlje, primarno Njemačka i do manjeg stupnja Nizozemska i Švedska. Nedostaci su što isključuje bilo kakvu prilagodljivost koja je karakteristična za francusko zakonodavstvo. Kao i sve navedene zemlje i Hrvatska treba naći (tražiti) i razviti ustavni i zakonodavni način koji najbolje odgovara njezinu povijesnom, socijalnom, kulturološkom i ekonomskom stanju, uvjetima i mogućnostima. Iz obilne strane pravne literature, kao i iz svakodnevnoga života posve je jasno da državna vlast treba pružiti stabilan zakonodavni okvir, infrastrukturu jer će u suprotnom fizičke osobe i dalje trpjeti zbog nepostojanja jasnog osobno stečajnog zakonodavnog okvira. Za sada koncept osobnog bankrota u Hrvatskoj znanosti egzistira samo kao simbolična sintagma koja obuhvaća različite nijanse u različitim kontekstima. Iskreno bi bilo reći da predstavlja i svojevrsni oksimoron jer je po definiciji i konceptu stečaj namijenjen prvenstveno za pravne osobe. Postupno koncept koristi doktrina kao zagovarač

191 C. consomm. art. 330-1(1), 332-5.

ideje za uvođenje osobnog stečaja, kritizirajući nedostatak takve procedure i cijeloživotne odgovornosti za dugove koja postoji u Hrvatskoj.¹⁹² Pristašama potrošačkog stečaja cilj je zaštititi potrošača od osiromašenja obnavljajući njegovu solventnost. Štoviše, fizička osoba koja ima mogućnost proglasiti bankrot, i koja se može nadati da će nakon određenog perioda biti oslobođena od preostalih obveza, potaknuta je da legalno radi i da djelomično ili u cijelosti isplati svoja dugovanja. S druge strane cilj je i zaštititi vjerovnika i njihove legitimne interese. Hrvatsko pozitivno pravo, glede prisilnog ostvarivanja tražbina vjerovnika, predviđa jedino ovršni postupak. Takvim pristupom nerijetko gube vjerovnici koji najčešće ne mogu namiriti cjelokupnu tražbinu jer brži vjerovnik može ostvariti potpuno namirenje svojih potraživanja, dok ostali ostaju bez namirenja i dijela svojih potraživanja. Stoga stvaranjem osobnog bankrota, a samim time i *pari passu* načela došlo bi do stvaranja razmjernog i civiliziranog namirenja vjerovnika. Protivnici legalizacije osobnog bankrota izjavljuju da može izazvati nerealna očekivanja budući da je više od pola stoljeća djelovanja u gospodarsko-političkom okruženju socijalizma, u kojem je bilo normalno ne snositi posljedice za loše poslovanje, ostavilo traga u mentalitetu hrvatskih građana, te kako i mnogi danas smatraju da će netko drugi podmirivati njihove obveze. Nadalje smatraju da bi iz ekonomske perspektive uvođenje instituta potencijalno povišilo i cijenu kapitala, tj. kamatu koja je i ovako visoka. Stoga uvažavajući iznesena stajališta i činjenicu da je hrvatski zakonodavac napravio iskorak preventivnim mjerama¹⁹³ treba priznati da se insolventnost ne može u potpunosti otkloniti te da će postojati potreba da se adresira mogućnost otpusta dugova svim fizičkim osobama. S gledišta hrvatskoga zakonodavca i nomotehnike mudro je preuzeti određeni zakon iz zemlje koja ima više tradicije, znanja i iskustva u određenom pravnom području nego prolaziti kroz mukotrpan proces samostalnog iznalaženja zakona. Izrada detaljnih odredbi tko je podoban za stečajnu proceduru, koji je opseg imovine koju dužnik smije zadržati, koja buduća imovina je zaštićena te tko odlučuje i na koji način je izvan dosega ovog rada. Stoga samo predlažem da strukturalno novi zakon ima specijalne odredbe o insolventnosti potrošača i to kroz tri koraka. Prvi korak je pokušaj izvansudskog sporazuma između dužnika i vjerovnika

192 Prvenstveno v. GARAŠIĆ, Jasnica, op. cit.

193 V. Zakon o zaštiti potrošača (Narodne novine, br. 79/07., 125/07., 79/09., 89/09. i 133/09.), članak 130. stavak 6. te Zakon o kreditnim institucijama (Narodne novine, br. 117/08. i 74/09.), članak 309a. Čak su i mnoge europske zemlje koje još nemaju osobni bankrot uvele oblike savjetovanja za rješavanje dužničkih problema. Druge europske zemlje (pa tako Njemačka, Švedska i do neke mjere Norveška) su uvele savjetovaništa prije uvođenja samog instituta osobnog bankrota. Primjera radi, njemački parlament je odobrio novi Insolventni zakon 1994. koji je uključivao odredbe o stečaju potrošača, a *vacatio legis* je bio 5 godina tako da je zakon stupio na snagu 1999. godine. Ipak, nezavisno od toga savjetovanje kao pomoć osobama nesposobnim za plaćanje duga pokrenuto je u Njemačkoj 1970-ih i to prvenstveno osobama koje su puštene iz zatvora i sličnih institucija. Od tada se stalno proširivalo tako da je sada dostupno svim potrošačima. Ono se provodi posredstvom raznih potrošačkih institucija, socijalnih agencija, dobrotvornih organizacija, raznih komora i drugih neprofitnih organizacija. V. KAMLAH, Klaus, New German Insolvency Act: Insolvenzordnung, American Bankruptcy Law Journal, Vol. 70., 1996., str. 417.

kao uvjet otvaranja insolventnog postupka. Takva alternativa pruža dužniku fleksibiliziran mehanizam za izbjegavanje stigmatizacije stečajnog postupka, pod uvjetom da se vjerovnik i dužnik usuglase. Iako se zalažem za pokušaj izvansudskog modela, budući da takve mogućnosti idu izvan običnog otpusta dugova, čak bi se moglo reći da otpust dugova ide nauštrb rečenim ciljevima, ako ostavi dužnika – fizičku osobu, bez da se isključe pitanja i razlozi koji su ga doveli do stanja insolventnosti, komparativna iskustva govore drugačije. U slučaju da vjerovnici nisu prihvatili plan za reguliranje dužnikovih dugova slijedi drugi korak odnosno usvajanje plana reguliranja dužnikovih obveza u okviru sudskog postupka za koje vrijede pojednostavljena pravila te oslobođanje od preostalih dugova uspješnim okončanjem razumno dugog plana plaćanja. Dužnik je oslobođen odgovornosti za sve svoje obveze, a njegova neizuzeta imovina se razmjerno distribuira između njegovih vjerovnika, a za uzvrat on dobiva zaštitu od daljnjih smetanja vjerovnika. Okončanjem procedure dužnik je rehabilitiran te je u mogućnosti djelovati slobodno u ekonomskom okružju kao i drugi članovi društva. Pri samom kraju rada vraćamo se na početak i činjenicu stalnih razvojnih tendencija društva. Naime, sličnost svih navedenih sustava je činjenica da su različiti pristupi podložni promjenama. Tako i u Europi i u SAD-u postoje naznake da se novelama predmetne problematike prevazilaze razlike budući da nova uređenja traže univerzalne modele kojima bi se borili s problemima najugroženijih pojedinaca i to nerijetko kroz (hitni) brzi i bezuvjetni otpust dugova. Stoga treba razmisliti o uvođenju modela nultih planova plaćanja budući da bi bilo diskriminatorски onemogućiti pristup proceduri osobnog bankrota osobama koje paradoksalno nemaju sredstva za otplatu duga. Ipak to mora biti iznimna situacija jer se na planu plaćanja treba inzistirati ako i kada za njega postoji realna mogućnost.

Summary

PERSONAL BANKRUPTCY: A GLOBAL TREND AND CROATIAN PERSPECTIVE

Personal bankruptcy has existed in diverse forms almost for three centuries. The *ratio* of this institute is to procure a certain type of insurance for physical persons against insolvency and unexpected expenses. Therefore, the philosophy behind it calls for legislative regulation of release of debts which would allow individuals to retain a certain property and procure necessary life needs as well as prevent any kind of discrimination after the release of debts. Even though the personal bankruptcy is not regulated in Croatia, it has been an object of numerous analysis and discussions due to the fact that personal bankruptcy proceedings manifest through application of diverse methods. Having this in mind, the American personal bankruptcy legislation is considered to be the most generous in the world. On the other hand, until recently, the most European legal systems did not have any incorporated provisions on release of debts for physical persons. Therefore, the aim of this article is to analyse models of personal bankruptcy. The author presents a short historical overview and talks about existing comparative models stressing their weaknesses and advantages in following chapters. The last part of the article contains conclusive remarks with regard to short recommendations which should be taken into consideration during the reform of passive bankruptcy ability.

Key words: *personal bankruptcy, comparative models, reformative recommendations.*

Zusammenfassung

PRIVATINSOLVENZ: GLOBALE ENTWICKLUNGSTENDENZEN UND DIE KROATISCHE PERSPEKTIVE

Privatinsolvenz existiert in verschiedenen Formen fast drei Jahrzehnten. Das Grundmotiv dieses Rechtsinstituts ist es, eine Art Versicherung für natürliche Personen im Fall von Insolvenz und unerwarteten Kosten zu ermöglichen. Privatinsolvenz umfasst legislativ geregelte Schuldenbefreiung, bei der die Betroffenen ihr Vermögen beibehalten und sich die notwendigen Lebensbedürfnisse befriedigen können, ohne dass sie später auf Grund dessen diskriminiert werden. Obwohl dieses Institut in der Republik Kroatien immer noch nicht gesetzlich geregelt ist, stellt es den Schwerpunkt mehrerer Auseinandersetzungen und Erwägungen dar, auch angesichts dessen, dass sich die Schuldenbefreiung in vielen Formen offenbart. In dieser Hinsicht wird die Privatinsolvenzgesetzgebung der Vereinigten Staaten als die meist großzügige Regelung betrachtet, während die Mehrheit europäischer

Gesetzgebungen bis auf neulich keine Schuldenbefreiungsverordnungen für natürliche Personen beinhalteten. Das Ziel dieser Arbeit ist es, verschiedene Modelle der Privatinsolvenz zu erläutern. Zu diesem Zweck beginnt der Autor mit einem historischen Überblick. Im Anschluss schildert er diese Modelle mit Hervorhebung ihrer jeweiligen Nachteile und Vorteile. Zum Schluss schlägt er einige Leitlinien vor, welche bei der Reform der passiven Zahlungsfähigkeit in Erwägung gezogen werden müssen.

Schlüsselwörter: *Privatinsolvenz, rechtsvergleichende Modelle, Reformleitlinien.*

Riassunto

FALLIMENTO PERSONALE: TENDENZA GLOBALE E PROSPETTIVA CROATA

Il fallimento personale esiste, sebbene sotto forme diverse, da quasi tre secoli. La *ratio* è offrire alle persone fisiche alcuni tipi di assicurazione contro l'insolvenza e determinate spese impreviste. L'idea del fallimento personale include la disciplina giuridica della remissione dei debiti, nella quale occasione si concede alle persone la possibilità di trattenere un determinato patrimonio al fine di assicurare le necessità di vita primarie, evitando così qualsiasi discriminazione dopo la remissione dei debiti. Sebbene detta soluzione non sia prevista in Croazia, essa è comunque oggetto di numerose riflessioni e discussioni posto che il procedimento di remissione dei debiti si manifesta secondo schemi diversi. Al riguardo, la legislazione americana in tema di fallimento personale è considerata la più generosa al mondo, mentre, d'altra parte, la maggiore parte delle legislazioni europee fino a poco tempo fa nemmeno prevedeva una qualsiasi disciplina sulla remissione dei debiti alla persona fisica. Pertanto, lo scopo di questo lavoro è prendere in esame i vari modelli di fallimento personale. L'autore inizia con una breve panoramica storica, dopo di che passa in rassegna le soluzioni adottate nel diritto comparato, rilevandone punti deboli e di forza. Il lavoro termina con le conclusioni, ossia con concise indicazioni, le quali dovrebbero essere prese in considerazione in occasione della riforma della capacità fallimentare passiva.

Parole chiave: *fallimento personale, soluzioni di diritto comparato, indicazioni per la riforma.*

SPOR PUNE JURISDIKCIJE PREMA ZAKONU O UPRAVNIM SPOROVIMA IZ 2010.

Mr. sc. Bosiljka Britvić Vetma, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 35.077.2(497.5)(094)
Ur.: 24. studenoga 2010.
Pr.: 16. veljače 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Cilj je ovog rada pridonijeti znanstvenoj obradi kompleksne problematike upravnog spora pune jurisdikcije. Idući ovim putem ukazalo se na povijesni razvoj upravnog spora pune jurisdikcije, nastojalo se utvrditi društveno-političke uvjete i uzroke za uvođenje upravnog spora pune jurisdikcije, karakter i svrhu ovog instituta te upozoriti na probleme koji se mogu pojaviti u primjeni ovog pravnog sredstva, nakon čega su se uopćila određena iskustva sudske prakse i iz toga izveli određeni teoretski sudovi. Posebna je pozornost posvećena upravnom sporu pune jurisdikcije u francuskom pravu, kao zemlji u čijem pravnom poretku upravni spor pune jurisdikcije već stoljećima nalazi svoje mjesto. Naime, izraz „upravni spor pune jurisdikcije“ svoju je zavičajnost i stekao u Francuskoj. Može se smatrati da je upravo Francuska razvila upravni spor pune jurisdikcije u kontinentalnom krugu.

Izraze „puna jurisdikcija“ i „puni spor“ treba koristiti kao sinonime jer oba podrazumijevaju da spor vodi sudac koji u potpunosti vrši svoju sudačku funkciju, a pritom ima na raspolaganju sva sredstva koja suci uobičajeno koriste. Riječ je o sporu koji je oprečan, u kojemu su sudske ovlasti značajne, a postupovni režimi vrlo raznoliki. Složene su teme kojima se bavi, kao i pitanja upućena sudu. Složenost tema koje se mogu pojaviti u sporu pune jurisdikcije posljedica je njihovoga velikog broja i raznolikosti. Raznorodnost područja spora pune jurisdikcije ne dopušta sastavljanje iscrpnoga popisa te vrste spорова.

Ključne riječi: upravni spor pune jurisdikcije, Zakon o upravnim sporovima iz 2010.

1. UVOD

Stupanj u kojem je upravnosudska zaštita zajamčena te koliko se ona obavlja, ključni je element pri ocjeni svakog modernoga pravnog sustava. U svezi s tim i Europska unija pridaje izuzetnu važnost upravnom sudovanju, jer se primjena velike većine europskoga prava nalazi u nadležnosti upravnih sudova. Zato se danas upravni sudac suočava s brojnim izazovima (na početku XXI. stoljeća),¹ osobito onima koji se odnose na sve veću ulogu prava i sudske prakse Europske unije u nacionalnom pravu te više povezanosti s međunarodnim pravom. S tim u vezi povezana je i modernizacija upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, koja povezana s modernizacijom upravnog postupanja² predstavlja bitnu komponentu reforme hrvatske državne uprave.

Sudska kontrola uprave u Republici Hrvatskoj obavlja se u upravnom sporu.³ Sadašnji hrvatski Zakon o upravnim sporovima temelji se uglavnom na Zakonu o upravnim sporovima bivše Jugoslavije iz 1952., dopunjenom i izmijenjenom 1965., te Zakonu o upravnim sporovima iz 1977. godine.

U hrvatski pravni sustav 1991. godine preuzet je Zakon o upravnim sporovima u tekstu iz 1977. i odmah izmijenjen, a 1992. dva je puta dopunjavan.

Kada se analiziraju odredbe Zakona o upravnim sporovima, koje su mjerodavne za postupak pred Upravnim sudom Republike Hrvatske, postavlja se pitanje može li se Upravni sud, kada odlučuje po pravilima o upravnom sporu, smatrati sudom u smislu odredbe članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴

1 Tako, primjerice, Državni savjet (Francuska) odvažio se, u početku oprezno, poslije sve žešće, provoditi takav nadzor usklađenosti koji ga je doveo do toga da ne samo zabranjuje primjenu zakona zbog suprotnosti s ugovorom, nego i osudi državu za naknadu štete koja je proizašla iz takvog zakona, osobito kada je zakonodavac zanemario ciljeve neke direktive zajednice. To ga je dovelo do toga da sam tumači ugovor, što je do tada bio posao ministra vanjskih poslova. Državni savjet po službenoj dužnosti kontrolira rad parlamenta u pogledu međunarodnog prava. Sauvé, Jean-Marc, *Réforme la justice administrative*, AJDA, Paris, 2007., str. 121.

2 Zakon o upravnom postupku, Narodne novine, br. 47/09.

3 Upravni spor, djelo francuske upravnopravne prakse i teorije, izvršio je snažan utjecaj na formiranje, tzv. kontinentalnog sustava sudske kontrole rada uprave. U Francuskoj se smatra da je uprava jedan poseban institut koji mora biti uređen posebnim pravom, a to posebno pravo primjenjuje autonomno sudstvo. Iskustvo, francuskih i drugih zemalja, pokazuje da je kontrola koju vrši upravno sudstvo mnogo dublja, energičnija i smjelija od one koju vrše redovni sudovi. Ako se izuzmu kritike koje se sporadično javljaju, u Francuskoj danas postoji široki konsenzus, bez obzira na političke grupe, da se zadrži sustav koji se dokazao, koji je bio preuzet u određenom broju drugih zemalja i koji još uvijek predstavlja predmet velikog interesa. To ne znači da je ovaj sustav savršen; postoje praznine, slabosti, nedostaci, pa su poboljšanja neophodna, prije svega u okviru sustava kakav jest. Francuska teorija je potpuno podložna ideji upravnog sudstva. Bigot, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789.*, PUF, Paris, 2002., str. 15.

4 Republika Hrvatska ratificirala je Konvenciju 5. studenoga 1997. godine, Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97. od 28. listopada 1997. Europska konvencija za zaštitu ljudskih je pravni akt Vijeća Europe (1949.) o zaštiti sloboda i prava donesen u Rimu 4. studenog 1950. godine. Originalna verzija, sastavljena na engleskom i francuskom jeziku i

Nakon uvida i raščlambi odgovarajućih odredbi važećeg Zakona o upravnim sporovima, prema mišljenju Ustavnog suda Republike Hrvatske koje je izraženo u odluci Ustavnog suda br. U – I – 745 / 1999 od 8. studenog 2000. godine, kojom je odlukom Ustavni sud pokrenuo postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom i ukinuo neke odredbe Zakona o izvlaštenju, Upravni sud nije sud pune jurisdikcije.⁵ Ovo se posebno odnosi na odredbe o ovlastima suda da samostalno utvrđuje činjenično stanje te, u svezi s time, provede usmenu raspravu.⁶

U postupku pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji upravno se sudovanje suočava s novim izazovima – usklađivanjem (harmoniziranjem) postupovnih pravila s *acquis communautaire*. *Pred upravnim sudovanjem postavljaju se novi zahtjevi radi postizanja europskih standarda, koji se najprije odnose na: reduciranje zaostataka u rješavanju, pravo suda da u svakom sporu utvrđuje činjenično stanje, pravo suda da provede usmenu raspravu, kako radi utvrđivanja činjeničnog stanja, tako i radi zaštite prava stranaka, pravo stranke na ulaganje žalbe na presudu upravnog suda, zbog čega ujedno nastaje i potreba za višestupnjevitošću sudovanja, učinkovitosti sudskih postupaka i skraćivanje postupka.*

Treba imati na umu da je uloga hrvatske državne uprave u postupcima usklađivanja, ali i kasnije implementacije preuzetih rješenja, važna i zahtjevna te je valjalo stvoriti preduvjete i poduzeti niz mjera za što učinkovitije institucionalno i funkcionalno provođenje reformskih zahvata. Pitanje je u svakom trenutku, s jedne strane, što je Republika Hrvatska u stanju ostvariti od onoga što bi bilo poželjno. A s druge, što odgovara hrvatskim posebnim prilikama, specifičnom povijesnom putu, pa i dugoročnim interesima. Mišljenja smo da samo postojanje posebnog i razvijenog upravnog spora pune jurisdikcije znači prednost, jer se u novije vrijeme

objavljena pod nazivom Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, stupila je na snagu 3. rujna 1953. godine. Prve potpisnice Konvencije bile su: Belgija, Danska, Francuska, Njemačka, Irsko, Italija, Island, Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Turska i Velika Britanija.

- 5 Izmjenama Zakona o izvlaštenju iz 2001. zakonodavac je proširio spor pune jurisdikcije u vezi s izvlaštenjem, ali je rješavanje tih sporova stavljeno u nadležnost županijskih sudova.
- 6 Što se tiče utvrđivanja činjeničnog stanja, Upravni sud ih u pravilu ne utvrđuje, već prema odredbi stavka 1. članka 39. važećeg ZUS-a, rješava spor na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku. Vežanost upravnog suda na činjenično stanje u upravnom postupku primjereno je temeljnoj karakteristici upravnog spora kao spora o zakonitosti upravnog akta. Potrebno je napomenuti da samo u nekoliko zakonom predviđenih situacija Upravni sud može, ako se na to odluči i sam utvrđivati činjenično stanje. Tako prema odredbi stavka 3., članka 39. važećeg ZUS-a Upravni sud može sam utvrđivati činjenično stanje i na njegovoj podlozi donijeti presudu, odnosno rješenje: ako bi poništenje osporenog upravnog akta i ponovno vođenje postupka kod nadležnog tijela izazvalo za tužitelja štetu koja bi se teško mogla popraviti ili ako je na temelju javnih isprava ili drugih dokaza u spisima predmeta očito da je činjenično stanje drugačije od onoga utvrđenog u upravnom postupku, ili ako je u istom sporu već jednom poništen upravni akt, a nadležno tijelo nije postupilo po presudi. Upravni sud, također i u slučaju, tzv. „šutnje administracije“, imao je priliku, ako se odluči uvažiti tužbu i presudom riješiti upravnu stvar (umjesto da vrati predmet tuženoj strani i odrediti u kojem smislu ima donijeti rješenje), samostalno utvrditi činjenično stanje (članak 42. stavak 5. ZUS-a).

spomenuto smatra gotovo nužnim da bi upravno sudovanje i sudska kontrola bila kvalitetna.

To su bili ključni razlozi zašto je Hrvatski sabor 29. siječnja 2010. godine donio novi Zakon o upravnim sporovima, objavljen u Narodnim novinama br. 20/2010 od 12. veljače 2010., a stupit će na snagu 1. siječnja 2012. godine.⁷ Taj relativno dugi *vacatio legis* posljedica je potrebe da se stvore organizacijske, funkcionalne i normativne pretpostavke kako bi se taj zakon mogao primjenjivati.

2. POVIJESNI RAZVOJ UPRAVNOG SPORA PUNE JURISDIKCIJE

Određujući upravni spor kao spor o zakonitosti upravnog akta donesenog u pojedinačnoj upravnoj stvari, Zakon o upravnim sporovima ne isključuje kao oblik upravnog spora i spor pune jurisdikcije. Poznato je da je upravni spor pune jurisdikcije, uz spor o zakonitosti upravnog akta kao pravilo hrvatskog upravnog spora, uveden Zakonom o upravnim sporovima iz 1952. godine, Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima iz 1965. godine te Zakonom o upravnim sporovima iz 1977. godine.

Zakonom o upravnim sporovima iz 1965. godine ovaj je institut dobio novi značaj i proširena je mogućnost njegove primjene u upravnom sudovanju. To je učinjeno dopunom ranijeg članka 40. stavka 3. Zakona o upravnim sporovima iz 1952. godine, koja se sastojala u tome da upravni sud u upravnom sporu, u svim vrstama materija, može donijeti odluku koja zamjenjuje upravni akt, a ne samo u stvarima iz socijalnog osiguranja kako je to ranije bilo.⁸

Nema sumnje da je zakonodavac imao *jake razloge* kada je u Zakon o upravnim sporovima unio jednu takvu odredbu. To pogotovo 1965. godine, kada je proširio broj slučajeva u kojima se mogla donijeti sudska odluka koja je neposredno rješavala spor, odnosno samu upravnu stvar i kada nije postavio nikakva ograničenja s obzirom na vrstu materije, kako je to bilo prema Zakonu o upravnim sporovima iz 1952. godine.⁹

Zakonom o upravnim sporovima iz 1952. godine sud je bio ovlašten svojom odlukom riješiti spor odnosno samu upravnu stvar u stvarima socijalnog osiguranja i to kada je osporeno rješenje trebalo poništiti, a podatci upravnog postupka su davali pouzdanu osnovu za donošenje jedne ovakve sudske odluke.

Zakon o upravnim sporovima iz 1952. godine¹⁰ propisivao je da se u upravnom

7 Stupanjem na snagu novog Zakona o upravnim sporovima prestat će i potreba postojanja rezerve na čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

8 V. U. Dokumentacija Savezne skupštine, Obrazloženje prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima – AS. Br. 348 od 23. ožujka 1965. godine u kome na str. 16. i 17. piše sljedeće: „Po važećem Zakonu sud u upravnom sporu može meritorno riješiti samu upravnu stvar samo u stvarima socijalnog osiguranja“.

9 Te razloge – jačanje zakonitosti, veću zaštitu prava građana i sl. – nije ni potrebno navoditi.

10 Zakon o upravnim sporovima učinio je izvjesna odstupanja od pravila propisana u članku 6. po kome je predmet spora upravni akt donesen u pojedinačnoj upravnoj stvari. ZUS je propisao

sporu može tražiti povrat stvari oduzete izvršenjem nezakonitog rješenja ili naknadu štete nanesene izvršenjem tog rješenja, kao i ovlaštenje suda da riješi i samu stvar presudom kada je donesen upravni akt protivno presudi, ili da donese rješenje u izvršenju presuda kada to propusti izvršiti nadležno tijelo uprave. To su svi oblici spora pune jurisdikcije. Bilo bi pogrešno zaključiti da je upravni spor, prema Zakonu o upravnim sporovima iz 1952. godine, bio po pravilu samo spor o zakonitosti upravnog akta. Istina, on je to bio u praksi, ali praksu stvaraju sudovi.¹¹ Pitanju upravnog spora pune jurisdikcije dosta je mjesta u svojim teorijskim radovima posvetio profesor Ivančević. Ovaj institut on je razmatrao iz raznih kutova. Analizirajući Zakon o upravnim sporovima iz 1952., utvrdio je postojanje četiriju oblika spora pune jurisdikcije.¹²

Od 1965. godine sud je takvo ovlaštenje imao u svim materijama iz upravnog spora, a ne samo u stvarima iz socijalnog osiguranja. To je ono što je predstavljalo bitnu, kvalitativnu i kvantitativnu novinu u upravnom sporu od 1965. godine, sud može, u svakom sporu, kada bi osporeno rješenje trebalo poništiti, riješiti samu upravnu stvar onda kada podatci upravnog postupka pružaju za to dovoljno osnova. Pri tome, jedva da je i potrebno reći da je do toga moglo doći samo onda kad poništenje upravnog akta ne dolazi u obzir zbog povrede pravila postupka, koja odlukom suda u takvom slučaju ne može biti otklonjena, već kada nema bitnih povreda pravila postupka, kada je na utvrđeno stanje stvari, koje se pokazuje potpunim i pravilnim, pogrešno primijenjen materijalni zakon.

Profesor Krbek je smatrao da je već prema Zakonu o upravnim sporovima iz 1952. godine postojala „*imperativna dikcija*“ zakona da bi sud „*morao riješiti upravnu stvar ako poništi upravni akt i ako ima pouzdane podatke*“. Istini za volju, ovo se mišljenje nije odnosilo na slučajeve u kojima je nadležno tijelo imalo mišljenje protivno shvaćanju suda ili odbijalo donijeti akt u izvršenju presude, ali nije imalo smetnju da se spomenuto primijeni i na slučaj koji je imao u vidu propis

oblik upravnog spora u pojedinačnim slučajevima iz upravne materije, odnosno iz određene materije u kojima nije donesen prethodni upravni akt. To je npr. spor zbog šutnje uprave, kao i spor za naknadu štete ili povrat oduzetih stvari izvršenjem nezakonitog upravnog akta.

- 11 Zakon o upravnim sporovima iz 1952. godine, članak 8: „Upravni spor ne može se voditi: 1) u stvarima sudske i arbitražne uprave, izuzev akata o službeničkim i radnim odnosima; 2) u disciplinskim stvarima državnih službenika i radnika, ukoliko zakonom nije drugačije određeno; 3) u stvarima prekršaja o kojima po zakonu rješava u drugom stepenu sudac za prekršaje ili vijeće za prekršaje; 4) u stvarima o kojima je rješavala Narodna skupština FNRJ, narodna skupština narodne republike, ili njihovi prezidijumi; 5) u stvarima o kojima se po izričitoj odredbi zakona ne može voditi upravni spor. U stvarima predviđenima u toč. 1., 2., 3. i 5. prethodnog stava može se voditi upravni spor kad je državni organ pri donošenju upravnog akta prekoračio granice nadležnosti.“
- 12 Prvi je slučaj u vezi s načelom obveznosti sudskih presuda u sporovima o zakonitosti. Drugi je slučaj spora pune jurisdikcije poseban oblik pravne zaštite, koju Zakon pruža građanima, kad upravno tijelo šutnjom otklanja rješavanje stranaka. Treći je slučaj spora pune jurisdikcije rješavanje dvaju građanskopravnih pitanja. Četvrti slučaj spora pune jurisdikcije reguliran je u stvarima socijalnog osiguranja kao posebna olakšica strankama. Više o tome: Ivančević, Velimir, *Upravni spor pune jurisdikcije s naročitim obzirom na član 40./3. Zakona o upravnim sporovima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, 1953., str. 81 – 93.

članka 40. stavka 3. Zakona o upravnim sporovima iz 1952. godine. Navedeno mišljenje, kako je već rečeno, iznio je profesor Krbek još 1962. godine, kada je takvo ovlaštenje suda bilo ograničeno s obzirom na vrstu materije o kojoj se vodi spor.¹³

Od značaja je i slučaj koji je imao u vidu propis članka 65. Zakona o upravnim sporovima iz 1952. godine, odnosno članka 64. Zakona o upravnim sporovima iz 1965. godine – kada nadležno tijelo ne donese rješenje u izvršenju presude u roku od 30 dana, ni u roku od daljnjih 7 dana nakon što je sud zatražio obavještenje o razlozima zbog kojih upravni akt nije donesen u propisanom roku. Ako razlozi nisu opravdani, sud će donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog tijela. Dok se kod slučaja iz članka 64. Zakona o upravnim sporovima iz 1952. godine, odnosno članka 63. Zakona o upravnim sporovima iz 1965. godine, – kada je donesen novi akt, protivno primjedbama i pravnom shvaćanju presude – kao i kod slučaja iz članka 40. stavka 3., odnosno članka 42. stavka 3., predviđa da će sud, po pravilu, donijeti akt, odnosno presudu koja zamjenjuje upravni akt, dotle u slučaju iz članka 65., odnosno članka 64. stoji imperativna odredba : “.....sud će donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog tijela“. To znači da u ovom slučaju nije bilo ostavljeno sudu na volju hoće li ili ne donijeti rješenje koje u svemu zamjenjuje akt nadležnog tijela uvijek kada je to moguće.

Iz prethodnih redova može se već vidjeti kako su stale stvari s praktičnim korištenjem suda u upravnom sporu. Jesu li sudovi i tada u dovoljnoj mjeri koristili ta svoja ovlaštenja? Može se slobodno reći da do danas toga nije bilo u potrebnoj mjeri.

Ako se izuzme spor zbog „šutnje uprave“, Zakon o upravnim sporovima je do 1965. godine propisivao mogućnost spora pune jurisdikcije u dva slučaja po materiji, a u dva slučaja po svim upravnim materijama. Članak 40. st. 3. propisivao je spor pune jurisdikcije u materiji socijalnog osiguranja, a odredbom stavka 4. istog članka, u stvarima naknade štete i povrata oduzetih stvari. Zakonodavac je u tim slučajevima primijenio klauzule enumeracije, točno nabrojivši koje slučajeve sud može raspraviti u sporu pune jurisdikcije. Spor pune jurisdikcije po članku 64. i 65. bio je moguć u svim stvarima pod uvjetom propisanim odredbama spomenutih članaka. Zakon o upravnim sporovima iz 1952. godine već je na samom početku propisao šire mogućnosti za spor pune jurisdikcije od Zakona o Državnom savjetu i upravnim sudovima,¹⁴ od koga je preuzeo neka rješenja. Naime, ovaj je Zakon propisivao, samo u članku 43., mogućnost da Državni savjet donese rješenje umjesto tijela uprave u izvršenju presude. Zakon o upravnim sporovima nije stao na tom obimu spora pune jurisdikcije. Razlozi bolje i brže zaštite subjektivnih prava nametali su potrebu preispitivanja pojedinih rješenja iz Zakona o upravnim sporovima, u prvom redu obima spora pune jurisdikcije.

13 Vidi: Krbek, Ivo, *Pravo jugoslavenske javne uprave, knjiga III*, Birozavod, Zagreb, 1962., str. 362.

14 Vidi: članak 43. Zakona o Državnom savjetu i upravnim sudovima od 12. svibnja 1922. godine, Službene novine b. III od 22. svibnja 1922. godine.

Donošenjem Osnovnog zakona o prekršajima (1965. godine)¹⁵ uvedena je sudska zaštita protiv presuda vijeća za prekršaje, s ograničenjem u pogledu vrste i visine izrečene kazne. Ovu zaštitu pružaju sudovi nadležni za upravne sporove, i shodno primjeni pravila Zakona o upravnim sporovima poništavaju ili mijenjaju presude vijeća za prekršaje. Ovakve sporove francuska doktrina klasificira u upravne sporove još od vremena kada ih je *Laferrière* kao upravne sporove razvrstavao u sporove o prekršaju ili represivne sporove. Međutim, prema hrvatskoj praksi i doktrini ovakav spor se ne smatra upravnim sporom jer se odredbe Zakona o upravnim sporovima primjenjuju shodno, a ne neposredno, ali i predmet spora nije upravni akt nego presuda vijeća za prekršaje.

Prva izmjena Zakona o upravnim sporovima došla je kao posljedica usuglašavanja ovog zakona s Ustavom SFRJ od 1963. godine.¹⁶ Ustav je utvrdio upravni spor kao oblik sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata kojim se odlučuje o pravima i interesima pojedinaca, pravnih osoba i drugih subjekata prava.¹⁷ Na taj je način upravni spor kao pravna ustanova prerastao iz zakonske u ustavnu kategoriju.

Usuglašavanje s Ustavom bila je prilika i povod da se izvrši analiza javne rasprave, koja je organizirano vođena nekoliko godina, o problemima koji su nastali u praksi primjenom Zakona o upravnim sporovima. Rasprava je obuhvatila niz pitanja i to: decentralizaciju upravnog spora spuštanjem pravosnažne nadležnosti na okružne sudove i proširivanje opsega spora pune jurisdikcije, kao i proširivanje upravnog spora na sve upravne akte bez obzira na donositelja akta.

U obrazloženju Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima AS br. 348 od 23. ožujka 1965. godine, uz članak 16. navedeno je sljedeće: „Po važećem Zakonu sud u upravnom sporu može meritorno riješiti samu upravnu stvar samo u stvarima socijalnog osiguranja. Izmjenom koja se predlaže daje se sudu šire ovlaštenje u pogledu meritornog rješavanja same upravne stvari. Drugačije rečeno, ovom dopunom, u odnosu na važeći Zakon ustvari se proširila puna jurisdikcija na sve upravne stvari, razumije se, pod uvjetom da postoje uvjeti za meritorno rješavanje same stvari.“ Odredbom članka 16. Zakona o izmjenama i dopunama izmijenjena je odredba stavka 3. članka 40. koja je glasila: „Kada se radi o stvari socijalnog osiguranja, a sud nađe da se osporeni akt ima poništiti, presudom će riješiti i samu stvar ako podaci postupka pružaju pouzdanu osnovu za to.“ Poslije izmjene ove odredbe i sistematici pročišćenog teksta Zakona o upravnim sporovima, odredba stavka 3. članka 42. je glasila: „Kad sud nađe da se osporeni upravni akt ima poništiti, može, ako priroda stvari to dozvoljava i ako podaci postupka pružaju pouzdan osnov za to, presudom riješiti samu stvar. Takva presuda u svemu

15 Službeni list SFRJ, br. 26 iz 1965. godine.

16 Službeni list SFRJ, br. 14 iz 1963. godine.

17 Odredba članka 159. Ustava glasi: „O zakonitosti pojedinačnih akata kojima državni organi ili organizacije koje vrše javna ovlaštenja rješavaju o pravilima ili obavezama odlučuje sud u upravnom sporu, ako za određenu stvar nije predviđena druga sudska zaštita. Samo saveznim zakonom može se izuzetno, u određenim vrstama upravnih stvari isključiti upravni spor.“

zamjenjuje poništeni akt.“ Odredbe članka 42. preuzete su u cjelini Zakonom o upravnim sporovima iz 1977. godine.¹⁸ U Zakonu o upravnim sporovima iz 1977. nema nekih važnijih novina u svezi s ovlastima sudova u upravnom sporu.¹⁹ Ovo je tekst koji je utvrđen prilikom revizije Zakona o upravnim sporovima i njegova usuglašavanja 1965. godine s Ustavom SFRJ od 1963. godine.

Navedenom izmjenom upravni je spor znatno poboljšán, propisano je pravno sredstvo kojim sud uvijek može prekinuti igru permanentnog rješavanja stvari bez odluke. Izmjena ovlaštenja suda da sam raspravi upravnu stvar, pod uvjetom da upravna stvar postoji, utvrđuje sam sud od slučaja do slučaja. Spor pune jurisdikcije proširen je na sve upravne stvari. Ovlaštenje suda da svojom odlukom supstituirá upravni akt i da riješi samu upravnu stvar nije više ograničeno samo na određenu stvar. Ono je preraslo u opće ovlaštenje. Određena ograničenja koja su propisana bitno ne utječu na opći karakter ovlaštenja s gledišta pravnog reguliranja. Naime, može se naći malo stvari čija priroda neće dozvoliti sudu da donese meritornu odluku; ako sud ne raspoláže podacima za rješavanje stvari, on ih uvijek može osigurati u okviru svojih ovlaštenja i na način propisan Zakonom o upravnim sporovima. Ako je potrebno, može održati javnu raspravu ili na drugi način utvrditi činjenično stanje.

Upravnom sporu, a posebno sporu pune jurisdikcije povećani su opseg i širina. Spor pune jurisdikcije, u odredbi članka 42. stavka 3. Zakona o upravnim sporovima, određen je generalnom klauzulom.

Odredba stavka 3. članka 42. Zakona o upravnim sporovima značila je poboljšanje efikasnosti upravnog spora i s gledišta ubrzanja sudskog postupka, ozbiljnu mogućnost da se postupak pred sudom skрати, a pružala je realne mogućnosti da se ubrza čitav proces ostvarivanja pojedinačnih prava građana. To je, bez sumnje, bio krupan korak u rješavanju akutnih problema pravosuđa i doprinos većoj efikasnosti suda.

3. UPRAVNI SPOR PUNE JURISDIKCIJE

Treba naglasiti kako se upravni spor zbog svoje uloge u zaštiti objektivne zakonitosti i subjektivnih prava građana, stalno nalazi u središtu zanimanja pravne teorije te su se kao posljedica širokog teorijskog razmatranja (osobito u Francuskoj, Njemačkoj i Austriji) izdiferencirale određene (različite) vrste upravnih sporova oblikovane prema određenim kriterijima. Njihovo sagledavanje važno je iz dva razloga: prije svega sagledavanje vrste upravnih sporova služi boljem razumijevanju karaktera i svrhe što je upravni spor ima. Drugo, podjela upravnih sporova na vrste omogućuje da se u generalnoj kategoriji upravnog spora povuku razlike između pojedinačnih vrsta sporova i tako jedna vrsta prema svojim karakteristikama odijeli od druge.

18 Vidi: članak 42. Zakona o upravnim sporovima (Službeni list SFRJ, br. 4/77)

19 Vidi: Medvedović, Dragan, *Povijesni razvoj upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, u objavi, str. 35.

U teoriji se upravni sporovi dijele na: spor o zakonitosti i spor pune jurisdikcije, objektivni i subjektivni, te prvotni i naknadni.²⁰ Sa stajališta problema koji je ovdje postavljen, a svakako i inače najbitnija, jest podjela na sporove o zakonitosti upravnog akta i sporove pune jurisdikcije.²¹ Rješavanje u sporu o zakonitosti je pravilo prema važećem Zakonu o upravnim sporovima. U ovom obliku spora sud ima ovlaštenje postupati samo kasatorno, tj. poništiti nezakoniti upravni akt. To su sporovi u kojima se uloga suda, prvotno, sastoji u tomu da ispita i utvrdi odnos upravnog akta prema samom zakonu, te način primjene zakona (materijalnog i formalnog) na stranku, odnosno njezin zahtjev. Tako je nadležnost suda u sporovima o zakonitosti utvrdio važeći Zakon o upravnim sporovima generalnom klauzulom s negativnom enumeracijom. Iako je spor o zakonitosti za sustav hrvatskoga upravnog spora „tipičan“, spor pune jurisdikcije, kao „netipičan“, nije od manjeg značenja za sustav upravnog spora, pa ni za sam upravni spor uopće.

Sporu pune jurisdikcije se daje različit smisao, pa se često pod istim izrazom podrazumijevaju razni stvarni pojmovi. Zato je prije svega potrebno, kod termina upravnog spora pune jurisdikcije, pokazati u kojem se sve smislu, barem u kojem se glavnom smislu upotrebljava i što stvarno taj termin znači. Naravno da se javljaju razlike u shvaćanju pojedinih pravnih sustava različitih zemalja, već i u shvaćanju pojedinih perioda iste zemlje.²²

20 Borković, Ivo, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002., str. 491.

21 U francuskom upravnom pravu postoje različite kvalifikacije vrsta upravnih sporova. Tako je, primjerice, *Laferrière* ustanovio sistematiku sporova koju su koristili mnogi autori radi objašnjavanja upravnih sporova, modificirajući je manje ili više. Na temelju prirode i opsega ovlaštenja suda, promatrajući funkciju sudskog ovlaštenja izvršio je kvalifikaciju upravnih sporova u francuskom upravnom pravu. Na toj osnovi razlikuje četiri vrste upravnih sporova, a ta se kvalifikacija smatra klasičnom podjelom upravnih sporova (spomenuta kvalifikacija se održala do današnjeg dana): Spor o tumačenju, interpretaciji (*le contentieux de l'interprétation*) - u kome sud utvrđuje smisao akta. Represivni spor (*le contentieux de la répression*) - u kome se spriječava narušavanje zakona i pravnih pravila i štiti javni red. Spor o poništenju (*le contentieux de l'annulation*) - gdje je ovlaštenje suda svedeno samo na pravo poništenja nezakonitog akta uprave. Spor pune jurisdikcije (*le contentieux de pleine juridiction*) - u kome sud ima ovlaštenje punog sudovanja; mijenja ili zamjenjuje akt uprave svojom odlukom i po potrebi izvlači sve potrebne zaključke i novčane posljedice ako je prouzrokovana šteta. Takvi sporovi također uključuju i takozvane „specijalne sporove“, izborne sporove, fiskalne sporove, sporove oko mirovine, represivni spor (kazneni), itd. *Laferrière, Edouard, Traité de la juridiction administratif*, LGDJ, Paris, 1887 – 1888, Reprint, str. 12.

22 U francuskoj pravnoj teoriji predloženo je više vrsta klasifikacija. *J. M. Auby* i *R. Drago* – izvršili su klasifikaciju upravnih sporova na temelju zahtjeva koji se postavlja pred sud. Intenzitet ovlaštenja sadržana u odluci kojom se spor okončava mjerilo je za *Aliberta*. *Marcel Waline* vidi razliku između sporova s obzirom na: objekt tužbe, osnovu tužbe, odnosno po prirodi razloga na koji se tužba oslanja, na to koji je sud nadležan za suđenje, formi tužbe, odnosno po pravilima procedure koje vrijede za tužbu i rokove. *Bonnard* uzima za materijalno razlikovanje upravnih sporova, izostavljajući spor o prekršajima, dva elementa: predmet spora i sadržaj sudske odluke koja se donosi u upravnom sporu. *Jean Rivero* upravne sporove svrstava u četiri osnovne grupe: spor anulacije (*le contentieux d'annulation*), spor pune jurisdikcije (*le contentieux de pleine juridiction*), spor za tumačenje i ocjenu zakonitosti (*le contentieux d'interprétation et le contentieux de l'appréciation de la légalité*) i represivni

Spor pune jurisdikcije neodvojiv je, odnosno povezan je sa sporom o zakonitosti upravnog akta na način da se daje u nadležnost onim sudovima koji rješavaju u sporu o zakonitosti. Spomenuta dva spora zacijelo su dva najvažnija oblika upravnog spora. Pored teorijskog značaja ovo razlikovanje ima i praktični značaj, jer je i pravni režim ovih dvaju vrsta sporova različit. Istina, ta razlika može biti manja ili veća ovisno od pravne regulative. Svaki spor podređen je i određenoj proceduri. Smatra se da se razlike u proceduri s vremenom smanjuju, a određeni su autori prognozirali da će se procedure koje vrijede za ove dvije tužbe na kraju spojiti u jednu (za sada su sačuvali svoju autonomiju).²³

Presude u sporu o zakonitosti ne rješavaju stvarne probleme iz života, nego se ograničavaju na rješavanje apstraktno-pravnih pitanja zakonitosti i uslijed toga poprimaju formalistički karakter. Ako sud odlukom poništi nezakoniti akt, u pravilu on predmet ponovno vraća tuženom tijelu na ponovno rješavanje. Ako nadležno tijelo, opet, inzistira na svojim stajalištima, konačno rješenje upravne stvari može se odugovlačiti unedogled. Na taj način spor o zakonitosti postaje nedovoljno efikasan instrument zaštite prava stranaka, odnosno osiguranja zakonitosti rada uprave. Nije uvijek oportuno da sud poništava upravni akt i upućuje ga tuženom tijelu na ponovno odlučivanje, umjesto da sam riješi sporni odnos i tako osigura brzu i efikasnu pravdu. Zakonodavna rješenja, koja apsolutno podupiru upotrebu spora pune jurisdikcije, mogu samo uzrokovati još veću zbrku u upravnom sudstvu jer se zna da je spor o zakonitosti već dugo privilegirani instrument hrvatskoga upravnog suca.

Potrebno je priznati da upravni spor pune jurisdikcije može biti izvršno sredstvo učvršćivanja zakonitosti, gdje uprava opetovano griješi u istom predmetu, ne gledajući na druge, više pravno-tehničke prednosti. Čitav smisao sudskog nadzora treba tražiti u ideji da uprava ne može biti konačni sudac u vlastitoj stvari, odnosno u ideji da određene oblike nadzora nad djelovanjem uprave tehnički i pravno lakše i brže provode sudovi negoli tijela državne uprave. Unutar tih idejnih okvira mogu se i lakše razumjeti pojedinačni motivi kojima se hrvatski zakonodavac rukovodio pri reguliranju sporova pune jurisdikcije.

Spor pune jurisdikcije je tako nazvan jer sudac raspolaže proširenim ovlaštenjima koja mu dopuštaju ne samo da poništi akt, nego da donese i druge odluke u odnosu na upravu. Funkcija ili, možda bolje rečeno, misija suca u upravnom sporu pune jurisdikcije jest *zamijeniti* odluke zbog kojih je pokrenut spor svojim vlastitim odlukama, a koje su opravdano osporene i koje tako nadomještaju osporene. Sudac može novčano kazniti upravno tijelo te u potpunosti ili djelomice izmijeniti osporenu upravnu odluku.

Izraze „puna jurisdikcija“ i „puni spor“ treba koristiti kao sinonime jer oba podrazumijevaju da spor vodi sudac koji u potpunosti vrši svoju sudsku funkciju,

spor (*le contentieux de la répression*). Sporove razvrstane na izloženi način, *Rivero* grupira u objektivne i subjektivne sporove. Takvu klasifikaciju prihvaća i čitav niz istaknutih francuskih pravnih pisaca (*Jèze, Waline, Hebraud, Lampué, Michel Seiller i dr.*).

23 Chapus, René, *Droit du contentieux administratif*, 13 ed., Montchrestien, Paris 2006., str. 412.

a pritom na raspolaganju ima sva sredstva koja suci uobičajeno koriste. Riječ je sporu koji je oprečan, u kojemu su sudske ovlasti značajne, a postupovni režimi vrlo raznoliki. Složene su teme kojima se bavi, kao i pitanja upućena sudu. Složenost tema koje se mogu pojaviti u sporu pune jurisdikcije posljedica je njihovoga velikog broja i raznolikosti. Upravo zato što spor pune jurisdikcije obuhvaća toliko tematskih područja postupak nije ujednačen, odnosno postoji samo jedna stalnost, a to je puni opseg ovlasti suca. Naime, sama narav upravnog spora pune jurisdikcije najbolje se može razumjeti ako se pogleda koje su ovlasti suca koji vodi spor. Ovlaštenje suda je najevidentniji kriterij za razlikovanje spora o zakonitosti od spora pune jurisdikcije. U sporu pune jurisdikcije sudac raspolaže širim ovlaštenjima nego u sporu o zakonitosti, te se spor pune jurisdikcije po svojoj prirodi manifestira kao parnični spor. Sudac koji ima ovlasti pune jurisdikcije, poput suca u sporu o zakonitosti, može, primjerice, poništiti odluku i proglasiti ugovor nezakonitim. Također može, a isključivo on i ima te ovlasti, dosuditi naknadu štete, dodijeliti novčani iznos, naložiti rekonstrukciju ili rušenje, odlučiti o poništenju ili ponovnom održavanju izbora. Nadasve, što je posebno značajno, može izmijeniti prethodnu odluku u postupku koji se vodi i donijeti odluku kojom će zamijeniti odluku uprave. Tužitelj može sucu postaviti pitanja koja zadiru u srž upravnih stvari i gotovo staviti suca u hijerarhijski nadređen položaj u odnosu na upravu. Primjerice, mogao bi provjeriti je li ugovor izbalansiran, preinačiti neke klauzule, ustanoviti završetak nekih javnih radova ili opseg štete, ocijeniti da je bolje poništiti izbore, nego izokrenuti rezultate, ako je potrebno, odrediti treba li zbog zlouporabe propagande poništiti izbore ili ih naprotiv treba potvrditi jer je zlouporaba bila ograničenog opsega. Tako sud, ako ima upravni ugovor u kojem su ugrađene odredbe za nepoštivanje obveza (penali), preuzima na sebe da spomenute odredbe ublaži ili ih učini strožima. Tu postoji jedna bitna postupovna razlika u odnosu na spor o zakonitosti. Za razliku od potonjega, sudac koji ima ovlasti pune jurisdikcije može uzeti u obzir elemente za koje uprava legitimno nije morala znati u vrijeme kada su se sporne činjenice zbile, pa čak i činjenice koje tada nisu ni postojale, jer su jednostavno nastale nakon što je donesena pobijana odluka. Zapravo, sudac koji ima ovlasti pune jurisdikcije ne stavlja se u vrijeme donošenja upravnog rješenja, čak ni u vrijeme kada je pred njim pokrenut postupak, nego isključivo u trenutak kada sam donosi odluku. Štoviše, ako se u upravnom sporu pune jurisdikcije održi ročište i ako se tijekom vijećanja pojave nove činjenice, sudac bi trebao po službenoj dužnosti prekinuti vijećanje i otvoriti novu istragu kako bi se uzele u obzir nove činjenice i kako bi presuda točno odražavala situaciju na dan kada je donesena.

3.1. Spor pune jurisdikcije prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010.

Primjena upravnog spora pune jurisdikcije nije česta u dosadašnjoj praksi Upravnog suda Republike Hrvatske.²⁴ Koji su razlozi za to, teško je reći. Neki

²⁴ Premda sudska praksa nije formalni izvor prava, ipak je nužna onima koji primjenjuju pravo

od razloga su neprihvaćanje mišljenja upravnog suda od upravnih tijela, problem diskrecijske ocjene, pa i samo zakonsko reguliranje u sporu pune jurisdikcije. Možda razlog leži u nastojanju suda da svojom odlukom ne rješava samu upravnu stvar. Tomu je opet razlog shvaćanje da se uloga suda u upravnom sporu, u pravilu, iscrpljuje u ocijeni zakonitosti osporenog rješenja, ali ne i da neposredno rješava jedan upravnopravni odnos. Ovakva situacija u sudskoj praksi ne znači da mogućnost meritornog odlučivanja suda treba eliminirati iz Zakona. Ona prije svega ukazuje na potrebu preformuliranja zakonskih odredbi u smislu preciznijih formulacija i povećanja stupnja obveznosti odlučivanja u sporu pune jurisdikcije, posebno u slučaju neizvršavanja sudskih presuda od upravnih tijela. Treba imati u vidu da se sud rukovodi principom materijalne istine, a ne principom *in dubio pro fisco*. Takva praksa može izazvati daljnje povećanje zaostataka, budući da upravna tijela ne moraju slijediti mišljenje iz presude Upravnog suda kada donese novi upravni akt o istoj upravnoj stvari. Tako Upravni sud može doći u situaciju da nekoliko puta odlučuje o istoj upravnoj stvari. Ne može se osporiti da je spor pune jurisdikcije neophodan izraz pravne zaštite fizičkih i pravnih osoba od djelovanja vlasti.

U hrvatskom sustavu čitav smisao sudskoga nadzora treba tražiti, s jedne strane, u ideji da uprava ne može biti konačan sudac u vlastitoj stvari, odnosno, s druge, u ideji da određene oblike nadzora nad djelovanjem uprave tehnički i pravno lakše i brže provode sudovi negoli tijela državne uprave. Unutar tih idejnih okvira mogu se i lakše razumjeti pojedinačni motivi kojima se hrvatski zakonodavac rukovodio pri reguliranju sporova pune jurisdikcije Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. godine. Postojanje posebnog i razvijenog upravnog spora pune jurisdikcije znači prednost, jer se u novije vrijeme spomenuto smatra gotovo nužnim da bi upravno sudovanje i sudska kontrola bili kvalitetni. Opća prednost takvog sustava leži u njegovoj jasnoći i mogućnosti da se, razmjerno dosta brzo, temeljito riješi pojedina upravna stvar.

Upravo zbog navedenih razloga Zakon o upravnim sporovima iz 2010. mijenja dugogodišnji koncept upravnog spora. Prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010., upravni sudovi imaju punu nadležnost nad utvrđivanjem činjeničnog stanja, a ne samo nad primjenom zakona te obveznost vođenja usmene rasprave na prvom stupnju sudovanja, uz iznimke propisane Zakonom. Zakon o upravnim sporovima iz 2010. omogućuje upravnim sudovima da utvrđuju činjenice i primjenjuju pravo. Tako se upravni sudovi više neće moći zadržavati samo na razmatranju je li u upravnom postupku počinjena bitna povreda postupovnih pravila, te je li materijalno pravilo primijenjeno pravilno, već će se morati upustiti i u utvrđivanje činjeničnog stanja. Kada upravni sudovi utvrđuju činjenično stanje, ubrzava se i rješavanje upravne stvari, što je često vrlo značajno za ostvarivanja prava stranke, odnosno za upravno djelovanje u javnom interesu. U sporovima pune jurisdikcije o procesnim i drugim pravilima formalnoga prava konačno se raspravlja upravnopravni odnos

pri razrješavanju pravnih problema. Uz to sudske odluke snagom argumentacije djeluju i na zakonodavna rješenja, upućuju na pravilnu primjenu prava u konkretnim slučajevima, upućuju na rješenja u dvojbenim slučajevima i pomažu pri interpretaciji propisa.

u procesnom smislu. Predmet je s formalne strane konačno riješen, uređena su procesna i druga formalna pitanja koja su u danom trenutku osnovna pitanja upravnog spora.

I upravo se na ovu obvezu suda nadovezuje i novo uređenje vođenja usmene rasprave, koja će u budućnosti imati funkciju najprije upotpuniti činjenično stanje te razjasniti sve dvojbe u svezi s njim, ali i omogućiti strankama u sporu izjasniti se o činjenicama utvrđenima u sporu.²⁵ Smatra se da novine idu iznimno u prilog zaštite prava stranaka jer bi, ubuduće, upravni sudovi svojim odlukama trebali rješavati upravnu stvar.

Ovdje je bitno naglasiti da nova struktura upravnog sudstva pretpostavlja: upravne sudove²⁶ i Visoki upravni sud (Zagreb).²⁷ S tim u vezi, potrebno je spomenuti i izmjene Zakona o sudovima,²⁸ koje također predmnijevaju dvostupnjevanje upravnog sudovanja. Nužno je spomenuti i Zakon o područjima i sjedištima sudova, kojim je u članku 6. određeno da su sjedišta upravnih sudova s određenim područjima nadležnosti u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku.²⁹

Zakon o upravnim sporovima iz 2010. proširuje predmet upravnog spora. Naime, što kod reforme procesnog djelovanja, valja istaknuti da je ona postavljena vrlo široko. Predmet upravnog spora proširen je s ocjene zakonitosti pojedinačne odluke i na ocjenu zakonitosti postupanja javnopravnih tijela. Tako je predmet upravnog spora ocjena zakonitosti pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi i pravnom interesu stranke. Predmet upravnog spora trebao bi biti i ocjena zakonitosti postupanja javnopravnih tijela kojim je povrijeđeno pravo, obveza ili pravni interes stranke protiv kojega nije dopušteno izjaviti redovni pravni lijek. Zakon o upravnim sporovima iz 2010. predviđa i mogućnost vođenja upravnog spora o ocjeni zakonitosti propuštanja javnopravnog tijela da u zakonom propisanom roku odluči o zahtjevu ili redovitom pravnom lijeku stranke. Zanimljivo je proširenje i na ocjenu zakonitosti sklapanja, raskidanja i izvršavanja upravnog

25 Đerđa, Dario, Pičuljan, Zoran, *Nastanak i temeljni instituti novog Zakona o upravnim sporovima*, u objavi str. 23.

26 Upravni sud odlučuje u vijeću od tri suca. Izuzetak od tog pravila propisuje članak 14. stavak 2. novog Zakona o upravnim sporovima u kojem stoji da u upravnom sudu sudac pojedinac odlučuje:

1. o tužbama protiv pojedinačne odluke javnopravnog tijela donesene neposredno rješavanjem u upravnom postupku, osim kad je upravna stvar zbog javnog interesa neposredno riješena jer je to bilo nužno za poduzimanje hitnih mjera radi zaštite života i zdravlja ljudi ili imovine veće vrijednosti;
2. o tužbama u predmetima koji se rješavaju na temelju pravomoćne presude donesene u ogleđnom sporu;
3. o tužbama protiv postupanja ili zbog propuštanja postupanja javnopravnog tijela.

27 Visoki upravni sud odlučuje u vijeću od tri suca. Odstupanje od pravila da Visoki upravni sud odlučuje u vijeću od tri suca predviđa se kada odlučuje o zakonitosti općih akata. Tada odlučuje u vijeću od pet sudaca.

28 Zakon o sudovima, Narodne novine, br. 153/09. čl. 14. a: „Upravni sudovi ustanovljavaju se za područje jedne ili više županija. Visoki upravni sud Republike Hrvatske ustanovljava se za područje Republike Hrvatske.“

29 Narodne novine, br. 144/2010.

ugovora. Osobito je važno širenje predmeta upravnog spora usmjereno i na ocjenu zakonitosti općih akata koji se nalaze izvan jurisdikcije Ustavnog suda Republike Hrvatske.³⁰

Iste omogućuju usklađenje hrvatskoga sustava upravnog sudovanja s europskim standardima. Spomenutim je izvršena reforma upravnog spora.

Zakonom o upravnim sporovima iz 2010. izričito je propisano da sud ima pravo, ali i obvezu sam riješiti upravnu stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili kada je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. Iz navedenoga je razvidno da zakon u prvi plan stavlja donošenje reformacijskih umjesto isključivo kasacijskih odluka. S obzirom na pravilo da će sud sam riješiti stvar, navedeno će znatno ubrzati postupak donošenja odluka u razumnom roku,³¹ te se to može smatrati jednom od najznačajnijih novina u što bržem ostvarivanju prava stranke u upravnim stvarima. Upravni sud slobodno cijeni i odlučuje, ovisno o prirodi stvari, hoće li u upravnom sporu ići na utvrđivanje potrebnih činjenica za rješavanje upravnog spora.

30 Zanimljivo je i da Zakon o sudovima određuje predmet upravnog spora kroz nadležnost upravnih sudova i Visokog upravnog suda u upravnom sporu. Tako članak 20.a Zakona o sudovima propisuje da upravni sudovi odlučuju: o tužbama protiv pojedinačnih odluka javnopravnih tijela, o tužbama protiv postupanja javnopravnih tijela, o tužbama protiv upravnih ugovora i izvršavanja upravnih ugovora i izvršavanja upravnih ugovora, te u drugim zakonom propisanim slučajevima. Na tom tragu članak 23.a istoga Zakona određuje da Visoki upravni sud Republike Hrvatske odlučuje: o žalbama protiv presuda upravnih sudova i rješenja protiv kojih je dopuštena žalba; o zakonitosti općih akata; o sukobu nadležnosti između upravnih sudova i u drugim zakonom propisanim slučajevima.

31 U francuskom upravnom pravu rok za tužbu pred sudom je dva mjeseca nakon prethodnog akta. Međutim, za razliku od tužbe za pokretanje spora pune jurisdikcije, gdje često i nema rokova (ili mogu biti različiti), u slučajevima podnošenja tužbe zbog prekoračenja ovlasti, nakon implicitne odluke kojom se tužba odbija, slijedi rok od dva mjeseca kako bi se što prije došlo do konačne odluke. Rok teče od dana dostave zainteresiranom (ako je riječ o pojedinačnoj odluci), ili od dana objave, ako je napadnut opći akt. Ali i ukoliko se propusti rok, tužitelj može i dalje isticati nezakonitost akta, tako što će pokrenuti spor protiv nekog akta koji se zasniva na prvobitnom (ukoliko on ima uredbodavni karakter) ili u postupku traženja naknade štete. Između ostalog, ne postoji nikakvi rok u pogledu akta koji se smatra „nepostojećim“. U slučaju tužbe protiv odluke o „šutnji“, tužba za poništenje se podnosi u roku od dva mjeseca računajući poslije isteka četiri mjeseca (ili danas dva mjeseca) od podnošenja zahtjeva. Ako se za vrijeme ova dva mjeseca donese izričita odluka o odbijanju, otvara se novi rok od dva mjeseca. Isto tako, subjektivizacija je razlog što je žalbeni rok u osnovi duži nego u postupku zbog prekoračenja ovlasti, posebno ako postoji novčani iznos jer je u tom slučaju granica četverogodišnja zastara, što je bitno duže od dva mjeseca koliki je rok za prekoračenje ovlasti. Isto tako, dok u postupku zbog prekoračenja ovlasti žalbeni rok može teći od implicitnog donošenja odluke uprave, u sporu pune jurisdikcije zbog subjektivizacije i diferencijacije pravnih veza rok počinje teći tek od eksplicitnog donošenja odluke. Premda zainteresirana stranka ima puno pravo pokrenuti postupak pred sucem od trenutka kada se donosi implicitna odluka, to je za nju samo mogućnost, jer u slučaju da ne reagira na implicitnu odluku, ne izlaže se mogućnosti gubitka prava. S druge strane, u sporovima pune jurisdikcije gdje dominiraju objektivna razmatranja, postupak se razlikuje od prethodno opisanog. U takvom postupku stranka koja dobije spor, ne može se odreći potraživanja. Slično tomu, rok je jednako kratak kao i u postupku zbog prekoračenja ovlasti, ponekad i kraći.

Dalloz Professionnels, *Pratique du contentieux administrative – Le jugement*, Dalloz, Paris, 2001., str. 1112.

U takvim sporovima u prvom je redu prisutna zaštita zakonitosti kao objektivnog načela, a tek nakon toga zaštita subjektivnih prava procesnog karaktera i posredna zaštita subjektivnih prava u materijalnom smislu.

Prvostupanjski upravni spor u pravilu se pokreće tužbom. Jedina iznimka od pravila kada se prvostupanjski upravni spor ne pokreće tužbom jest slučaj kada se zahtijeva ocjena zakonitosti općih akata. Tada se postupak pokreće zahtjevom za ocjenu zakonitosti općeg akta. Kako bi odredili prirodu parnice, važno je poznavati izbor tužitelja. Naime, sudac procjenjuje prirodu tužbe uzimajući u obzir obrazloženi tužbeni zahtjev tužbe, kao i prirodu iznesenih dokaza. Prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010. mogu se podnijeti četiri vrste tužbe.³² Detaljnim određivanjem što se tužbom može zahtijevati, olakšana je sudska zaštita i ubrzan je postupak. Jasnim propisivanjem tužbenih zahtjeva u upravnom sporu strankama se omogućuje podnošenje urednih tužbi koje će ubrzati pružanje upravnosudske zaštite. Manje će se vremena gubiti na otklanjanje nedostataka u tužbi, koji često sprječavaju rad suda. Sve buduće dvojbe oko toga treba li konkretni spor rješavati kao spor o zakonitosti ili spor pune jurisdikcije, trebao bi riješiti sadržaj tužbe, koji će na taj način usmjeriti i djelovanje upravnih sudova. Povrijeđenoj stranci se ovdje ostavlja na volju da izabere pravni put.³³

32 Prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010. tužbom se može zahtijevati poništenje ili oglašavanje ništavim pojedinačne odluke, donošenje pojedinačne odluke koja nije donesena u propisanom roku, postupanje koje je tuženik sukladno propisima ili pojedinačnoj odluci obvezan izvršiti te oglašavanje ništavim upravnog ugovora, odnosno izvršavanje obveze iz upravnog ugovora.

33 *J. M. Auby i R. Drago* – izvršili su detaljnu klasifikaciju upravnih sporova na temelju zahtjeva koji se postavlja pred sud. To su: spor o zakonitosti (*le contentieux de la légalité*) i spor o pravima (*le contentieux des droits*). Prvi je objektivni, a drugi je subjektivni upravni spor. U sporu o zakonitosti pred sud se postavlja pitanje suglasnosti nekog akta uprave s pravnim pravilima, zatim da utvrdi smisao i važenje nekog akta. U ovom sporu ovlaštenja suda mogu biti ograničena samo na deklaraciju o zakonitosti nekog upravnog akta, njegovog smisla ili domašaja.

U sporu o zakonitosti sud je ovlašten poništiti akt uprave (*de prononcer l'annulation de l'acte administratif*) ako utvrdi da nije suglasan sa zakonom. Ovdje je riječ o sporu o poništenju, koji se primjenjuje prvenstveno povodom tužbe zbog prekoračenja ovlasti. U spor o zakonitosti spada i represivni spor. U okviru grupe upravnog spora o zakonitosti, a na prednjim osnovama *Auby i Drago* razlikuju četiri podgrupe upravnih sporova: 1. Spor deklaracije – *Le contentieux de la déclaration*; 2. Spor o poništenju, po tužbi zbog prekoračenja ovlasti – *Le contentieux de l'annulation*; 3. Spor o zakonitosti s elementima punog sudovanja – *Le contentieux de la légalité comportant des éléments de pleine juridiction* i 4. Represivni spor – *Le contentieux de la répression*, u kome sud treba utvrditi jesu li materijalni akti učinjeni od pojedinca (ili od javnih osoba) suprotni pravnim pravilima, te izricati sankciju protiv ovih pojedinaca. Drugu osnovnu grupu čini spor o pravima (*Le contentieux des droits*). U ovom sporu sud je pozvan utvrditi postojanje, sadržaj i efekte subjektivnih prava (što ih pojedinci ili čak pravne osobe javnog prava ističu protiv neke pravne osobe javnog prava). Ovaj spor obuhvaća prvenstveno subjektivne sporove, spor pune jurisdikcije, zatim spor o zakonitosti s elementima pune jurisdikcije. U ovim sporovima sud najčešće koristi punu jurisdikciju u smislu definiranom još od *Laferriera*: „...odnosno upravni sud presuđuje između uprave i protiv stranke, kao redovni sud između dvije partijske stranke. Mijenja rješenje uprave kada je nezakonito, on zamjenjuje svojom odlukom akt uprave, utvrđuje potraživanja (obligacije) i izriče novčane naknade“.

Tijekom prvostupanjskog upravnog spora, upravni sud slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice, a pri donošenju odluke uzima u obzir i činjenice utvrđene u upravnom postupku (kojima nije vezan), kao i činjenice koje je sam utvrdio. Međutim, kao razlog za podnošenje žalbe može poslužiti samo nedostatak u utvrđenju činjeničnoga stanja do kojega je došlo u postupku pred upravnim sudom, a ne i činjeničnoga stanja utvrđenog u upravnom postupku.

Kako bi se u što kraćem roku mogla riješiti upravna stvar, zakon je propisao neke obveze za stranke u upravnom sporu. Tako je zakon propisao da su stranke, u tužbi i odgovoru na tužbu, dužne iznijeti sve činjenice na kojima temelje svoje zahtjeve, predložiti dokaze potrebne za njihovo utvrđivanje te se izjasniti o činjeničnim navodima i dokaznim prijedlozima drugih stranaka.³⁴ Ipak, najveći teret dokazivanja pada na tužitelja, jer on aktivira sud i mora dokazati svoja prava.

U skladu s navedenim uloga odvjetnika u upravnom sporu će postati izuzetno važna, a zakonski nepredviđeno postojanje obveze posredovanja odvjetnika u različitim predmetima nije nužno dobro rješenje za stranke u postupku, koja se nalazi u zamci izuzetno tehnički zahtjevnog prava i složene pravne procedure.³⁵

Sud može od stranke zatražiti izjašnjenje o određenim pitanjima koja se odnose na činjenice te predlaganje dokaza koji podupiru njezine tvrdnje. U tu svrhu sud može odrediti primjereni rok. 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.³⁶

J. M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, Tom. 2, LGDJ, Paris, 1975., str. 368
Laferrière, Edouard, op. cit., str. 54.

34 Zakon o upravnim sporovima iz 2010., čl. 6.

35 Francuska pravna teorija i praksa poznaje pojam „SURADNICI PRAVOSUĐA“ (fra. *Les auxiliaires de la justice*). Pri definiranju tog pojma pravi razliku između dvije kategorije: odvjetnicima pri Državnom savjetu i onima koje možemo nazvati odvjetnicima općeg pravnog poretka. *Odvjetnici pri Državnom savjetu i Kasacijskom sudu* predstavljaju vrlo staru instituciju koja potječe još iz *Ancien Régime*a, od „odvjetnika pri savjetima“, odnosno kraljevskim savjetima. Ovo tijelo raspolaže monopolom zastupanja pred Državnim savjetom i Kasacijskim sudom, koje osigurava šezdeset odvjetničkih službi koje čine individualni odvjetnici ili od prije nekoliko godina, građanska profesionalna udruženja koja grupiraju dvojicu ili trojicu odvjetnika. Dakle, riječ je o staležu čiji je broj ograničen i čiji članovi imaju položaj službenika u ministarstvu. Oni prate cijelu proceduru. Reforme iz 1953. i 1987. godine smanjile su u praksi značaj ovog monopola, prebacujući određeni broj nadležnosti s Državnog savjeta na sudove pred kojima mogu zastupati i drugi odvjetnici. Pred Državnim savjetom sporovi za koje je ranije bilo obvezno zastupanje odvjetnika, kao što su sporovi za prekoračenje ovlasti ili fiskalni sporovi, to više nisu, jer se oni rješavaju u posljednjem stupnju, gdje je zastupanje obavezno. *Odvjetnici na koje se primjenjuje opći pravni poredak*. Obični odvjetnici koji brane pred redovnim sudovima također mogu istupati i pred upravnim sudovima i žalbenim sudovima gdje se nalaze u konkurenciji s odvjetnicima Državnog savjeta. Određeni broj njih se specijalizirao za upravne sporove.

Turpin, Dominique, *Contentieux administratif*, 3 ed., Hachette Supérieur, Paris, 2005., str. 75.
36 Zakon o upravnim sporovima iz 2010., čl. 7.

U žalbi se ne mogu iznositi nove činjenice, pa Visoki upravni sud odlučuje isključivo na temelju činjenica utvrđenih pred upravnim sudom. U slučaju osnovanosti žalbe Visoki upravni sud će poništiti prvostupanjsku odluku i reformacijskom presudom riješiti stvar. U ovim okvirima nije moguće utvrđivati eventualno postojanje pravno odlučnih činjenica koje stranke nisu iznosile pred prvostupanjskim sudom. Razumljivo, nije uvijek sve strogo određeno. To znači da, zbog zakonodavnih promjena ili promjena sudske prakse, pravni put može biti proširen ili sužen.

U sporu pune jurisdikcije upravni sudac trebao bi donijeti odluku imajući u vidu činjenične i pravne elemente koji postoje na dan njegove odluke. On bi trebao moći uzeti u obzir elemente za koje uprava nije morala znati u vrijeme kada su se dogodile sporne činjenice ili događaji, niti u vrijeme donošenja upravnog rješenja, pa čak niti u vrijeme kada je pred njim pokrenut postupak, nego isključivo u trenutku kada sam donosi odluku. Jer, ako se u upravnom sporu pune jurisdikcije održi ročište i ako se tijekom vijećanja pojave nove činjenice, hoće li sudac prekinuti vijećanje i otvoriti novu istragu? Ukoliko se dogodi da između datuma saslušanja i datuma kada odluka treba biti donesena dođe do promjena koje utječu na utemeljenost te odluke, treba li izmijeniti izreku presude i ponovno pokrenuti dvosmjerni postupak informiranja stranaka? Kako bi se drugačije uzelo u obzir nove činjenice, te kako bi presuda točno odražavala situaciju na dan kada je donesena. Posebno kada se na ovim principima temelji upravni spor pune jurisdikcije. Često se zaustavlja na ovom pravnom aspektu. Naravno, neophodno je ići i dalje i istražiti, iza ovih forma i pravila, kakva je zapravo društvena realnost, ispitujući ono što ponekad nazivamo sociologijom spora ili efikasnost upravnog sudstva. Kada se primjena spora o zakonitosti pokaže nedostatnom (nezadovoljavajućom), moraju se poduzeti sve mjere kako bi se prebrodili ti nedostaci. Upravni sudovi moraju poduzeti sve potrebno kako bi se uspostavilo normalno djelovanje. Kada se upravni sudac nađe pred iznimnom situacijom, trebao bi moći poduzeti odgovarajuće mjere u funkciji načela prema kojem se iznimne okolnosti (situacije) moraju rješavati iznimnim mjerama. On mora posjedovati sredstva da ispuni javnu misiju za koju je zadužen. Upravni spor je promjenjiv u vremenu i prostoru; zbog toga sudac koji ga primjenjuje mora imati smisla za pragmatičnost. Upravni sudac mora uzeti u obzir činjenice, prirodu interesa koji treba zaštititi i usporediti ih s kasatornim ovlaštenjima. Taj postupak nikad ne smije biti apstraktan, već konkretan i pragmatičan. Procedura i formalnost uistinu tvore i, u načelu, su jamstvo dobrom upravnom sudovanju. Ali ono se prepoznaje, prije svega, po tome što osigurava na najcjelovitiji način u pravo vrijeme zadovoljavanje zajedničkih potreba i očuvanje legitimnih interesa. Zbog toga u zapadnim europskim državama sudbena praksa „bježi“ od krutog i uniformiranog ponašanja. Ona se sastoji od samih specifičnih situacija. Moramo biti svjesni toga da zakon ne može sam po sebi stvarati pravo, niti uspostaviti pravednu državu. Tek sudska praksa i jurisdikcija omogućuju pravnoj državi da bude i pravedna država.

Nadležnost Visokog upravnog suda Republike Hrvatske određena je tako da i u velikoj većini slučajeva nije žalbeni sud, već ponajprije sud koji rješava najsloženije upravne stvari i odlučuje o zakonitosti općih akata. Kao „filtr“ za postupanje

Visokog upravnog suda ugrađena je odredba koja dopušta da se žalba može podnijeti ako je u prvostupanjskom sudskom postupku došlo do bitne povrede postupka, pogrešnog utvrđenja činjeničnog stanja ili pogrešne primjene materijalnog prava, ali samo pod uvjetom da je prvostupanjski sud svojom presudom odstupio od upravne odluke i sam riješio upravnu stvar.³⁷ Zbog toga je važno da presude uvijek budu detaljno obrazložene, odnosno da sudac mora izričito objasniti činjenične i pravne razloge koji su ga naveli na određeno rješenje. U skladu s tim odluka upravnog suca mora uvijek biti eksplicitna. Tako, primjerice, sudska praksa francuskoga Državnog savjeta pokazuje da se presuda može poništiti zbog nepostojanja, nedovoljnosti ili kontradiktornosti obrazloženja.

Zakon o upravnim sporovima iz 2010. ne propisuje razloge zbog kojih bi Visoki upravni sud mogao odgoditi izvršenje presude, pa će ovu normu morati precizirati sudska praksa. Izvršenje sudske presude je problem i u komparativnom pravu, pa su različita pravila tražila izlaze rješenja sličnog problema na različite načine.

Neophodno je ovdje naglasiti da je poboljšanje funkcioniranja sudstva jedan od prvenstvenih ciljeva u primjeni spora pune jurisdikcije. U svim liberalnim sustavima se stoga pitanje njihova statusa, to jest njihova nezavisnost, smatra bitnim pitanjem. Glavna teškoća za suce je njihov odnos s druge dvije vlasti, zakonodavnom i izvršnom. I zbog toga se, zacijelo u Europi općenito, mnogo više zanima i strahuje za njihovu nezavisnost nego za njihovu kompetentnost. Zbog toga, kada se radi o profesionalnim sucima, pitanje njihova imenovanja je od prvotnog značenja. Druga teškoća tiče se duljine trajanja njihove funkcije, doživotno ili na određeno vrijeme. Danas se u Europi općenito ustanovljuje da su intelektualni postulati na području pravde posvuda isti, ali da postoji velika različitost između pojedinih nacionalnih sustava.³⁸ I zato je jasno da se samo odgovarajućom reorganizacijom problemi neće riješiti sami po sebi. Za to su nužni pojačani naponi sudaca i svih zaposlenika u pravosuđu i drugim tijelima.

Zakon o upravnim sporovima iz 2010. kao jednu od značajnih konceptualnih izmjena uvodi načelo usmene rasprave. Prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010., sud odlučuje o tužbenom zahtjevu na temelju usmene, neposredne i javne rasprave. Stoga, valja primijetiti da je i u svezi sa zahtjevom javnosti uspostavljena usklađenost sa zahtjevima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih

37 Vidi obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o upravnim sporovima.

38 Shvatljivo je da se, kada se govori o neovisnosti sudstva, općenito misli na neovisnost u odnosu na političku vlast. Ali, iako je to najizravniji pojavni oblik problema, on nije i jedini, jer neovisnost suca mora postojati i prema njegovu društvenom okružju i prema bilo kojoj ideologiji, odnosno onoj koju sudac sam prihvaća. To znači da neovisnost suca mora isto tako održavati distancu u odnosu na sebe samog, na svoja uvjerenja, na svoje kulturno nasljeđe. Vidljivo je, dakle, da politička ovisnost nije jedini rizik. Može se reći da se sudac od uprave i od politike razlikuje nadasve po svojoj psihologiji. Naime, neovisni sudac je osoba koja će, poštujući zakon i pravo, uvijek dati prednost svojoj savjesti u odnosu na naredbe. U tom smislu i duhu, svaki sud koji poštuje samog sebe, kao i pravdu dostojnu tog imena, donosi svoje vlastite odluke, a ne vrši nikakve usluge. Eto zašto ugrožavanje suca predstavlja napad na vladavinu prava. Stoga će građani poštivati državu ukoliko bude poštivana djelatnost suca.

sloboda. Prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010., usmena rasprava je obvezna u prvostupanjskom upravnosudskom postupku i ona je pravilo. Treba odmah reći da sud, iznimno, može presudom riješiti upravni spor bez vođenja rasprave samo u četiri zakonom točno određena slučaja: ako je tuženik priznao tužbeni zahtjev u cijelosti, u predmetu u kojem se rješava temeljem pravomoćne presude donesene u oglednom postupku, ako utvrdi da pojedinačna odluka ili postupanje sadrži nedostatke koje sprječavaju ocjenu njihove zakonitosti ili ako su činjenice neosporne, a stranke izričito ne zahtijevaju održavanje rasprave. Ako to pak zahtijevaju razlozi zaštite privatnosti, tajnosti podataka i drugi zakonom propisani razlozi, sud će isključiti javnost za cijelu raspravu ili njezin dio. O isključenju javnosti odlučuje se rješenjem. Raspravu vodi predsjednik vijeća ili sudac pojedinac kada se radi o takvim predmetima u kojima odlučuje sudac pojedinac. Predsjednik vijeća ili sudac pojedinac dužan je brinuti se o radu tijela tijekom postupka. Osobi koja sudjeluje u sporu te u podnesku ili na raspravi vrijeđa sud, stranku ili drugog sudionika spora, ometa rad suda ili ne postupa po uputama suda za održavanje reda, sud može izreći opomenu, novčanu kaznu ili udaljenje s rasprave, prema pravilima kojima se uređuje zaštita suda, stranaka i drugih sudionika od uvredljivih podnesaka i održavanje reda na glavnoj raspravi u parničnom postupku.³⁹

Upravni spor pune jurisdikcije obuhvaća veliki broj tematskih područja te je teško vjerovati da će postupak uvijek biti ujednačen.⁴⁰ Sigurno je da postoji samo jedna konstanta, a to je puni opseg ovlasti suca. Bitno je pravilo načelo kontinuiteta jer upravni sudac ima za poziv zadovoljavanje općeg interesa. U tom cilju upravni sudovi posjeduju posebna pravila (prerogative) koja su im dodijeljena zakonom. Provođenje takvih pravila mora biti, ne u funkciji hirova i želja upravnih sudova, usmjereno prema zadovoljavanju objektivne situacije pred kojom se upravni sudovi mogu naći.

Razvidno je da će se tijekom vremenskog razdoblja spor o zakonitosti pojavljivati kao sekundarni ili subsidijarni u odnosu na spor pune jurisdikcije. Svaki spor koji može rezultirati sporom pune jurisdikcije ne može se pozivati samo na

39 „Dakle, kao što se iz dane analize može vidjeti buduće hrvatsko rješenje bit će bliže njemačkom negoli austrijskom shvaćanju nužnosti održavanja usmene rasprave, kakvo je primjerice danas. No, mišljenje o bezuvjetnosti obveznosti provođenja usmene rasprave ipak nisu jedinstvena u hrvatskoj stručnoj javnosti. Tako primjerice, Jurić-Knežević smatra da usmena rasprava u upravnim stvarima ipak ne bi trebala biti obvezna, posebno ako se u obzir uzmu dva stupnja odlučivanja u upravnom i eventualna dva stupnja u sudskom postupku, ističući da ovdje ipak treba naći „pravu mjeru“. Stoga bi, prema njezinom mišljenju, Upravnom sudu trebalo omogućiti da usmenu raspravu provede kada god je to prema ocjeni suda potrebno, ali ga i obvezati da provede uvijek kada to zatraži jedna od stranaka u sporu“.

Vidi: Đerđa, Dario, *Neka rješenja novog uređenja upravnog spora u Hrvatskoj*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 1/2010., str. 65-92.

40 Francusko upravno pravo sadrži vrlo iscrpan popis upravnih sporova pune jurisdikcije. To su primjerice: fiskalni sporovi, izborni sporovi, sporovi o civilnim i vojnim mirovinama, ugovorni sporovi, sporovi u svezi s određenim nekretninama, sporovi u slučaju ruševnih zgrada, sporovi zbog odbijanja priznavanja svojstva izbjeglica, sporovi koji se odnose na nezavisna upravna tijela, itd.

spor o zakonitosti. Uvijek kada tužitelj može dobiti primjerenu zadovoljštinu u okviru postupka koji nije vezan uz spor o zakonitosti, treba odabrati ovaj prvi put, a spor o zakonitosti se tada smatra nedopustivim zbog izuzeća vezana uz postojanje paralelizma dvaju sporova.

Slijedom navedenoga, vidljivo je da će pravosuđe razvijati sudsku praksu u dva smjera. Prvo je ukinulo načelo nedjeljivosti sporova i dopustilo odvajanje određenih dijelova, omogućujući time da se pokreće spor o zakonitosti. Sigurno je da spor o zakonitosti neće biti samo postupak sekundarnog značenja. Isto tako će se produbiti distinkcija između spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije. Nadalje se primjećuje da zakonodavac daje jasnu prednost sporovima pune jurisdikcije. Sam zakonodavac posredno kvalificira propisane tužbe kao "tužbe pune jurisdikcije", te će se shodno tomu određivati sudske ovlasti nadležnih tijela „za provođenje danih sporova pune jurisdikcije“. Takvi postupci i suci zaduženi za njihovo provođenje trebaju jamčiti objektivnu zakonitost glede pitanja zakonitosti. Konačno, spor o zakonitosti nije ni blizu odumiranja, jer se njegova osobitost u odnosu na postupak pune jurisdikcije znatno razlikuje. Ovdje se moraju naglasiti dvije stvari. Prva, između spora o zakonitosti i spora pune jurisdikcije postoje razlike koje za sada nisu premošćene. Naime, uvijek kada će zakonodavac ili regulatorne vlasti uvrstiti spor u kategoriju spora pune jurisdikcije, oni ga neće tretirati samo kao spor pune jurisdikcije, već kao spor objektivne zakonitosti, to jest kao spor o zakonitosti. Nadalje, činjenica da se danas multipliciraju tužbeni zahtjevi zbog objektivnih razloga, vjerojatno je da će poprimati sve oznake spora o zakonitosti opravdavajući time izuzetnu svrsishodnost ovoga spora.

Spor pune jurisdikcije neodvojiv je, odnosno povezan je sa sporom o zakonitosti upravnog akta, na način da ostaje u nadležnosti onih sudova koji rješavaju u sporu o zakonitosti. Međutim, učinak sudske odluke kod spora o zakonitosti je mnogo širi, odnosno djeluje *erga omnes*, za razliku od spora pune jurisdikcije gdje pravni učinak sudske odluke nastaje *inter partes*.

Sva naprijed iznesena stajališta pružaju dovoljnu osnovu za zaključak da će doktrina upravnog prava i dalje razlikovati, u materijalnom smislu, spor pune jurisdikcije od ostalih vrsta upravnog spora po predmetu i sadržaju, odnosno po intenzitetu ovlaštenja suda.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Polazeći od osnovnih teorijskih opredjeljenja upravnog spora pune jurisdikcije u pravu Republike Hrvatske, pokušalo se ukazati na značaj potrebe smjelijeg i češćeg korištenja upravnog spora pune jurisdikcije u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske, određivanje optimalnog okvira korištenja ustanove spora pune jurisdikcije i novih rješenja u zakonodavstvu koja bi potaknula učinkovitije ostvarivanje ciljeva upravnog spora pune jurisdikcije i pridonijela učinkovitoj pravnoj zaštiti. Razlog za to su brže rješavanje sporova, sudska praksa mora započeti s liberalnim tumačenjem tužbe, te prema vlastitoj inicijativi, pretvarati sporove o zakonitosti u sporove pune

jurisdikcije. Sud bi trebao sam utvrđivati činjenično stanje.

I presude Europskog suda za zaštitu ljudskih prava idu u sličnom smjeru. Tako se manifestirao utjecaj (ili pritisak) pravne prakse Europskog suda za zaštitu ljudskih prava, čiju se težinu tako može procijeniti, o kojoj se zna da privilegira uporabu pune jurisdikcije te da činjenično inzistira na njoj u svim sporovima za koje smatra da spadaju u njegovo područje nadležnosti.

Pri utvrđivanju ukupnoga broja sporova pune jurisdikcije uvijek se radi o tomu kojem će se sporu dati veće značenje (sporu o zakonitosti ili sporu pune jurisdikcije) i koji će od njih biti ishodišna točka pojedinoga pravnog poretka.

Sadašnje poteškoće u hrvatskom upravnom pravu tiču se, u velikoj mjeri, problema definiranja polja primjene; to su problemi granica i graničnih slučajeva koji još nisu u potpunosti izvršeni. Razumljivo je da nije uvijek sve strogo određeno. To znači da, zbog zakonodavnih promjena ili promjena sudske prakse, pravni put spora pune jurisdikcije može biti proširen ili sužen. Sudska će praksa morati ispuniti praznine koje postoje u zakonu. Trebat će pronaći rješenje za ono što je ostalo nejasno te otkloniti proturječnosti koje su izmakle zakonodavcu, a koje sprječavaju pravilnu primjenu zakona. Ona će morati odgovoriti na nove situacije i nastojati ih svesti na postojeće, prilagođavajući zakon evoluciji društva i osuvremenjavajući rješenja koja ona izvodi iz zastarjelih tekstova. Očito je, dakle, u kojoj mjeri upravni suci igraju upravo nezamjenjivu ulogu u uspostavljanju i održavanju teško ostvarive ravnoteže između općeg interesa i slobode pojedinca, između interesa države i prava osoba. Uloga sudske prakse je posebno važna u današnje vrijeme i to kada je samo pravo u postupku promjene i kada se suci kao skupina mijenjaju.

U Francuskoj se u tisućama broje presude donesene u upravnom sporu pune jurisdikcije kojima je razlog „stavljanje“ stranke u što povoljniji položaj. U hrvatskim uvjetima to nije slučaj. Sud je preopterećen, postoji strah od prevaljivanja poslova uprave na sud putem spora pune jurisdikcije, kao i strah da bi uprava prepuštala sudu da rješava umjesto nje složene predmete. Svakako je uzrok i shvaćanje da je upravni spor u pravilu samo spor o zakonitosti. To shvaćanje je naslijeđeno iz prošlosti kada je upravni spor to i bio. Spor pune jurisdikcije je kao pravno sredstvo zasnovan na općoj klauzuli u neposrednoj prošlosti, pa je i to činjenica koja je utjecala na oblikovanje pravne svijesti. Kao mjerilo u ovom razmatranju trebalo bi uzeti i efekt ovlaštenja koje je sud koristio u rješavanju pojedinačnih upravnih sporova, jer razlikovanje spora pune jurisdikcije od spora o zakonitosti po predmetu spora nije dovoljno pouzdan kriterij. Naime, i jedan i drugi spor su dosta često u određenoj mjeri sporovi o zakonitosti i sporovi za zaštitu subjektivnih prava.

Građani znaju da sud „ne prakticira“ da presudom prizna neko pravo, već se zadržava na poništavanju upravnog akta, pa to traže i od suda. Sud se uglavnom tako i ponaša. Premda tužbeni zahtjev usmjeren na meritorno rješenje presudom same upravne stvari nema za posljedicu procesnu obvezu suda da tužbu raspravi u sporu pune jurisdikcije, takav zahtjev ipak ima izvjesnih pozitivnih utjecaja u smislu šireg primjenjivanja spora pune jurisdikcije. Takav zahtjev skreće pažnju suda i na takvu mogućnost i izvodi ga iz inercije po kojoj je svaki upravni spor zapravo spor o

poništenju upravnog akta. Objava sudske presude u kojoj se upravni spor okončava kao spor pune jurisdikcije, poticala bi građane da postavljaju više zahtjeva i budu uporniji. Upravni sud nije iskoristio sve ponuđene šanse da riješi stvar u meritumu i da presuda u svemu zamijeni upravni akt.

U takvim sporovima u prvom redu je prisutna zaštita zakonitosti kao objektivnog načela, a tek nakon toga eventualno zaštita subjektivnih prava procesnog karaktera i posredna zaštita subjektivnih prava u materijalnom smislu. Nedvojbeno je da se tužbe trebaju razlikovati po prirodi parnice, prirodi predmeta spora, karakteru parnice, zahtjevu postavljenom sudu, u sadržaju sudske odluke donesene na temelju tužbe, pravnoj snazi sudskih odluka, u značajnoj razlici u širini ovlasti suca (sudac je u području spora o zakonitosti liberalniji u pokretanju spora nego kod pune jurisdikcije, kao i u proceduri). Istina, ta razlika može biti veća ili manja, ovisno od pravne regulative (naravno da se razlike u proceduri s vremenom smanjuju). To znači da, zbog zakonodavnih promjena ili promjena sudske prakse, pravni put spora o zakonitosti može biti proširen ili sužen. Iz tih promjena ne treba zaključivati radi li se o nazadovanju ili napredovanju spora o zakonitosti. Upravni spor pune jurisdikcije pokazuje se kao sastavljeni spor, za razliku od spora o zakonitosti.

Osnovna svrha upravnog spora pune jurisdikcije je zaštita subjektivnih prava, pri čemu je zaštita objektivnih prava, tj. načela zakonitosti manje vidljiva.

Pravo pristupa sudu ima svoje puno značenje samo ako sud ima ovlasti pune jurisdikcije da odlučuje o slučaju koji mu je podnesen. To znači da sud mora imati nadležnost presuđenja o činjenicama i o pravu kao osnovama svoje odluke.

Rezultati ostvareni u praksi tek trebaju odgovoriti na pitanje koliko je ovaj institut učinkovit u ostvarivanju postavljenih ciljeva te hoće li, afirmacijom u sudskoj praksi, pronaći svoje pravno mjesto i ulogu u pravnom poretku Republike Hrvatske. Autoritet Upravnog suda mora biti jamstvo stranci da se o njezinim pravima i dužnostima odlučivalo na najkvalitetniji način. Stoga se ističe kako je ulaženje u upravni spor pune jurisdikcije u skladu s institutom zaštite prava građana.

Summary

THE DISPUTE OF FULL JURISDICTION ACCORDING TO THE 2010 ADMINISTRATIVE DISPUTE ACT

The aim of this article is to make a contribution to scientific elaboration of a complex issue concerning the administrative dispute of full jurisdiction. Having this in mind, the author presents a historical development of this institute. She gives an effort to determine socio-political conditions and causes which led to implementation of the administrative dispute of full jurisdiction as well as its character and purpose. The article also deals with issues which are likely to arise during the implementation of this legal means. Certain issues in court practice have been generalised and used as a basis to make positive theoretical conclusions. A special attention has been given to the administrative dispute of full jurisdiction in French law due to the fact that the administrative dispute of full jurisdiction has been a part of French legal system for centuries. The expression "administrative dispute of full jurisdiction" has originated from France. Therefore, it can be concluded that it was the French law which developed the administrative dispute of full jurisdiction in continental legal area.

In legal terms, „a full jurisdiction“ and „a full dispute“ have to be used as synonyms due to the fact that both legal institutes imply that a dispute is conducted by a judge who acts in his full judicial capacity having at disposal all legal means which are frequently used by judges. This is a controversial dispute with broad judicial powers and highly diverse procedural regimes. Disputed matters and questions filed to the court are heterogeneous. Due to numerous and diverse legal matters dealt with in the dispute of full jurisdiction, issues which could arise during the dispute are complex. Therefore, the aforementioned diversity prevents the author from making a detailed list of different types of administrative disputes of full jurisdiction.

Key words: *administrative dispute of full jurisdiction, 2010 Administrative Dispute Act.*

Zusammenfassung

STREITIGKEITEN VOLLER GERICHTSBARKEIT NACH DEM NEUEN GESETZ ÜBER VERWALTUNGSSTREITIGKEITEN AUS DEM JAHR 2010

Diese Arbeit versucht zu einer wissenschaftlichen Ausarbeitung der komplexen Verwaltungsstreitigkeit voller Gerichtsbarkeit beizubringen. Zu diesem Zweck wird auf die historische Entwicklung der Verwaltungsstreitigkeit hingewiesen. Ferner werden gesellschaftlich-politische Bedingungen und Gründe für die Einführung

der Verwaltungsstreitigkeit voller Gerichtsbarkeit angegeben und der Charakter und Zweck dieses Instituts festgestellt. Am Beispiel der Rechtsprechung deutet die Autorin auf einige Problemen bei der Anwendung dieses Instituts hin und zieht theoretische Zusammenschlüsse. Insbesondere wird auf die Verwaltungsstreitigkeit voller Gerichtsbarkeit im französischen Recht, in welchem dieses Institut schon seit Jahrhunderten angewendet wird, aufmerksam gemacht. Selbst der Ausdruck „Verwaltungsstreitigkeit voller Gerichtsbarkeit“ kommt aus Frankreich. Insofern kann angenommen werden, dass dieses Institut im kontinentalen Recht von Frankreich entwickelt worden ist.

Ausdrücke „volle Gerichtsbarkeit“ und „volle Streitigkeit“ sind Synonyme, denn in beiden Fällen wird die Streitigkeit vom Richter, der seine richterliche Funktion im Ganzen ausübt und dabei alle richterlichen Mittel zur Verfügung hat, geführt. Diese Streitigkeit ist widerspruchsvoll; einerseits bestehen große Gerichtsbefugnisse, andererseits unterschiedliche Verfahrensrechtliche Regelungen, wie auch Themen und Fragen, welche dem Gericht vorgelegt werden können. Aus diesem Grunde ist eine umfassende Liste dieser Streitigkeitsart nicht möglich.

***Schlüsselwörter:** Verwaltungsstreitigkeit voller Gerichtsbarkeit, neues Gesetz über Verwaltungsstreitigkeiten aus dem Jahr 2010.*

RIASSUNTO

IL PROCESSO DI GIURISDIZIONE PIENA SECONDO LA NUOVA LEGGE SUI PROCESSI AMMINISTRATIVI DEL 2010

Lo scopo di questo contributo è di dare un apporto all'indagine scientifica riguardante la complessa problematica del processo di giurisdizione piena. Lungo il percorso s'è posta in rilievo l'evoluzione storica del processo amministrativo di piena giurisdizione; s'è cercato, poi, di individuare le condizioni socio-politiche e le ragioni che hanno portato all'introduzione del processo amministrativo di piena giurisdizione, evidenziando il carattere e lo scopo di questo istituto. Ancora, s'è cercato di porre attenzione ai problemi che potrebbero sorgere nell'applicazione di questo strumento giuridico, osservando all'uopo alcune esperienze giurisprudenziali, che stanno a fondamento di determinate posizioni teoriche. Particolare attenzione è dedicata al processo amministrativo di piena giurisdizione nel diritto francese, posto che si tratta di un paese dove il processo amministrativo di piena giurisdizione trova cittadinanza da diversi secoli. Del resto, il termine "processo amministrativo di piena giurisdizione" ha trovato la propria fortuna proprio in Francia. Si può senza dubbio affermare che lo sviluppo del processo amministrativo di piena giurisdizione in ambito continentale sia partito proprio dalla Francia.

Le espressioni „giurisdizione piena“ e „processo pieno“ vanno adoperate in qualità di sinonimi, poiché entrambi sottintendono che il processo sia condotto

dal giudice che agisce nella completezza della sua funzione giudiziale, avendo a disposizione tutti i mezzi che solitamente i giudici adoperano. Trattasi di un processo discordante, il quale vede, da un lato, vasti poteri del giudice e, dall'altro, meccanismi procedurali molto vari; si occupa di questioni complesse, come articolate sono le domande rivolte al tribunale. La complessità delle questioni che possono emergere nel corso del processo di piena giurisdizione rappresenta la conseguenza della loro molteplicità ed eterogeneità. La varietà del settore del processo di piena giurisdizione non consente di offrire un esaustivo elenco dei singoli tipi di processo.

Parole chiave: *processo amministrativo di piena giurisdizione, nuova legge sui processi amministrativi del 2010.*

DRŽAVNE POTPORE ZA ZAPOŠLJAVANJE U SVJETLU OPĆE UREDBE O SKUPNIM IZUZEĆIMA I ISKUSTAVA DRŽAVA ČLANICA EU

Mr. sc. Sandra Laleta, asistentica
Vanja Smokvina, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 331.108.3(497.5)
331.108.3::061.1(EU)
Ur.: 21. prosinca 2010.
Pr.: 23. veljače 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se nastoji sustavno izložiti uređenje državnih potpora za zapošljavanje, pri čemu se najprije analizira pojam državnih potpora općenito, mehanizam njihova dodjeljivanja i kontrole, radi boljeg razumijevanja značaja potpora za zapošljavanje. Državne potpore za zapošljavanje analiziraju se kroz odredbe Opće uredbe o skupnim izuzećima (br. 800/2008) te odredbe drugih relevantnih pravnih izvora.

Kroz sudsku praksu Europskog suda te praksu država članica Europske unije ukazuje se na najčešće probleme u postupcima dodjeljivanja državnih potpora, što je od važnosti i za praksu Republike Hrvatske u području državnih potpora.

Komparativnom se metodom ukazuje na financijski aspekt značaja državnih potpora za zapošljavanje kroz praksu država članica EU prostora, te se isti uspoređuje sa stanjem u Republici Hrvatskoj. Također, daje se prikaz postupka i financiranja državnih potpora za zapošljavanje u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi: *zapošljavanje, državne potpore, EU, Hrvatska.*

1. UVOD

Unaprjeđenje zapošljavanja i socijalne kohezije središnji je cilj ekonomskih i socijalnih politika Europske unije (dalje: EU) i njezinih država članica. Pitanje povećanja zaposlenosti uvijek je bilo jedno od značajnih pitanja na koje su Europske zajednice (dalje: EZ), a kasnije EU pokušavale ponuditi prave odgovore. Postizanje pune zaposlenosti jedan je od glavnih ciljeva EU-a¹, koji se nastoji ostvariti

1 Consolidated version of the Treaty on Functioning of EU (dalje: UFEU), OJ C 83/17, of 30.03.2010, čl. 3. st. 2.

poticanjem suradnje između država članica i usklađivanjem njihovih postupaka, uz poštivanje ovlasti država članica.² Lisabonska strategija (poznata i kao Lisabonska agenda ili Lisabonski proces) iz 2000. godine imala je za cilj od Europe stvoriti „najkompetitivniju i dinamičnu ekonomiju temeljenu na znanju, u svijetu do 2010. godine“.³ Zbog sveopće gospodarske krize navedeni ciljevi, nažalost, nisu ostvareni. Navedena strategija nije, u usporedbi s drugim svjetskim gospodarstvima, poput onoga SAD-a, Japana ili Južne Koreje, polučila zadovoljavajući učinak.⁴ U lipnju 2010. godine, donesena je „nova strategija EU“ pod nazivom „The Europe 2020 strategy“⁵, kojoj je, kako joj ime kaže, cilj nastaviti tamo gdje je Lisabonska strategija stala.⁶ I u njoj je kao jedan od glavnih ciljeva postavljeno povećanje zaposlenosti i borba protiv nezaposlenosti.

Nezaposlenost, posebice strukturalna, ostaje važan problem u dijelovima Unije. Određene skupine radnika, kao što su radnici s invaliditetom i radnici u nepovoljnom položaju, još uvijek su suočene s posebnim poteškoćama pri ulasku na tržište rada. Poslodavci ih smatraju manje produktivnima, ili prema njima imaju određene predrasude. Niža produktivnost (pretpostavljena ili stvarna) takvih radnika može biti rezultat nedostatka radnog iskustva (primjerice, kod mladih radnika ili onih koji su dugo vremena nezaposleni) ili trajne invalidnosti. To su razlozi zbog kojih su oni često isključeni s tržišta rada, osim kada se poslodavcima ponudi neka naknada za njihovo zapošljavanje.⁷ Državne potpore⁸ u obliku subvencija za

2 UFEU, čl. 147., Glava IX. *Zapošljavanje* sadržana je u čl. 145.-150. (ex čl. 125.-130. UEZ); vidi i BLANPAIN, Roger, *European Labour Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2008., str. 206.-269.

3 Opširnije o Lisabonskoj strategiji vidi: Zaključci predsjedništva Europskog Vijeća u Lisabonu iz 2000. godine, dostupno na: http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_en.htm#e, posjećeno dana 25.11.2010.; vidi i BERNARD, Catherine, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006., str. 105.-167.; kao i BERCUSON, Brian, *European Labour Law*, Cambridge, University Press, 2009., str. 168.-198.

4 Vidi HESHMATI, Almas, OH, JongEun, *Alternative Composite Lisbon Development Strategy Indices: A Comparison of EU, USA, Japan and Korea*, *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 3 (2), 2006., str. 133.-170.

5 The Europe 2020 strategy, dostupno na: http://europa.eu/press_room/pdf/complet_en_barroso__007_-_europe_2020_-_en_version.pdf, posjećeno dana 25.11.2010.

6 Isto; str. 4: jedan od ciljeva jest postizanje zaposlenosti od 75% osoba između 20-64 godina (trenutno 69%), kao i smanjenje za 20 milijuna broja ljudi koji su izloženi opasnosti siromaštva.

7 Communication from the Commission – Criteria for the analysis of the compatibility of State aid for the employment of disadvantaged and disabled workers subject to individual notification (dalje: Kriteriji), OJ C 188/6, 11.8.2009, toč. 1 i 2.

8 Neka državna mjera ulazi u doseg UFEU i predstavlja državnu potporu ako su kumulativno ispunjene sljedeće pretpostavke: 1. mjera mora uključivati korištenje državnih sredstava; 2. mjera mora davati prednost korisniku; 3. prednost mora biti selektivna, u smislu da je ograničena na određeno poduzeće ili proizvodnju određenih roba i 4. mjera mora narušavati tržišno natjecanje i utjecati na trgovinu između država članica. Prema prihvaćenoj praksi Europskog suda, mjere državnih potpora definiraju se s obzirom na njihov učinak na tržišno natjecanje, a ne s obzirom na kauzu ili ciljeve. Case C-173/73 *Italy v. Commission*, [1974], ECR 709, para. 27; Case C-5/01 *Belgium v. Commission* (‘Cockerill’), [2002], ECR I-11991,

troškove plaća predstavljaju dodatne poticaje poduzetnicima da povećaju razinu zapošljavanja ovih skupina radnika. Mnogi oblici državne intervencije⁹ usmjerene poticanju zapošljavanja ne predstavljaju državne potpore. To je posebice slučaj kada se pomoć daje pojedincima, a ne poduzetnicima ili kada se pomoć ostvaruje općim mjerama.¹⁰

para. 45. Knaul, Andreas, Pérez Flores Francisco, State Aid, u: *Faull & Nikpay, The EC Law of Competition*, 2nd ed. (ed. by Jonathan Faull, Ali Nikpay), New York, Oxford University Press, 2007., str. 1705. Komisija će razmotriti svrhu mjere kada utvrđuje njezinu kompatibilnost sa zajedničkim tržištem (tj. treba li mjeru odobriti). Skrećemo pozornost da će Komisija odobriti državnu potporu ukoliko je njena svrha eliminiranje neuspjeha na tržištu ili pak bolja raspodjela učinaka socijalne skrbi, a sredstva koja su za to odobrena su prikladna i razumna. JANIK, Silvia, SCHATZ, Bernhard, Outcome Measurement and Evaluation in Public-Sector Aid Schemes against the Background of EU State Aid Law, *European State Aid Law Quarterly* (dalje: EStAL), Vol. 8(3), 2010., str. 647.

Prema čl. 108. (3) UFEU (ex 88(3) UEZ) prije primjene mjere koja predstavlja državnu potporu potrebno je obavijestiti Europsku komisiju. Europski sud potvrdio je izravni učinak ovog članka (Case C-354/90 *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires and Others v. France*, [1991] ECR I-5505, para. 11. i 12.; Case C-39/94 *SFEI and Others*, [1996] ECR I-3547, para. 39. i 40.) pa su u skladu s time nacionalni sudovi ovlašteni utvrditi je li neka mjera državna potpora (Case 78/76, *Steinike & Weinlig*, [1977] ECR 595, para. 14.; Case C-39/94 *SFEI and Others*, [1996] ECR I-3547, para. 49.; Case C-354/90 *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires and Others v. France*, [1991] ECR I-5505, para. 10.; and Case C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich*, [2006] ECR I-9957, para. 39.) i, ako je nezakonito poduzeta, mogu poduzeti mjere potrebne da se uspostavi prijašnje stanje. No, skreće se pozornost, da nacionalni sudovi nemaju ovlast određenu potporu proglasiti sukladnom čl. 107(2) i (3) UFEU, što je Europski sud potvrdio u svojim odlukama (Case C-199/06 *CELF and Ministre de la Culture et de la Communication*, [2008] ECR I-469, para. 38.; Case C-17/91 *Lornoy and Others v. Belgian State*, [1992] ECR I-6523, para. 30.; Case C-354/90 *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires and Others v. France*, [1991] ECR I-5505, para. 14.). Ovdje svakako treba naglasiti da je prema utvrđenoj sudskoj praksi Europskog suda (Odluke Europskog suda: C-387/92 *Banco Exterior de Espana* [1994] ECR I-877, para. 13., i C-200/97 *Ecotrade* [1998], ECR I-7907, para. 34.) pojam potpora širega značenja od pojma *subvencija*, te se ova dva pojma moraju različito razmatrati i treba pripaziti u korištenju navedene terminologije. Kada je utvrdila da neka mjera predstavlja državnu potporu, Komisija mora utvrditi kompatibilnost mjere sa zajedničkim tržištem. UFEU-om je ustanovljen prethodni sustav kontrole državnih potpora prema kojem država članica mora obavijestiti Komisiju o planiranom davanju potpora (osim ako nije izuzeta od obveze prethodnog obavještanja) i suzdržati se od provođenja potpore bez prethodnog odobrenja Komisije.

- 9 Mjere države usmjerene na poticanje određenih gospodarskih sektora koje služe općim ekonomskim ciljevima države ne ulaze u nadležnost Zajednice. Knaul/Pérez Flores, op. cit., str. 1705.
- 10 Potpore radnicima uređene općim radnim zakonodavstvom, kao što su otpremnine i prijevremene mirovine koje se dodjeljuju u okviru općih programa socijalne sigurnosti ne smatraju se državnim potporama ako su dodijeljene izravno radniku, a ne poduzetniku. Bacon, Kelyn, *The definition of State aid, u: European Community Law of State Aid* (gen. ed. Kelyn Bacon), New York, Oxford University Press, 2009., str. 38-39; Sherr, Ilan, *Employment and training aid, u: European Community Law of State Aid*, op. cit., str. 197.-198.

2. RAZVOJ EUROPSKE REGULATIVE O DRŽAVNIM POTPORAMA ZA ZAPOŠLJAVANJE

Prve smjernice o potporama za zapošljavanje Europska komisija donijela je 1995. godine.¹¹ Njima je utvrđena politika Komisije u ovoj oblasti.¹² Uslijedile su: Obavijest o kontroli državnih potpora i smanjenju troškova rada, iz 1997. g.,¹³ te druga skupina smjernica o potporama za zapošljavanje 2000. g.¹⁴ Na temelju Uredbe o omogućavanju skupnih izuzeća 2001. g.,¹⁵ Komisija je usvojila Uredbu o skupnom izuzeću br. 2204/2002 za određene vrste potpora za zapošljavanje, posebice programima za poticanje otvaranja radnih mjesta u slabije razvijenim područjima EU-a i programima za unaprjeđenje zapošljavanja za radnike s invaliditetom i radnike u nepovoljnom položaju.¹⁶ Skupnim izuzećima omogućeno je državama članicama dodjeljivanje državnih potpora za zapošljavanje bez odobrenja ili prethodnog obavještanja Komisije.

3. Opća uredba o skupnim izuzećima

Od 2008. godine sve uredbe o skupnim izuzećima u području državnih potpora, pa tako i one iz područja zapošljavanja,¹⁷ zamijenjene su Općom uredbom

11 Guidelines on aid to employment [1995] OJ C334/4.

12 Valja razlikovati uredbe kao akte sekundarnog prava EU-a, koje imaju izravni učinak i izravno se primjenjuju u svojoj ukupnosti u svim državama članicama (prema čl. 288. UFEU (ex čl. 249. UEZ) razlikuju se uredbe, direktive, preporuke i mišljenja), od smjernica, koje predstavljaju *soft law* i kao takve nemaju pravno obvezujući učinak poput uredbi, no njihov je utjecaj na praksu od iznimnoga značaja, jer se njima nastoji od država članica postići da svojevrijedno učine nešto što im nije nametnuto primjericama uredbama, pa je stoga fleksibilnost veliko „oružje“ u rukama akata koji predstavljaju *soft law*. Vidi opširnije u BERCUSSON, Brian, op. cit., str. 186.-188.

13 Commission Notice on monitoring of state aid and reduction of labour costs [1997] OJ C1/10.

14 Commission Communication concerning the guidelines on State aid for employment [2000] OJ C371/12.

15 Council Regulation (EC) 994/98 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid [1998] OJ L142/1.

16 Commission Regulation (EC) 2204/2002 on the application of the Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid for employment [2002] OJ L337/3, as amended [2006] OJ L368/85, and extended by Commission decision 2008/484 EC *Prolongation of certain State aid decisions* [2008] OJ L164/43.

17 Riječ je o četiri Uredbe: Uredbi Komisije (EZ) br. 1628/2006 o primjeni članaka 87. i 88. Ugovora na nacionalne regionalne potpore za ulaganja, Uredbi Komisije (EZ) br. 70/2001 o primjeni članaka 87. i 88. Ugovora o EZ-u na državnu potporu malim i srednjim poduzetnicima, spomenutoj Uredbi Komisije (EZ) br. 2204/2002 i Uredbi Komisije (EZ) br. 68/2001 o primjeni članaka 87. i 88. Ugovora o EZ-u na potporu za usavršavanje. Više: BERGHOFER, Michael, *The General Block Exemption Regulation: A Giant on Feet of Clay*, *ESiAL*, br. 3, 2009., str. 327.-328.

o skupnim izuzećima br. 800/2008.¹⁸ Obilježja su Opće uredbe da usklađuje i konsolidira u jedinstvenom tekstu pravila ranije sadržana u posebnim uredbama te proširuje kategorije državnih potpora pokrivenih izuzećima. Osim što se države članice potiču da se fokusiraju na svoja državna sredstva, koja će stvarno koristiti otvaranju radnih mjesta, konkurentnosti europskog gospodarstva i društvu u cjelini, Opća uredba ograničava administrativne obveze javnih vlasti, korisnika i Komisije, pojednostavljajući postupak dodjeljivanja državnih potpora. Naime, Općom uredbom utvrđen je niz mjera potpore koje su dopuštene *ex lege*. Tako je značajno proširena mogućnost država članica da takve pomoći dodjeljuju bez obveze prethodnog obavještanja Komisije.¹⁹ Uvjeti utvrđeni Općom uredbom pojednostavljeni su u najvećoj mogućoj mjeri,²⁰ jer tekst mogu izravno primjenjivati brojne nacionalne administracije u svim državama članicama, uključujući i nacionalne suce u slučaju sporova.²¹

Uredba uređuje potpore za regionalni razvoj, mala i srednja poduzeća, osnivanje ženskoga poduzetništva, zaštitu okoliša, rizični kapital, istraživanje, razvoj i inovacije te radnike u nepovoljnom položaju ili radnike s invaliditetom.²² Broj skupno izuzetih mjera gotovo je utrostručen u odnosu na postojeće uredbe.²³ Također, značajno je povećan intenzitet potpore, kao i prag za obvezu obavještanja. Za područje zapošljavanja Opća uredba propisuje izuzeća: 1. za državne potpore za radnike u nepovoljnom položaju i radnike s invaliditetom (čl. 40.-42.), koje uključuju pomoć ovim skupinama radnika pronaći glavno zaposlenje (*mainstream employment*) te kompenzacije, u granicama državnih potpora, dodatnih troškova koji

18 Regulation on block exemptions (Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General block exemption Regulation; dalje: GBER), OJ L214, 9.8.2008, p. 3-47. Stupila je na snagu 28.08.2008. i primjenjuje se do 31.12.2013.

19 Administrativni troškovi za korisnike potpora, države članice i Komisiju trebali bi se značajno smanjiti, a Komisiji omogućiti da svoju pažnju usmjeri na pogrešne vrste potpora. Cilj Opće uredbe jest olakšati posao Komisiji delegiranjem kontrole potpora koje manje narušavaju tržište na države članice, bez slabljenja stroge discipline i učinkovitog nadzora državnih potpora. Berghofer, M., op. cit., str. 323.

20 Pojednostavljenje bi se trebalo postići zajedničkim usklađenim definicijama i zajedničkim horizontalnim odredbama u Poglavlju I. Uredbe. Ipak, u literaturi se ističe kako se u Općoj uredbi često koriste pravni termini koji zahtijevaju daljnje tumačenje koje u Uredbi nije dano ili se koriste pojmovi čija je ranija primjena u praksi izazivala poteškoće. Zaključuje se da GBER ne daje stupanj jasnoće i nedvosmislenosti koji traži uniformna primjena u Uniji i decentralizirana kontrola dodijeljenih potpora. Berghofer, M., op. cit., str. 328, 330-331.; Deiberova, Krystina, Nyssens, Harold, The new General Block Exemption Regulation (GBER): What changed?, *ESIAL*, br. 1, 2009., str. 27.

21 State Aid, The New General Block Exemption Regulation, EASPD (dalje: State Aid (EASPD)), <<http://www.easpd.eu/LinkClick.aspx?fileticket=7A46506C585070615844553D&tabid=4954&language=en-US&stats=false>, 2.11.2010.>.

22 Sve potpore pokrivene Općom uredbom mogu se podijeliti u dvije kategorije: potpore ograničene na male i srednje poduzetnike (MSP) i potpore za sve poduzetnike.

23 Predviđeno ih je 26 u odnosu na 10 iz postojećih uredbi. Opća uredba je posebice važna za MSP jer se svih 26 mjera, koje su njome uređene može dodijeliti tim poduzetnicima, a neke od njih kreirane su posebno za njih. State Aid (EASPD), op. cit., str. 17.

nastaju za poduzetnika zbog zapošljavanja osoba s invaliditetom (posebna oprema za radnike u invalidskim kolicima, informatička tehnologija za radnike s oštećenjem vida); 2. potpore za zapošljavanje za male i srednje poduzetnike (dalje: MSP) te 3. potpore za otvaranje radnih mjesta u potpomognutim područjima (*assisted regions*). Odredbe koje uređuju izuzeće za mjere u sektoru skrbi o invalidima i drugih socijalnih usluga (službi) predstavljaju odredbe, o tzv. „socijalnim potporama“ (*Social aid*). Uredbom se uređuje i potpora za usavršavanje radnika, koje koristi i poslodavcu i radniku. Kako bi se osigurala bolja ravnoteža između rada i življenja za radnike i poduzetnike, Uredba predviđa još jedan socijalni aspekt: mogućnost kompenzacije poslodavcima troškova brige za djecu i troškova roditeljske skrbi (*parental care*), uključujući i troškove u vezi s roditeljskim dopustom (*parental leave*), koji se smatraju „troškovima plaće“.

Sve mjere potpore, koje nisu pokrivena Općom uredbom, podložne su obvezi prethodnog obavještanja Komisije. Ciljeve i učinke takvih mjera Komisija ocjenjuje na temelju smjernica, okvira i drugih instrumenata (više *infra* pogl. 4.2.5.).

4. UTVRĐIVANJE DOPUŠTENOSTI (DRŽAVNIH) POTPORA ZA ZAPOŠLJAVANJE

Kriteriji za ocjenu dopuštenosti državnih potpora za zapošljavanje sadržani su u pravilima Opće uredbe o skupnim izuzećima te općim pravilima Komisije o dopuštenosti mjera potpore. Temeljem ovih kriterija sve potpore za zapošljavanje mogu se svrstati u tri grupe: 1. mjere zapošljavanja koje ne predstavljaju državnu potporu u smislu čl. 107(1) UFEU (*ex* čl. 87(1) UEZ); 2. državne potpore koje zadovoljavaju kriterije iz Opće uredbe i mogu biti dodijeljene bez obveze prethodnog obavještanja Komisije te 3. državne potpore koje nisu dopuštene prema Općoj uredbi, ali ih može odobriti Komisija na temelju čl. 107(2) i (3) UFEU (*ex* čl. 87(2) i (3) UEZ).²⁴

4.1. Mjere zapošljavanja

Financiranje iz državnih sredstava predstavlja konstitutivni element državne potpore pa mjere zapošljavanja kojima se daje prednost određenim poduzetnicima ne predstavljaju državne potpore, ako ne uključuju korištenje državnih sredstava.²⁵ Državne potpore nisu niti one mjere koje se temelje na korištenju državnih sredstava, ali se njima ne daje prednost određenim poduzetnicima ili proizvodnji određene

²⁴ Sherr, I., *op. cit.*, str. 199.

²⁵ Vidi Case C-72-73/91 *Sloman Neptun* [1993] ECR I-887, para 19.; Case 189/91 *Kirsammer-Hack*, [1993] ECR I-6185, paras 16-18. BACON, K., *The definition of State aid*, *op. cit.*, str. 70.

robe, što je element državne potpore propisan čl. 107(1) UFEU (*ex* 87(1) UEZ).²⁶

4.2. Državne potpore za zapošljavanje prema Općoj uredbi o skupnim izuzećima

Općom su uredbom pravila o potporama za zapošljavanje pojednostavljena i određenija u odnosu na ranije važeću Uredbu br. 2204/2002.²⁷ Izuzeće potpora za zapošljavanje uređeno je u odredbama o potporama za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju u obliku subvencija za plaće (čl. 40.), potporama za zapošljavanje radnika s invaliditetom u obliku subvencija za plaće (čl. 41.), kao i potporama za naknadu dodatnih troškova zapošljavanja radnika s invaliditetom (čl. 42.). Osim ovih odredbi primjenjuju se i pravila o regionalnim potporama za ulaganje i zapošljavanje (čl. 13.), kao i potporama za MSP koje se odnose na ulaganje i zapošljavanje (čl. 15.), ako je radno mjesto izravno stvoreno programom ulaganja.

4.2.1. Opće i postupovne odredbe

Ove odredbe, sadržane u čl. 1.-12., primjenjuju se na sve oblike državnih potpora uređene Općom uredbom.

4.2.1.1. Područje primjene

Odredbe Opće uredbe o potporama za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju i radnika s invaliditetom primjenjuju se na gotovo sve sektore gospodarstva, što uključuje primarnu proizvodnju, preradu i stavljanje u promet poljoprivrednih proizvoda, ribarstvo i akvakulturu, sektor čelika, brodogradnje i sintetičkih vlakana, ali ne i sektor ugljena (čl. 1(3) Opće uredbe).

4.2.1.2. Pojmovna određenja

Za potrebe Opće uredbe „potporom“ se smatra svaka mjera koja ispunjava sve uvjete utvrđene čl. 107(1) UFEU (*ex* čl. 87(1) UEZ). „Program potpora“ svaki je

²⁶ Kao primjer navodi se financijska potpora koju prema njemačkom Socijalnom zakoniku, Knjiga II. mogu ostvariti poslodavci koji zapošljavaju dugotrajno nezaposlene osobe (*Langzeitarbeitslose*), kao kompenzaciju za njihove slabije rezultate rada (*Minderleistung*). Mjera se primjenjuje na saveznoj razini, tzv. službama temeljnog osiguranja (*Grundsicherung sstellung*), koje predstavljaju određene ovlaštene općine ili općine i agencije za zapošljavanje zajedno. Ocjenjujući predstavlja li ova mjera državnu potporu, Komisija je zauzela mišljenje da je riječ o mjeri koju mogu koristiti svi poslodavci te da zbog svoje „automatske i nediskriminirajuće naravi“ predstavlja opću mjeru te ne ulazi u doseg čl. 107(1) UFEU (*ex* čl. 87(1) UEZ), bez obzira što nije vjerojatno da bi ta mjera bila prikladna za svaki sektor. Odluka Komisije, Case N 594/2007 *Second German Social Security Code*, paras 26-28.

²⁷ Commission Regulation (EC) No 2204/2002 of 12 December 2002 on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid for employment, [2002] OJ L337/3.

akt na temelju kojeg se mogu dodjeljivati pojedinačne potpore, bez daljnjih mjera provedbe, poduzetnicima definiranim u aktu na općenit i apstraktan način, kao i svaki akt na osnovi kojeg se potpora koja nije vezana uz određeni projekt može dodijeliti jednom poduzetniku ili većem broju njih na neodređeno vremensko razdoblje i/ili u neograničenom iznosu. Pod pojmom „pojedinačne potpore“ podrazumijeva se jednokratna potpora, kao i dodjela potpore temeljem programa potpora koju treba prijaviti. „Jednokratna potpora“ jest pojedinačna potpora koja nije dodijeljena na temelju programa potpora. „Intenzitet potpore“ određen je kao iznos potpore izražen kao postotak opravdanih troškova. „Transparentna“ potpora jest potpora za koju je moguće točno izračunati bruto ekvivalent potpore *ex ante* bez potrebe za procjenom rizika.

4.2.1.3. Uvjeti za izuzeće

Program potpore koji ispunjava određene pretpostavke iz Poglavlja I. Opće uredbe te odgovarajuće odredbe iz Poglavlja II. smatra se kompatibilnim sa zajedničkim tržištem i ne podliježe obvezi obavještanja iz čl. 108. (3) UFEU (ex 88(3) UEZ). Iz obveze obavještanja izuzeta je i svaka pojedinačna potpora, dodijeljena na temelju takvih programa, koja udovoljava istim pretpostavkama. Kako bi program bio izuzet od obveze obavještanja, u njemu se mora izričito pozivati na ovu Uredbu.²⁸ Općom uredbom uređena su pitanja: intenziteta potpore i opravdanih troškova; transparentnosti potpora; pragova pojedinačne prijave; zbrajanja potpora; učinka poticaja; transparentnosti; nadzora; godišnjeg izvještavanja i posebnih uvjeta koji se primjenjuju na potpore za ulaganja.²⁹

Intenzitet potpore i opravdani troškovi. Kako bi se izračunao intenzitet potpore i opravdani troškovi, svi iznosi koji se koriste moraju biti iznosi prije svih odbitaka poreza ili nekih drugih davanja – troškova.

Poticajni učinak potpora. Jedan od uvjeta dopuštenosti državnih potpora za zapošljavanje jest njihov poticajni učinak (*incentive effect*).³⁰ Općom uredbom različito su uređeni kriteriji za potpore MSP-ima i za potpore velikim poduzetnicima. Potpore za MSP imaju poticajni učinak ako je korisnik, prije započinjanja rada na projektu ili djelatnosti, podnio prijavu za potporu predmetnoj državi članici. Za potpore velikim poduzetnicima smatra se da imaju učinak poticaja ako je država članica prije dodjele neke pojedinačne potpore provjerila da se na temelju dokumentacije, koju je pripremio korisnik, potvrđuje jedan od Uredbom propisanih uvjeta.³¹ Poticajni učinak lakše će dokazati MSP, jer im je dostatna ranija prijava,

28 Čl. 3. Opće uredbe: Uvjeti za izuzeće.

29 Čl. 4.-12. Opće uredbe.

30 Čl. 8 Opće uredbe.

31 Uvjeti su: znatno povećanje veličine projekta/djelatnosti, kao posljedica potpore; znatno povećanje obuhvata projekta/djelatnosti, kao posljedica potpore, znatno povećanje ukupnog iznosa koji korisnik troši na projekt/djelatnost, kao posljedica potpore, znatno povećanje brzine dovršavanja predmetnog projekta/djelatnosti; u vezi s regionalnim potporama za ulaganje, potvrda da se projekt kao takav u nedostatku potpore ne bi proveo u predmetnom

dok veliki poduzetnici moraju imati plan poslovanja.³²

Učinak poticaja potpora za *naknadu dodatnih troškova zapošljavanja radnika s invaliditetom* smatra se ispunjenim ako su ispunjeni uvjeti iz čl. 42 st. 3. za postojanje opravdanih troškova. U pogledu potpora za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju i radnika s invaliditetom u obliku *subvencija za plaće*, uvjet poticaja smatra se zadovoljenim ako potpore dovedu do neto povećanja broja zaposlenih radnika u nepovoljnom položaju, odnosno radnika s invaliditetom.³³

Transparentnost potpora. Kako bi se postigla transparentnost, jednaki tretman i učinkoviti nadzor, Opća uredba primjenjuje se samo na potpore koje su transparentne. Transparentnom³⁴ se smatra ona potpora za koju se može unaprijed točno izračunati bruto ekvivalent potpore bez potrebe ocjenjivanja rizika.³⁵

Pragovi pojedinačne prijave. Uredba se ne primjenjuje na pojedinačne potpore, dodijeljene jednokratno ili na temelju programa, čiji bruto ekvivalent potpore prelazi određene pragove. Za potpore za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju prag iznosi 5 milijuna eura po poduzetniku godišnje. Za potpore za zapošljavanje radnika s invaliditetom u obliku subvencije za plaće te za potpore za dodatne troškove za zapošljavanje radnika s invaliditetom iznose 10 milijuna eura po poduzetniku godišnje (čl. 6.).

Zabrana kumulacije potpore. Za utvrđivanje poštuju li se pragovi pojedinačne potpore i maksimalni intenziteti potpora uzima se u obzir ukupan iznos mjera javne pomoći za potpomognutu djelatnost ili projekt, bez obzira financiraju li se pomoći iz lokalnih, regionalnih, nacionalnih izvora ili iz izvora Unije. Potpore koje su izuzete prema Općoj uredbi od obveze obavještanja mogu se međusobno zbrajati ako se odnose na različite opravdane troškove koje je moguće utvrditi.

Nije dopušteno zbrajanje potpora izuzetih ovom Uredbom međusobno, ili s nekom *de minimis* potporom iz Uredbe Komisije br. 1998/2006, ili nekim drugim financiranjem Unije u vezi s istim opravdanim troškovima, ako bi se zbog takve kumulacije prelazio najviši intenzitet potpore ili iznos potpore utvrđen Općom uredbom za tu potporu. **Iznimku** od navedenih zabrana kumulacije predstavljaju potpore u korist **radnika s invaliditetom**, koje se mogu zbrajati s potporama izuzetima prema Općoj uredbi u vezi s istim opravdanim troškovima iznad najvišeg

potpomognutom području. (čl. 8. st. 3. Opće uredbe).

32 Berghofer, M., op. cit., str. 331.

33 Čl. 8. st. 5. Opće uredbe. Ako je korisnik potpore za zapošljavanje radnika s invaliditetom u obliku subvencija za plaće već koristio potpore za zapošljavanje ove kategorije radnika, koje su bile u skladu s uvjetima Uredbe br. 2204/2002, ili je te potpore Komisija pojedinačno odobrila, pretpostavlja se da je uvjet neto povećanje broja radnika s invaliditetom, koji je bio zadovoljen za prethodne mjere potpore, zadovoljen i u smislu Opće uredbe (toč. 30 Preambule Opće uredbe).

34 Uredbom je određeno da se transparentnima smatraju primjerice: potpore sadržane u bespovratnim sredstvima i subvencijama kamatnih stopa; zajmovima; programima jamstava i fiskalnim mjerama. Ne smatraju se transparentnima potpore sadržane u ubrizgavanju svježeg kapitala te potpore sadržane u mjerama rizičnog kapitala, osim potpora koje ispunjavaju uvjete iz čl. 29. Opće uredbe (čl. 5. Opće Uredbe).

35 Toč. 20 Preambule Opće uredbe.

primjenjivoga praga prema Uredbi, ako rezultat takvog zbrajanja ne bi bio intenzitet potpore koji prelazi 100% relevantnih troškova u svakom razdoblju u kojem su bili zaposleni predmetni radnici.³⁶

Transparentnost i monitoring. Od država članica zahtijeva se transparentnost i nadzor u vezi s korištenjem potpora. Kako bi Komisija bila u mogućnosti dobiti od država članica sve potrebne informacije u vezi s mjerama koje su provele prema Općoj uredbi, obveza je države članice dostaviti Komisiji u roku od 20 radnih dana sažete informacije u vezi s primjenom mjera potpore, u elektroničkom obliku, kroz uspostavljeni sustav Komisije, u obliku utvrđenom u Prilogu III Opće uredbe.³⁷ Također, država članica dužna je objaviti na internetu cjeloviti tekst mjere potpore,³⁸ nakon stupanja na snagu programa potpora ili dodjele jednokratne potpore.³⁹

Komisija redovito provodi **nadzor** nad dodijeljenim mjerama potpore o kojima je obaviještena. Obvezna je voditi detaljne bilješke o svakom programu potpore, ili pojedinačnoj potpori, iz kojih se može utvrditi jesu li ispunjeni uvjeti za ostvarivanje potpore, uključujući one o statusu poduzetnika čije pravo na potporu ili bonus ovisi o njegovom statusu kao malog ili srednjeg poduzetnika, o učinku potpore te informacije kojima se može precizno odrediti iznos opravdanih troškova.⁴⁰ Država članica obvezna je Komisiji dati informacije koje Komisija smatra nužnim za nadzor primjene Opće uredbe, ako Komisija to zatraži pisanim zahtjevom.⁴¹ Jedna od obveza država članica jest sastavljanje godišnjeg izvješća u

36 Čl. 7. st. 1.-4. Opće uredbe. U st. 5. istog članka sadržano je pravilo o zbrajanju mjera potpora s opravdanim troškovima koje je moguće utvrditi i mjera potpora s opravdanim troškovima koje nije moguće utvrditi.

37 Čl. 9. st. 1. Opće uredbe. Obveza je Komisije da bez odlaganja potvrdi primitak sažetka te ga objavi u Službenom listu EU i na internetskoj stranici Komisije.

38 Ako je riječ o programu potpora, u tekstu koji se objavljuje moraju se navesti uvjeti utvrđeni nacionalnim pravom koji osiguravaju poštivanje relevantnih odredbi Opće uredbe. Tekst mora biti dostupan u razdoblju dok je na snazi odnosna mjera potpore. Cjeloviti tekst povezuje se sa sažetkom koji država članica mora dostaviti Komisiji na način da sažetak sadrži internetsku adresu koja neposredno vodi do ovog teksta (čl. 9. st. 2. Opće uredbe). Akt o dodjeli pojedinačnih potpora mora izričito upućivati na određene odredbe Poglavlja II. Opće uredbe na koje se akt odnosi, nacionalno pravo kojim se osigurava poštivanje relevantnih odredbi Uredbe te internetsku adresu koja izravno vodi do cjelovitog teksta mjere potpore (čl. 9 st. 3). Obvezna publikacija na internetu, nepoznata u ranijem zakonodavstvu, omogućava Komisiji i konkurentima pristup tekstu mjere, što ojačava mogućnost kontrole potpore. Berghofer, M., op. cit., str. 323.

39 Čl. 9. st. 3. Opće uredbe. Nezavisno o navedenim obvezama, kada se pojedinačna regionalna potpora za ulaganje dodjeljuje na temelju postojećeg programa potpora za velike projekte ulaganja, a nije je moguće pojedinačno prijaviti prema čl. 6. Uredbe, države članice trebaju dostaviti Komisiji traženi sažetak informacija kroz spomenuti računalni sustav, u roku od 20 radnih dana od dana kada je potpora dodijeljena. Isto vrijedi i za pojedinačne potpore koje prelaze 3 milijuna eura, a dodjeljuju se prema programima potpora za projekte istraživanja i razvoja (čl. 9. st. 4. Opće uredbe).

40 Rok za čuvanje bilješki iznosi 10 godina od datuma dodjeljivanja potpore, odnosno od datuma kada je dodijeljena posljednja pojedinačna potpora prema programu potpore.

41 U slučaju da država članica ne pruži tražene informacije u propisanom ili općeprihvaćenom razdoblju, ili pruži nepotpune informacije, Komisija požuruje državu članicu te joj određuje

elektroničkom obliku o primjeni Uredbe za cijelu ili dio kalendarske godine u kojoj se Uredba primjenjuje.⁴²

Obveze transparentnosti i nadzora formalne su pretpostavke valjanosti potpore, koje omogućavaju pojašnjenje pravne osnove za izuzeće te time i kontrolu pravilne primjene Opće uredbe.⁴³

4.2.2. *Potpore za radnike u nepovoljnom položaju i radnike s invaliditetom („socijalne potpore“)*

Pod skupnim nazivom *Potpore za radnike u nepovoljnom položaju i radnike s invaliditetom* u Općoj uredbi uređene su tri vrste potpora: 1. programi potpora (*aid schemes*) za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju u obliku subvencija za plaće; 2. potpore za zapošljavanje radnika s invaliditetom u obliku subvencija za plaće te 3. potpore za naknadu dodatnih troškova zapošljavanja radnika s invaliditetom.

4.2.2.1. *Pojmovna određenja*

Za potrebe Opće uredbe *radnik u nepovoljnom položaju* znači osobu koja zadovoljava jedan od sljedećih kriterija: nije bila zaposlena s redovitom plaćom u prethodnih 6 mjeseci; nije stekla više srednje obrazovanje ili višu srednju stručnu spremu (ISCED 3)⁴⁴; starija je od 50 godina; živi kao odrasli samac s jednom ili više uzdržavanih osoba; (žena koja) radi u sektoru ili struci u državi članici u kojoj je neravnoteža između spolova barem 25% viša od prosječne neravnoteže između spolova u svim gospodarskim sektorima u toj državi članici, a pripada tome premalo zastupljenom spolu; pripada etničkoj manjini u državi članici, kojoj je potreban razvoj lingvističkog profila, stručnog usavršavanja ili radnog iskustva zbog poboljšanja izgleda za pristup stalnom zaposlenju.⁴⁵ U usporedbi s Uredbom br. 2204/2002 te Uredbom br. 68/2001 definicija „radnika u nepovoljnom položaju“ značajno je pojednostavljena. Općom uredbom utvrđena je nova skupina, *radnik*

novi rok. Ukoliko država članica ni tada ne da tražene informacije, Komisija može, prethodno omogućivši državi članici iznošenje mišljenja, donijeti odluku da sve ili dio budućih mjera potpore uređenih Općom uredbom država članica mora prijaviti u skladu s čl. 108. st. 3. UFEU (ex čl. 88. st. 3.).

42 Čl. 11. Opće uredbe.

43 Budući da Uredba ne sadrži eksplicitan odgovor o posljedicama kršenja ovih obveza, postavlja se pitanje kakve su posljedice ako potpora zadovoljava sve supstancijalne pretpostavke propisane Uredbom. Iako se odredbe, koje uređuju ove obveze smatraju strogima, što navodi na zaključak o nevaljanosti potpore *ipso facto* u slučaju njihova kršenja (Deiberova/Nyssens, op. cit., str. 33), u literaturi se može naći i blaže stajalište o mogućnosti „popravljanja“ takvih kršenja, ili o kršenju kao irelevantnom, jer ne postoji, naime, zabrinutost da bi kršenje moglo utjecati na tržišno natjecanje. Berghofer, M., op. cit., str. 329.

44 *ISCED* je kratica od *International Standard Classification of Education*. Riječ je o kategorizaciji obrazovnih i profesionalnih kvalifikacija koju je izradio UNESCO. *ISCED 3* odnosi se na kvalifikacije dobivene nakon završetka obveznoga srednjoškolskog obrazovanja.

45 Čl. 2. toč. 18. Opće uredbe.

u izrazito nepovoljnom položaju, kao svaka osoba koja je nezaposlena barem 24 mjeseca.⁴⁶ Radnik s invaliditetom jest svaka osoba kojoj je invaliditet priznat prema nacionalnom pravu ili koja ima priznato ograničenje koje je rezultat fizičkog, duševnog ili psihološkog oštećenja. Zaštićenim radnim mjestima smatraju se radna mjesta u poduzetništvu u kojem radi barem 50% radnika s invaliditetom.

4.2.2.2. *Potpore u obliku subvencija za plaće za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju i radnika s invaliditetom*

Uvjeti za dodjeljivanje potpora odnose se na intenzitet potpore i opravdane troškove. Maksimalni *intenzitet potpore* ne smije prijeći 50% opravdanih troškova za radnike u nepovoljnom položaju, odnosno 75% za radnike s invaliditetom.⁴⁷ *Opravdani troškovi* predstavljaju troškove za plaće za dotične radnike: za radnike u nepovoljnom položaju to su troškovi plaća u razdoblju od najviše 12 mjeseci nakon zapošljavanja; za radnike u izrazito nepovoljnom položaju, u razdoblju od najviše 24 mjeseca nakon zapošljavanja; a za zapošljavanje radnika s invaliditetom troškovi plaća u razdoblju tijekom kojeg je takav radnik zaposlen. U slučaju kada je razdoblje zaposlenja kraće od 12, odnosno 24 mjeseca, potpore se smanjuju *pro rata*.

Poseban uvjet za davanje potpore jest da takvo zapošljavanje mora predstavljati *neto povećanje broja radnih mjesta* kod tog poduzetnika u odnosu na prosjek u posljednjih 12 mjeseci. Ako zapošljavanjem nije došlo do neto povećanja broja radnih mjesta, razlika u ispraznjenim radnim mjestima mora biti rezultat dobrovoljnoga prekida zaposlenja, nesposobnosti za rad, umirovljenja radnika zbog godina života, dobrovoljnog skraćivanja radnog vremena ili zakonskog otkaza zbog povrede radne obveze, a ne rezultat viška radnika.

Radnici u nepovoljnom položaju i radnici s invaliditetom koji su zaposleni na temelju ove vrste državne potpore imaju pravo na *neprekidno zaposlenje u minimalnom razdoblju*, koje je propisano nacionalnim zakonodavstvom ili kolektivnim ugovorom, kojim je uređen pojedinačni ugovor o radu.

4.2.2.3. *Potpore za naknadu dodatnih troškova zapošljavanja radnika s invaliditetom*

Uz potpore za osnovne troškove zapošljavanja radnika s invaliditetom, sa zajedničkim tržištem smatraju se usklađene i potpore za naknadu dodatnih troškova za zapošljavanje radnika s invaliditetom.⁴⁸ Dodatnim troškovima smatraju se troškovi: prilagodbe poslovnih prostora, zapošljavanja osoblja za vrijeme koje je utrošeno samo za pomoć radnicima s invaliditetom te troškovi za prilagodbu ili nabavu opreme koju će oni koristiti.⁴⁹ Intenzitet potpore može iznositi najviše 100%

46 Čl. 2. toč. 19. Opće uredbe.

47 Za radnike s invaliditetom to predstavlja povećanje u odnosu na iznos od 60% propisan ranije važećom Uredbom 2204/2002.

48 Čl. 42. Opće uredbe.

49 Ovi posljednji uključuju i troškove nabave i provjere računalnih programa koje koriste radnici

opravdanih troškova, tj. troškova koji ne predstavljaju plaću, a nastali su zbog same činjenice da je riječ o radniku s invaliditetom.⁵⁰

U slučaju, tzv., zaštićenog zaposlenja (*sheltered employment*; „zaštićeno radno mjesto“) koje se definira kao zapošljavanje u poduzetniku u kojem radi bar 50% radnika s invaliditetom,⁵¹ potpora može dodatno uključivati troškove izgradnje ili širenja predmetnoga poduzetnika i ugradnje opreme, kao i sve troškove administracije i transporta koji nastaju kao izravna posljedica zapošljavanja radnika invalida.

4.2.2.4. Neka pitanja vezana uz zaštićeno zapošljavanje

U vezi sa *zaštićenim zapošljavanjem* postavilo se pitanje položaja organizacija koje djeluju na europskom sektoru socijalne ekonomije,⁵² kao sastavnom dijelu Europskog socijalnog modela,⁵³ čije usluge ulaze u kategoriju *socijalnih usluga u općem interesu (social services in general interest)*. Poduzetnici koji pružaju socijalne usluge podvrgnuti su nadzoru državnih potpora ako se bave ekonomskom aktivnošću (čl. 106(2) UFEU (ex čl. 86(2) UEZ). Ipak, ista odredba dopušta izuzeće od primjene pravila Ugovora, ako su ispunjeni određeni kriteriji: država mora aktom povjeravanja (*act of entrustment*) prenijeti na poduzetnika odgovornost za izvršavanje određenih zadataka; povjeravanje se mora odnositi na uslugu koja je od općeg ekonomskog interesa; izuzeće mora biti neophodno za izvršavanje dodijeljenih

s invaliditetom, uključujući prilagođenu ili pomoćnu tehnološku opremu.

50 SHERR, I., op. cit., str. 205.

51 Čl. 2. toč. 21. Opće uredbe.

52 Proširenje EU-a dovelo je do novog povezivanja, stvaranja platforme socijalne ekonomije nazvane „Socijalna ekonomija Europa“ (*Social economy Europe*). *Socijalna ekonomija* uključuje suradnju, zajednička društva, udruženja i fondacije, kao i nove oblike poslovanja koji dijele iste vrijednosti definirane u *Povelji načela socijalne ekonomije Europe*. Poduzetnici i organizacije uključene u *Socijalnu ekonomiju* predstavljaju ekonomske i društvene sudionike iz svih društvenih sektora, osnovane radi zadovoljavanja potreba građana, te povezane istom svrhom: različitim načinima obavljanja zadaća koje kontinuirano spajaju opći interes, ekonomsku provedbu i demokratsko djelovanje. Djeluju posebice u području socijalne sigurnosti, socijalne i zdravstvene službe, obrazovanja, usavršavanja i istraživanja, socijalnog turizma, energije, službi za potrošače, industrijske i poljoprivredne proizvodnje, obrta, građevinarstva, okoliša stanovanja i zajedničkog stanovanja, udruženog rada, kao i kulture, sporta i aktivnosti slobodnog vremena.

<http://www.socialeconomy.eu.org/spip.php?rubrique10&lang=en>, 29.11.2010

„Socijalna ekonomija“ uključuje više od 10% europskih poduzetnika koji nude stabilna radna mjesta za više od 11 milijuna radnika, čime postaje važan čimbenik postizanja ciljeva *Strategije Europa 2020.*, među ostalim i u profesionalnom osposobljavanju i inkluziji osjetljivih skupina radnika.

http://www.socialeconomy.eu.org/IMG/pdf/20101012_conclusions_presidence_EN.pdf, 29.11.2010

53 Bodiropa Vukobrat, Nada, Horak, Hana, *European Social Model, Labour Standards and EU Internal Market Law: Friends or Enemies*, u: *Zbornik s međunarodne Jean Monnet Konferencije „Internal Market for Services“*, (ur. Rajko Knez), Maribor, 2009., Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru, str. 139.-148.

zadataka i razmjerno tom cilju (zahtjev neophodnosti) i to ne smije utjecati na razvoj trgovine u mjeri koja bi bila suprotna interesima Zajednice.⁵⁴

Financijske naknade dane za obavljanje usluge u općem interesu smatraju se kompatibilnim pravilima o tržišnom natjecanju ako ispunjavaju četiri uvjeta utvrđena odlukom Europskog suda u slučaju *Altmark*,⁵⁵ koja se smatra pionirskom odlukom u vezi s financiranjem javnih usluga.⁵⁶ Uvjeti su sljedeći: poduzetnik primatelj ima obveze obavljanja javne službe koje moraju biti jasno definirane; parametri za računanje naknade moraju biti utvrđeni ranije na objektivan i transparentan način; naknada ne smije prijeći iznos neophodan za pokriće cjelokupnih ili dijela troškova nastalih u obavljanju obveza javne službe, uzimajući u obzir relevantne primitke i razuman profit; kada poduzetnik, koji mora izvršiti obveze javne službe, u pojedinom slučaju, nije izabran u postupku javne nabave koji bi omogućio selekciju ponuđača sposobnih za izvršavanje ovih službi uz najmanje troškove za zajednicu, razina potrebne naknade mora se odrediti analizom troškova koji bi nastali za tipičnog poduzetnika, koji dobro posluje i adekvatno je ekipiran. Ako ovi uvjeti nisu ispunjeni, naknade predstavljaju državne potpore.

Ipak, državne potpore u obliku naknada za javne usluge poduzetnicima kojima je povjereno obavljanje *usluga od općeg ekonomskog interesa (services of general economic interest, SGEI; services d'intérêt économique général)*⁵⁷ smatraju se u skladu sa zajedničkim tržištem i izuzete su od obveze notifikacije ako su ispunjeni uvjeti iz Odluke Europske komisije od 28. studenog 2005.,⁵⁸ odnosno Okvira

54 Neka neprofitna udruga ili karitativna organizacija koja se bavi i ekonomskom aktivnošću predstavlja „poduzetnika“ samo u onom dijelu svoje aktivnosti koji je ekonomske naravi. State Aid, The New General Block Exemption Regulation, EASPD, <http://www.easpd.eu/LinkClick.aspx?fileticket=7A46506C585070615844553d&tabid=4954&language=en-US&stats=false>, 2.11.2010., str. 12, 19.

55 Case C-280/00 *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* [2003] ECR I-7747.

56 MÜLLER, Thomas, Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs, *ESIAL*, 2009., br. 1, str. 39.

57 To su usluge gospodarske naravi koje podliježu pravilima unutarnjeg tržišta i tržišnog natjecanja. Nisu definirane ugovorima, već je određenje prepušteno nacionalnim vladama. U pravilu, riječ je o gospodarskoj djelatnosti povezanoj s posebnim obvezama skrbi za opću dobrobit koja se obavlja u interesu javnosti. UMSONST, Thomas, Radionice u kontekstu politike zapošljavanja i socijalne politike u Europskoj uniji, u: *Zbornik radova 6. Međunarodnog stručnog skupa Profesionalna rehabilitacija osoba s invaliditetom – vrata za ponovni ulazak u svijet rada*, Zadar, 27. i 28. svibnja 2010. (dalje: *Zbornik Profesionalna rehabilitacija*), str. 93-94.

58 Riječ je o sljedećim kategorijama naknada: naknadi danoj poduzetnicima koji ostvaruju godišnji prihod manji od 100 milijuna eura (prije odbitka poreza) za sve aktivnosti u razdoblju od dvije financijske godine koje prethode godini u kojoj im je povjerena služba u općem ekonomskom interesu, koji dobivaju godišnju naknadu za odnosnu službu u iznosu manjem od 30 milijuna eura; naknadi za javnu službu danu bolnicama i poduzetnicima za društveno stanovanje koji obavljaju aktivnosti koje su u odnosnoj državi članici kvalificirane kao službe od općeg ekonomskog interesa; naknadi za javnu službu za zračno i pomorsko povezivanje s otocima čiji prosječni godišnji promet tijekom dvije financijske godine koje prethode onoj u kojoj im je povjerena služba u općem ekonomskom interesu nije premašio 300.000 putnika; naknadi za javnu službu za aerodrome i luke čiji prosječni godišnji promet tijekom dvije

Zajednice za državne potpore u obliku naknade za javne usluge.⁵⁹ Ovo ne utječe na primjenu strožih odredbi sadržanih u sektorskom zakonodavstvu Zajednice, koje se odnose na obveze javnih službi. Poduzetnici ove vrste mogu koristiti potpore na temelju Uredbe 1998/2006 „de minimis“ u slučaju kada je iznos naknade manji od 200.000 eura za razdoblje od tri godine. Ova uredba omogućava korištenje pomoći onim poduzetnicima čija ekonomska aktivnost ima marginalni utjecaj na tržišno natjecanje i trgovinu među državama članicama, pa se na njih ne primjenjuju pravila o državnim potporama.

4.2.3. Regionalne potpore za ulaganje i zapošljavanje

Opća uredba uređuje potpore za zapošljavanje i otvaranje radnih mjesta u slabije razvijenim područjima. Na regionalne potpore primjenjuju se i Smjernice o nacionalnoj regionalnoj potpori za 2007.-2013. (dalje: Smjernice o NRP 2007-2013).⁶⁰ Svrha regionalnih potpora⁶¹ jest unaprjeđenje razvoja slabije razvijenih regija podupiranjem početnog ulaganja te ulaganja i zapošljavanja vezanih uz početno ulaganje i novoosnovane male poduzetnike ili u izuzetnim slučajevima, davanjem potpora za troškove poslovanja (*operating aid*).⁶²

financijske godine koje prethode onoj u kojoj im je povjerena služba u općem ekonomskom interesu nije premašio 1 milijun putnika ako je riječ o aerodromu, odnosno 300.000 putnika ako je riječ o lukama (čl. 2.). Commission Decision of 28 November 2005 on the application of Article 86(2) of the EC Treaty to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest (C(2005) 2673, 2005/842/EC), OJ L312/67, P. 67-73.

- 59 Community framework for State aid in the form of public service compensation, OJ C 297/4, 29.11.2005, p. 4-7. Okvir određuje uvjete prema kojima Komisija može utvrditi kompatibilnost naknade koja nije uređena Odlukom. Primjenjuje se na potpore koje prelaze iznos od 30 milijuna eura godišnje i o kojima se mora obavijestiti Komisija. Odluka i Okvir čine, zajedno s tzv. Direktivom o transparentnosti (Commission Directive 2005/81/EC of 28 November 2005 amending Directive 80/723/EEC on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings), tzv. SGEI Paket (*SGEI Package*).
- 60 *Guidelines on National Regional Aid for 2007-2013*, OJ C 54, 4.3.2006, str. 13.-44. Smjernice pokrivaju potpore za ulaganje, potpore za novostvorene poduzetnike i operativnu potporu poduzetnicima u regijama prikladnima za regionalnu potporu. Ne primjenjuju se na primarnu proizvodnju poljoprivrednih proizvoda navedenih u Aneksu I. Ugovora, a u načelu se primjenjuje na preradu i prodaju poljoprivrednih proizvoda. Ne primjenjuju se na sektor ribolova i industriju ugljena. Posebna pravila primjenjuju se na prijevoz i brodogradnju te velike investicijske projekte; ne primjenjuju se na industriju čelika i sintetičkih vlakana (toč. 8).
- 61 O regionalnim potporama vidi opširnije u: WISHLADE, Fiona, *Regional aid*, u: *European Community Law of State Aid*, op. cit., str. 409-439; MEROLA, Massimo, *Regional Aid: Recent Trends and Some Historical Background – with special Focus on large Investment Projects*, *European State Aid Law Quarterly* (dalje: *EStAL*), Vol 8 (3), 2010., str. 589.-616.
- 62 Potpore se dodjeljuju za tzv. regije prihvatljive za regionalne potpore (*eligible regions*). Oblici regionalnih potpora za ulaganje mogu biti različiti, a potpora mora imati stvarni poticajni učinak na poduzimanje ulaganja. Smjernica o NRP, toč. 37-38.

Jedan od uvjeta⁶³ za dobivanje regionalne potpore za ulaganje i zapošljavanje jest da je *radno mjesto izravno otvoreno investicijskim projektom*.⁶⁴ To su radna mjesta koja su u vezi s djelatnošću na koju se odnosi ulaganje i ako su otvorena unutar razdoblja od tri godine od završetka ulaganja, uključujući i radna mjesta otvorena zbog povećanja stope iskoristivosti kapaciteta stvorenih ulaganjem.⁶⁵ Kako bi se osigurao stvaran i održiv doprinos ulaganja regionalnom razvoju, dodatan je uvjet da radna mjesta moraju biti popunjena unutar razdoblja od tri godine od završetka posla. Svako ulaganjem otvoreno radno mjesto mora se zadržati u odnosnoj regiji u razdoblju od pet godina (tri godine za MSP) od datuma kada je radno mjesto popunjeno.⁶⁶

Opravnani troškovi za početna ulaganja izračunavaju se kao postotak vrijednosti ulaganja ili kao postotak troškova plaće za radna mjesta povezana s početnim ulaganjem. Pod *troškovima plaća* podrazumijeva se ukupan iznos koji korisnik potpore stvarno isplaćuje u vezi s odnosnim radnim mjestom, uključujući bruto plaću, prije odbitka poreza, kao i obvezne doprinose, kao što su doprinosi za socijalno osiguranje, te troškove dječje skrbi i skrbi za roditelje.⁶⁷ Otvoreno radno mjesto (*job creation*) predstavlja neto povećanje broja posloprimaca koji su izravno zaposleni u pojedinom poduzeću, u usporedbi s prosjekom u prethodnih 12 mjeseci. Zbog toga se svako radno mjesto koje je izgubljeno u tom razdoblju mora oduzeti od odgovarajućeg broja radnih mjesta otvorenih u istome razdoblju. Ovo vrijedi i za postojeće i za novoosnovano poduzeće. Broj posloprimaca znači broj godišnjih jedinica rada (AWU),⁶⁸ tj. broj osoba zaposlenih s punim radnim vremenom u jednoj godini, s nepunim radnim vremenom i u sezonskom radu, kao dijelovima godišnjih jedinica rada.⁶⁹ Iznos potpore ne smije prijeći određeni postotak troškova plaće zaposlenih osoba, izračunat za razdoblje od dvije godine. Ovaj postotak isti je

63 Pravo na regionalne potpore mogu ostvariti korisnici: u regijama prihvatljivima za regionalne potpore; ako je riječ o ulaganju u imovinu (materijalnu ili nematerijalnu; procijenjenim troškovima plaća za zaposlenu osobu); ulaganje se mora zadržati u regiji koja prima potporu tijekom najmanje pet godina (tri godine u slučaju MSP); korisnik mora sudjelovati s financijskim doprinosom od najmanje 25 % opravdanih troškova (iz vlastitih izvora ili vanjskim financiranjem, u obliku koji je oslobođen bilo kakve javne pomoći). Čl. 13. st. 2., 6., 8. Opće uredbe; toč. 34, 36, 39 Smjernice o NRP 2007-2013.

64 Čl. 13. st. 8., Opće uredbe

65 Čl. 2. toč. 14. Opće uredbe i toč. 36, bilj. 38 Smjernice o NRP 2007-2013.

66 Toč. 40 Smjernice o NRP 2007-2013.

67 Čl. 2., toč. 15 Opće uredbe, usp. toč. 57, bilj. 51 Smjernice o NRP 2007-2013.

68 Godišnja jedinica rada (*annual work(ing) unit*) predstavlja jedinicu kojom se mjeri količina ljudskog rada u poljoprivredi, a jednaka je radu jedne osobe, s punim radnim vremenom u godini dana. Puno radno vrijeme znači minimalan broj sati rada na temelju ugovora o radu propisan nacionalnim zakonodavstvom. Ako to nije učinjeno nacionalnim zakonodavstvom, minimalnim godišnjim radnim vremenom smatra se vrijeme od 1800 sati, odnosno 225 radnih dana po 8 sati. <[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Glossary:Annual_work_unit_\(AWU\)](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Glossary:Annual_work_unit_(AWU)), 20.10.2010>

69 Toč. 58 bilj. 52 Smjernice o NRP 2007-2013 (određenje je preuzeto iz čl. 2. Uredbe br. 2204/2002, op. cit.).

intenzitetu potpore koji je dopušten za potpore za ulaganje u odnosnom području.⁷⁰

Kod potpora za novoosnovane male poduzetnike opravdanim troškovima smatraju se troškovi neposredno vezani uz osnivanje malog poduzetnika, kao i drugi troškovi stvarno nastali u razdoblju od pet godina od osnivanja poduzetnika, u koje ulaze i troškovi plaća.

4.2.4. Potpore za male i srednje poduzetnike koje se odnose na ulaganje i zapošljavanje

Opća uredba sadrži posebna pravila za pomoć malim i srednjim poduzetnicima.⁷¹ Ova poduzeća čine stup europske ekonomije.⁷² O njima se može govoriti kao o kreatorima radnih mjesta, jer zapošljavaju više od 100 milijuna posloprimaca, koji ostaju vezani za svoju lokalnu i regionalnu zajednicu, čime ova poduzeća postaju garancija socijalne kohezije i stabilnosti.⁷³ Uredbom su definirani pojmovi malih i srednjih poduzetnika,⁷⁴ te uređeni uvjeti pod kojima ostvaruju pravo

70 Toč. 59 Smjernice o NRP 2007-2013.

71 Opća uredba sadrži posebna pravila za mala i srednja poduzeća za potpore rizičnog kapitala, za istraživanje, razvoj i inovacije, regionalne potpore i potpore za zaštitu okoliša. Mala i srednja poduzeća prihvatljiva su za sve kategorije potpora u skladu s pravilima EU-a o državnim potporama, a u odnosu na potpore za velika poduzeća jamči im se veći intenzitet potpora.

72 To pokazuju statistički podaci: u Europskoj uniji ima ih više od 23 milijuna, što čini 99% ukupnog broja europskih poduzeća. Mala i srednja poduzeća proizvode 60% europskog BDP-a što im daje važnu ulogu u ekonomskom razvoju Europe. Handbook on Community State Aid Rules for SMEs (Including Temporary State Aid Measures to Support Access to Finance in the Current Financial and Economic Crisis, European Commission, 25.02.2009, str. 3 http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/sme_handbook.pdf, 16.11.2010. Europska komisija donijela je 2008. godine Akt za Europu o malim poduzećima (Small Business Act for Europe (SBA)), u kojem se odražava politička volja Komisije da prizna malim i srednjim poduzećima središnju ulogu u europskoj ekonomiji i prvi puta stvori opsežan politički okvir za EU i njezine države članice. Brussels, 25.6.2008, COM(2008) 394 final, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "Think Small First", A "Small Business Act" for Europe, {SEC(2008) 2101}, {SEC(2008) 2102}, <<http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/>; 16.11.2010>.

73 Prijedlog Europskog ekonomskog plana oporavka, koji je 2008. godine donijela Europska komisija, naglašava potrebu da se u uvjetima ekonomskog usporavanja i financijske krize, malim i srednjim poduzetnicima u EU pomogne u dobivanju financijskih sredstava, jer je pristup financijama jedan od najvećih problema s kojima se ona suočavaju. Commission of the European Communities, Brussels, 26.11.2008, COM(2008) 800 final, Communication from the Commission to the European Council, A European Economic Recovery Plan, <http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication13504_en.pdf; 16.11.2010>.

74 Srednji poduzetnik je poduzetnik koji ima manje od 250 posloprimaca, ima godišnji promet ne viši 50 milijuna eura i/ili godišnju bilancu koja ne prelazi 43 milijuna eura. Mali poduzetnik jest poduzetnik koji zapošljava manje od 50 posloprimaca te ima godišnji promet i/ili bilancu koja ne prelazi 10 milijuna eura. Mikro poduzetnik je poduzetnik koji ima manje od 10 zaposlenih, a godišnji promet i/ili godišnja bilanca ne prelazi 2 milijuna eura (čl. 1.-2., Prilog I. Opće uredbe). Kriteriji se primjenjuju na trgovačko društvo u cjelini, što znači da su uključene i podružnice u drugim državama članicama i izvan EU.

na državne potpore (čl. 15 st. 2.-4. Opće uredbe, koji se odnose na određenje iznosa i intenziteta potpore).⁷⁵ Opravdanim troškovima smatraju se troškovi ulaganja u materijalnu i nematerijalnu imovinu ili procijenjeni troškovi plaća za radna mjesta izravno otvorena projektom ulaganja, izračunati za razdoblje od dvije godine.

4.2.5. Osnovna poboljšanja u području zapošljavanja donijeta Općom uredbom

U odnosu na Uredbu br. 2204/2002, Općom uredbom bitno su ojačane mogućnosti za potpore u korist radnika s invaliditetom: intenzitet potpora povećan je s 60% na 75%, a granica za obavještavanje Komisije udvostručena je s 5 milijuna eura godišnje na 10 milijuna eura godišnje; troškovi plaća za radnike u izrazito nepovoljnom položaju povećani su na razdoblje od dvije godine (ranije godinu dana). Najznačajnijom promjenom ocjenjuje se uklanjanje preklapanja između potpora za zapošljavanje⁷⁶ i drugih vrsta potpora, pretežno regionalnih potpora za investicije i zapošljavanje i potpora za ulaganja i za zapošljavanje u SMP, do kojih je dolazilo u praksi.⁷⁷ U odnosu na ranija rješenja jedna od najvažnijih promjena jest davanje prostora poticanju zapošljavanja kao metodi koja radnike s invalidnošću vodi na otvoreno tržište rada ili u zaštićenu radionicu. U praksi se ocjenjuje da je jedno od glavnih postignuća to što Europska komisija službeno priznaje da mogući dodatni troškovi uzrokovani zapošljavanjem osobe s invalidnošću ne narušavaju redovite tržišne mehanizme.⁷⁸

4.3. Potpore koje podliježu obvezi obavještavanja Komisije

Potpore za zapošljavanje, koje ne ulaze u doseg Opće uredbe, jer prelaze iznose utvrđene tom Uredbom,⁷⁹ mogu se podnijeti Komisiji radi odobrenja u skladu s čl. 107(2) i (3) UFEU (*ex* 87(2) i (3) UEZ).⁸⁰

75 Intenzitet potpore ne smije prijeći 20% opravdanih troškova ako je riječ o malim poduzetnicima te 10% opravdanih troškova u slučaju srednjih poduzetnika. Veći intenzitet potpora predviđen je za ulaganja koja se odnose na preradu i stavljanje u promet poljoprivrednih proizvoda: od 40% do 75% opravdanih ulaganja ovisno o obilježjima regije (čl. 15. st. 4.). Pojedinačne potpore koje premašuju iznos od 7,5 milijuna eura po poduzetniku nisu oslobođene od obveze obavještavanja Europske komisije.

76 Uređena odredbom čl. 4. Uredbe br. 2204/2002, koja nije unesena u GBER.

77 State Aid (EASPD), op. cit., str. 5.

78 Luk Zelderloo, *The new General Block Exemption Regulation: implications for Social Service Providers*, u: *State aid (EASPD)*, op. cit., str. 21.

79 Čl. 6. (1) (h) i (i) Opće uredbe (Pragovi pojedinačne prijave), vidi *supra* pogl. 4.2.1.3.

80 O navedenoj obvezi obavještavanja Komisije svoje je stajalište izrekao Europski sud, vidi Odluku C-199/06 *CELF and Ministre de la Culture et de la Communication* [2008] ECR I-469, para. 33.; kao i da Komisija mora imati razumni rok za proučavanje navedenih mjera, kao i da može pokrenuti postupak sukladno bivšem čl. 88(3) UEZ, vidi Odluke: C-301/87 *France v. Commission* („*Boussac Saint Freres*“), [1990] ECR I-307, para. 17, i predmet C-199/06 *CELF and Ministre de la Culture et de la Communication*, cit., para. 36.; kao i da se država članica ne može pozivati na žurnost kao razlog ne čekanja na odluku Komisije, vidi predmet C-99/98

Komisija je 2009. godine izradila posebne *Kriterije za analizu kompatibilnosti državne potpore za zapošljavanje radnika u nepovoljnom položaju i radnika s invaliditetom koje su predmet pojedinačnog obavještanja*⁸¹ (dalje: *Kriteriji*), u kojima je utvrđena politika u vezi s odobravanjem potpora za zapošljavanje koje podliježu obvezi pojedinačnog obavještanja prema Općoj uredbi. Svrha je *Kriterija* učiniti zaključivanje Komisije transparentnim te zajamčiti predvidljivost i pravnu sigurnost.⁸² *Kriteriji* uključuju pozitivne i negativne učinke potpore. Pozitivnim učincima smatra se: postojanje svrhe koja je od općeg interesa,⁸³ potpora kao prikladan instrument politike,⁸⁴ poticajni učinak i neophodnost potpore⁸⁵ te razmjernost potpore.⁸⁶ Negativni učinci potpore očituju se u promjeni ponašanja korisnika kojom se značajno narušava natjecanje. Komisija u takvim slučajevima provodi analizu narušavanja natjecanja. Opseg narušavanja uzrokovanog određenom potporom ovisi o obilježjima potpore i odnosnom tržištu. Prema *Kriterijima*, vjerojatnost i intenzitet narušavanja utvrđuju se prema sljedećim obilježjima potpore: selektivnosti, veličini potpore, ponavljanju i trajanju potpore, učinku potpore na troškove poduzetnika. Kod ocjene tržišta Komisija će, među ostalim, uzeti u obzir strukturu tržišta,⁸⁷ obilježja sektora ili industrije⁸⁸ te situaciju na nacionalnom ili

Austria v. Commission [2001], ECR I-1101, para.73.

- 81 Communication from the Commission – Criteria for the analysis of the compatibility of State aid for the employment of disadvantaged and disabled workers subject to individual notification, op. cit.
- 82 U Priopćenju se ističe kako se *kriteriji* neće primjenjivati mehanički, već će razina procjene i vrsta informacija koje Komisija zahtijeva biti razmjerni riziku poremećaja tržišnog natjecanja, a doseg analize ovisit će o naravi slučaja. *Kriteriji*, op. cit., toč. 1, st. 4.
- 83 Uključivanje svih skupina radnika na tržište rada smatra se socijalno poželjnim. Komisija razmatra, između ostalog, sljedeće elemente: broj i skupine radnika na koje se mjera odnosi; stope zapošljavanja takvih radnika na nacionalnoj i/ili regionalnoj razini i u odnosnom poduzetniku (poduzetnicima); stope nezaposlenosti tih skupina radnika na nacionalnoj i/ili regionalnoj razini; posebice marginalizirane podskupine unutar šire skupine radnika s invaliditetom ili radnika u nepovoljnom položaju. *Kriteriji*, op. cit., toč. 2.1., st. 5.-7.
- 84 Države članice mogu pribjeći državnim potporama određenim poduzetnicima kada one predstavljaju instrument koji ima prednosti u odnosu na druge opće mjere, primjerice na: smanjenje poreza na troškove rada i socijalne troškove, jačanje ulaganja u obrazovanje i usavršavanje, mjere usmjeravanja i savjetovanja, pomoć i usavršavanje nezaposlenih osoba i unaprjeđenje radnog prava. Komisija će posebice uzeti u obzir procjenu koju je dala država članica o učincima predložene mjere. *Kriteriji*, op. cit., toč. 2.2., st. 8.-9.
- 85 Državna potpora mora rezultirati promjenom postupanja korisnika, što posljedično dovodi do neto povećanja broja radnika s invaliditetom ili radnika u nepovoljnom položaju kod odnosnog poduzetnika. *Kriteriji*, op. cit., toč. 2.3., st. 10.-12.
- 86 Država članica mora: pokazati da je potpora neophodna i da se, radi postizanja svrhe potpore, iznos potpore drži na minimumu; dokazati da iznos potpore ne prelazi neto dodatne troškove zapošljavanja skupina radnika na koje se mjera odnosi u usporedbi s troškovima radnika koji nisu u nepovoljnom položaju, ili s invaliditetom. *Kriteriji*, op. cit., toč. 2.4., st. 13.
- 87 Razmatra se koncentracija tržišta, veličina poduzetnika, važnost diferencijacije proizvoda i ograničenja ulaska i izlaska s tržišta.
- 88 Analizira se prekapacitiranost tržišta, rast ili slabljenje tržišta.

regionalnom tržištu rada.⁸⁹ Negativni učinci jesu učinak supstitucije⁹⁰ i zamjene⁹¹ (*substitution and displacement effect*); ulazak i izlazak s tržišta;⁹² poticaji za ulaganja⁹³ te učinci na tijekove trgovine.⁹⁴ Posljednji korak u analizi koju provodi Komisija jest odmjerenje pozitivnih i negativnih učinaka na temelju *case-by-case* analize svake pojedinačne mjere. U cilju uravnoteženja pozitivnih i negativnih učinaka, Komisija ocjenjuje pojedinačne mjere i daje opću ocjenu njihovih učinaka na proizvođače i potrošače na svakom tržištu koje je pod njihovih utjecajem. Komisija u načelu prihvaća veći stupanj narušavanja tržišnog natjecanja ako je potpora neophodna i dobro usmjerena na postizanje cilja potpore, te ograničena na neto dodatne troškove za kompenzaciju niže produktivnosti grupa radnika koji su obuhvaćeni mjerom.

Na sve slučajeve na koje se ne primjenjuju *Kriteriji* nastavljaju se primjenjivati opća načela iz čl. 107(2)⁹⁵ i (3)UFEU (*ex* čl. 87(2) i (3) UEZ). Kako se u literaturi ističe, veća je vjerojatnost da će se primjenjivati pretpostavke iz čl. 107(3) (*ex* čl. 87(3), posebice iz toč. (c), pomoć razvoju određenih gospodarskih aktivnosti ili gospodarskih područja, ako je riječ o potporama čiji je rezultat neto povećanje radnih mjesta.⁹⁶ Odredba st. (3)(a) istog članka može doći u obzir ako je potpora

89 Uzimaju se u obzir stopa nezaposlenosti i zaposlenosti, razina plaća i radno pravo.

90 Odnosi se na situacije u kojima radno mjesto dano određenoj skupini radnika zamjenjuje radna mjesta drugih skupina radnika. Potpore za plaće određenih podskupina radnika dovode do podjele radne snage na subvencionirane i nesubvencionirane radnike, te mogu potaknuti poduzetnike da nesubvencionirane radnike zamijene subvencioniranima, zbog razlika u troškovima za plaće navedenih grupa radnika. Učinak supstitucije ovisi i o elastičnosti potražnje za radnom snagom. *Kriteriji*, op. cit., toč. 3, st. 22.

91 Potpore za plaće mogu dovesti do smanjenja broja radnih mjesta u gospodarstvu općenito, u situaciji kada poduzetnik koji zapošljava subvencioniranog radnika povećava *output*, ali se smanjuje *output* poduzetnika koji ne zapošljavaju tu skupinu radnika. Time potpore istiskuju nesubvencionirano zapošljavanje. *Kriteriji*, op. cit., toč. 3, st. 23.

92 Kako su troškovi radne snage (*employment costs*) redoviti operativni troškovi svakog poduzetnika, potpore bi trebale imati pozitivne učinke na zapošljavanje, a ne omogućavati poduzetnicima smanjenje troškova proizvodnje koje bi inače imali, te im tako olakšati ulazak na tržište. Dostupnost državnih potpora može, s druge strane, utjecati na odluku poduzetnika o napuštanju nekog tržišta, tj. omogućiti mu dulji ostanak na tržištu zbog smanjenja gubitaka. *Kriteriji*, op. cit., toč. 3, st. 24.-25.

93 Potpore za plaće mogu negativno utjecati na kompetitivnost poduzetnika te smanjenje njihovih ulaganja i pokušaja povećanja učinkovitosti i inovacija (primjerice, sporije uvođenje novih tehnologija koje zahtijevaju manje ljudskog rada; sporije ulaganje u proizvodnju kompetitivnih ili komplementarnih proizvoda). Rezultat je smanjenje razina investicija u industriji općenito. *Kriteriji*, op. cit., toč. 3, st. 26.

94 Subvencije plaća u pojedinim regijama mogu rezultirati boljim proizvodnim uvjetima jedne u odnosu na drugu regiju, te premještanjem trgovačkih tijekova u korist one regije kojoj je potpora dodijeljena. *Kriteriji*, op. cit., toč. 3, st. 27.

95 U praksi će se čl. 107(2) UFEU (*ex* čl. 87(2) UEZ) primjenjivati vrlo rijetko, odnosno iznimno, najvjerojatnije za područja koja su pogodena nekom prirodnom katastrofom ili izvanrednim događajima (st. 2. toč. b). Sherr, I., op. cit., str. 206.

96 SHERR, I., op. cit., str. 208. Autor na istom mjestu navodi primjere novijih odluka u kojima je Komisija odobrila državne potpore na temelju navedene odredbe: Odluka u slučaju N 198/2005 *Fiscal aid for job creation in assisted areas* (7.12.2005), para 59 i d., koja se odnosi na potporu

za zapošljavanje usmjerena na područja u razvoju u kojima je standard života nenormalno nizak ili postoji ozbiljna podzaposlenost.⁹⁷

Pri donošenju svake pojedinačne odluke o kompatibilnosti državne potpore Komisija provodi test ravnoteže (*balancing test*), kojim se odmjeravaju pozitivni učinci mjere potpore (postizanje svrhe u općem interesu) i mogući negativni popratni učinci (narušavanje trgovine i natjecanja).⁹⁸

4.4. Državne potpore za zapošljavanje u sudskoj praksi Europskog suda

U ovome dijelu rada analizira se problematika državnih potpora u praksi država članica u svjetlu judikature Europskog suda i Prvostupanskog suda. Napominje se da se zbog dugotrajnosti postupaka pred Europskim sudom još nisu našli predmeti vezani uz provedbu Uredbe Komisije br. 800/2008. Naglašavamo da upravo praksa Europskog suda pomaže u boljem razumijevanju navedene problematike. Tako je, primjerice, Sud odbio priznati državnom potporom izmjene u zakonodavnom okviru koje su dovele do pogoršanja radnih uvjeta ili umanjenja troškova poslodavaca jer navedene mjere nisu bile financirane iz državnih izvora.⁹⁹ Kraljevina Belgija je, primjerice, sustavom povećanja olakšica za doprinose socijalnog osiguranja za samo određene sektore (tj. industrijski sektor koji je zapošljavao nisko kvalificirane radnike s niskim primanjima) učinila te mjere selektivnima, pa su time ispunile uvjet specifičnosti.¹⁰⁰ Također, Komisija je bila mišljenja¹⁰¹ da mjere koje osiguravaju smanjenje troškova zdravstvenog osiguranja za ženske osobe zapravo pogoduju industrijama u kojima pretežito rade ženske radnice (poput primjerice tekstilne industrije, industrije obuće i kože itd.). Stoga se daje zaključiti da se mjere kojima nedostaje element selektivnosti pa time ne stavljaju u povoljniji položaj određene poslodavce ili proizvodnju određene robe, ne smatraju državnim potporama. Tako mjere poput sudjelovanja javnih vlasti u profesionalnom usavršavanju osoba, financijske potpore poslodavcima koji zaposle dugotrajno nezaposlenu osobu kako bi se kompenzirao njihov očekivano smanjeni radni učinak ili otpremnine i prijevremene mirovine koje se direktno daju radnicima, ne potpadaju pod čl. 107. st. 1. UFEU jer (i pod uvjetom da) one ne uključuju nikakva sektorska ili regionalna

u obliku subvencija, zajmova i poreznih olakšica za poduzeća za povećanje zapošljavanja u potpomognutim područjima Italije; subvencije plaće stranim radnicima u Danskoj (Odluka u slučaju N 383/2007 *Danish training aid for foreign workers* (10.09.2007); potpore u obliku subvencija; zajmova; poreznih olakšica itd. poduzećima koja zapošljavaju osobe u zatvorima u Poljskoj (Odluka u slučaju N 519/2007 *Polish scheme for firms employing persons held in detention* (11.03.2008).

97 SHERR, I., op. cit., str. 206.

98 Utvrđen je u dokumentu *State Aid Action Plan*, COM(2005) 107 final, više: BACON, Kelyn, *Compatibility of aid – general principles*, u: *European Community Law of State Aid*, op. cit., str. 113-114.

99 Odluka Europskoga suda: *Joined Cases C-72/91 and C-73/91, Sloman Neptun*, [1993] ECR I-887, para. 21 et seq.

100 Odluka Europskoga suda: *Belgija v. Komisija (Maribel I)* C-75/97, ECR I-3671, para. 31.

101 Odluka Europske komisije 80/932/EEZ, *Italian sickness insurance schemes*, OJ 1980, L 264/28.

ograničenja.¹⁰²

U predmetu C-415/07 *Lodato Gennaro & C. SpA v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), SCCI*,¹⁰³ bilo je sporno kako utvrditi je li kod nekog poslodavca došlo do povećanja zapošljavanja u svjetlu smjernica o potporama za zapošljavanje¹⁰⁴ te smjernica o nacionalnim regionalnim potporama,¹⁰⁵ pogotovo imajući u vidu je li riječ o poslodavcu koji ima stalno zaposlene radnike ili zapošljava sezonske radnike. Sud je u navedenom predmetu donio odluku da se, radi utvrđivanja je li došlo do povećanja broja zaposlenih kod nekog poslodavca, smjernice o poticajima za zapošljavanje trebaju interpretirati tako da se mora usporediti prosječan broj godišnjih jedinica rada (AWU) iz godine prije zapošljavanja s onime u godini koja je uslijedila nakon zapošljavanja.

U povezanim predmetima T-239/04 *Italian Republic v. Commission* i T-323/04 *Brandt Italia SpA v. Commission*,¹⁰⁶ kojima su tužitelji pobijali Odluku Komisije 2004/800/EZ od 30.03.2004. godine u pogledu sheme kojom je Italija htjela poduzeti hitne mjere za pomoć u zapošljavanju, Komisija je utvrdila da navedene mjere predstavljaju državne potpore i da su uvedene protivno odredbama bivšeg čl. 88(3) UEZ-a. Budući da o navedenim mjerama Italija nije obavijestila Komisiju, mjere su osmišljene za pomoć velikim poslodavcima (s više od 1000 zaposlenika), što je protivno Smjernicama Zajednice (danas Unije) o državnim potporama za spas i pretvorbu društava u teškoćama, te da su navedene mjere ugrozile jedinstveno tržište. Sud je potvrdio odluku Komisije i odbio sve zahtjeve tužitelja.

Još jedna zanimljiva odluka jest ona u povezanim predmetima T-254/00 *Hotel Cipriani SpA v. Commission*, T-270/00 *Societa' italiana per il gas SpA (Italgas) v. Commission* i T-277/00 *Coopservice – Servizi di fiducia Soc.coop.rl., Comitato „Venezia vuole vivere“ v. Commission* u kojima se tražilo poništenje Odluke Komisije 200/394/EZ, od 25.11.1999., koja je određene državne potpore trgovačkim društvima iz Venecije i Chioggie, kojima su ta društva oslobođena od plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje s obrazloženjem da se tim mjerama ostvaruje očuvanje radnih mjesta, proglasio neskladnim s unutarnjim tržištem, jer se iste nisu mogle opravdati regionalnim ili kulturnim izuzećima na što su se pozivali tužitelji, a nisu se odnosile na male ili srednje poslodavce i na takve poslodavce koji se nalaze na području koje potpada pod izuzeće bivšeg čl. 87(3) UEZ-a. I u ovome je slučaju Sud zapravo potvrdio odluku Komisije.

U predmetu T-20/03 *Kahla/Thüringen Porzellan GmbH, Freistaat Thüringen (Germany) and Federal Republic of Germany v. Commission of the European*

102 PALMSTORFER, Rainer, EILMANSBERGER, Thomas, *Employment Protection and State Aid*, *European State Aid Law Quarterly*, Vol 8 (3), 2010., str. 650.

103 Odluka Europskoga suda: *Lodato Gennaro & C. SpA v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), SCCI*, C-415/07, od 02.04.2009., [2009] ECR I-02599.

104 *Guidelines on aid to employment*, OJ, 1995, C 334, p. 4.

105 *Guidelines on national regional aid*, OJ, 1998, C 74, p. 9.

106 Odluka prvostupanjskog suda: *Joined Cases T-239/04 Italian Republic v. Commission* i T-323/04 *Brandt Italia SpA v. Commission*, od 12.09.2007., [2007] ECR II-3265.

*Communities*¹⁰⁷, pred Prvostupanjским sudom EZ-a, protiv odluke Komisije kojima su određene mjere koje su poduzete, među njima i mjere za povećanje zaposlenosti, proglašene neskladne s unutarnjim tržištem. Navedene mjere predstavljale su državne potpore u smislu bivšeg čl. 87. UEZ-a prema mišljenju Komisije i Suda, jer su potjecale od državnih izvora ili se mogu pripisati državi. Olakšavajući financijsko opterećenje određenih trgovačkih društava, ista su postavljena u povoljniji gospodarski položaj te je postojala selektivnost spram trgovačkih društava kojima su određene potpore date.

U predmetu C-138/09 *Todaro Nunziatina & C. Snc. V. Assessorato del Lavoro, della Previdenza Sociale, della Frmazione Professionale e dell'Emigrazione della regione Sicila* tražilo se prethodno mišljenje Europskog suda u tumačenju Odluke Komisije SG (95) D/15975 od 11.12.1995. godine, koja se odnosila na pokrajinski zakon regije Sicilije br. 27 koji je predviđao mjere za poticanje zapošljavanja. Sud je ustvrdio da su navedene mjere u skladu s unutarnjim tržištem, samo da ne može doći do kumuliranja mjera (jedna je bila zapošljavanje radnika, a druga pretvaranje ugovora u ugovor neodređenog trajanja) kao i Odluke Komisije 2003/195/EEZ, od 16.10.2002., da plan poticanja zapošljavanja u regiji Siciliji nije u skladu s unutarnjim tržištem, jer predstavlja novu potporu za zapošljavanje, a ona se kao takva trebala obznaniti Komisiji jer je različita od mjere iz 1995. godine koju je Komisija odobrila.

S druge strane, bilo je slučajeva u kojima su države članice tražile poništenje akata Unije o pitanju državnih potpora. Naime, u predmetu *C-110/03 Kingdom of Belgium v. Commission of the European Communities supp. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*¹⁰⁸, Belgija je tražila poništenje Uredbe br. 2204/2002 iz razloga što je ista nedorečena, protivna načelu pravne sigurnosti, načelu proporcionalnosti te je postavljeno i pitanje suprotnosti Uredbe br. 994/98 s Ugovorom iz Amsterdama. Sud je sve navode Belgije odbio.

5. DRŽAVNE POTPORE ZA ZAPOŠLJAVANJE U REPUBLICI HRVATSKOJ

5.1. Pravni izvori

Povećanje i poticanje zapošljavanja uvijek je bilo jedan od glavnih ciljeva i na globalnoj i na lokalnoj razini. Međunarodna organizacija rada (dalje: MOR) kao nezaobilazan čimbenik i korektor poboljšanja životnih i radnih uvjeta uređivala je

107 Kahla/Thüringen Porzellan GmbH, Freistaat Thüringen (Germany) and Federal Republic of Germany v. Commission of the European Communities, T-20/03, of 24.09.2008, [2008] ECR II-2305.

108 Odluka Europskoga suda: *Kingdom of Belgium v. Commission of the European Communities supported by. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, od 14.04.2005., [2005] ECR I-2801.

također navedenu problematiku, te je 1964. godine donesena Konvencija br. 122 o politici zapošljavanja s ciljem povećanja zaposlenosti.¹⁰⁹

S druge strane, postizanje što veće stope zapošljavanja od iznimnog je značaja i za Republiku Hrvatsku (dalje: RH). Ustav RH proklamira RH kao socijalnu državu,¹¹⁰ što znači da je odgovorna za socijalnu situaciju svojih građana, a ponajprije siromašnih, nezaposlenih ili na drugi način socijalno isključenih.¹¹¹ U situaciji gospodarske krize koja je zadesila RH, kada je u listopadu 2010. godine pri Hrvatskom zavodu za zapošljavanje (dalje: HZZ) evidentirano 304.479 nezaposlenih osoba, s 8.612 slobodnih radnih mjesta,¹¹² nameće se logičnim zaključak da je svaki vid olakšavanja zapošljavanja iznimno bitan, pa je slijedom toga uloga državnih potpora za zapošljavanje u ovakvoj situaciji od presudnog značaja.

Kako bi se pokušali smanjiti štetni gospodarski utjecaji na zaposlenost i zapošljavanje radnika, donesen je Zakon o potpori za očuvanje radnih mjesta¹¹³ kojim je omogućeno skraćivanje punog radnog vremena i da se kao takvo odredi ono od 32 radna sata tjedno, a poslodavcu je omogućeno korištenje potpora¹¹⁴ koje se isplaćuju iz državnoga proračuna preko HZZ-a, do 31. prosinca 2010. Zakonom je određen krug ovlaštenika na potpore te se naglašava da ne mogu svi poslodavci posegnuti za navedenim potporama, već isključivo poslodavci koji nisu poslovali s gubitkom do 31. srpnja 2008.¹¹⁵ Potpore se mogu koristiti za razdoblje od najduže 3 mjeseca, a mogu se i ponovno zatražiti, no ukupno ne mogu trajati duže od 6 mjeseci.¹¹⁶

U RH pitanje svih državnih potpora, pa tako i potpora za zapošljavanje, uređeno je Zakonom o državnim potporama (dalje: ZDP)¹¹⁷. Državne potpore definirane su kao „svi stvarni i potencijalni rashodi ili umanjeni prihodi države dodijeljeni od

109 Convention no. 122 concerning Employment Policy (1964.), NN – MU br. 2/94, 11/00. Vidi opširnije u UČUR, Marinko Đ., LALETA, Sandra, *Konvencije Međunarodne organizacije rada s komentarom*, Zagreb, TIM press, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007., str. 72.

110 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 8/98 – pročišćeni tekst, 113/00, 124/00 – pročišćeni tekst, 28/01, 41/01 – pročišćeni tekst, 55/01 - ispravak, 76/10, 85/10 – pročišćeni tekst, čl. 3.

111 UČUR, Marinko Đ., *Socijalno pravo*, Zagreb, Informator, 2000., str. 42.

112 Mjesečni statistički bilten HZZ, broj 10/2010, vidi također službene stranice HZZ-a, <http://www.hzz.hr/default.aspx?id=4137>, posjećeno dana 17.11.2010. godine.

113 Zakon o potpori za očuvanje radnih mjesta, NN br. 94/09, 88/10.

114 Isto, čl. 3. st. 1.: „Poslodavac može koristiti potporu u visini razlike plaće i doprinosa na plaće radnika prije skraćivanja radnog vremena i nakon skraćivanja radnog vremena, a najviše do 20% ukupnog iznosa plaće i doprinosa iz i na plaću radnika prije skraćivanja radnog vremena“.

115 Isto, riječ je o poslodavcu koji mora kumulativno ispunjavati sljedeće uvjete: da u 2007. godini nije poslovaao s gubitkom; u drugom polugodištu 2008. godine, odnosno prethodnom polugodištu 2009. godine ima gubitak u poslovanju koji nije nastao u razdoblju do 31. srpnja 2008. godine, te koji je izradio program za očuvanje radnih mjesta skraćivanjem radnog vremena, za koji ima suglasnost (radničkog vijeća ili sindikalnog povjerenika, odnosno HZZ-a).

116 Isto, čl. 7.

117 Zakon o državnim potporama, NN br. 140/05 od 28. studenog 2005. godine.

*davatelja državne potpore*¹¹⁸ koji narušavaju ili bi mogli narušiti tržišno natjecanje davanjem prednosti na tržištu korisniku državne potpore¹¹⁹, bez obzira na oblik državne potpore, u mjeri u kojoj to može utjecati na ispunjenje međunarodno preuzetih obveza“.¹²⁰ Smatra se da nisu sukladne Zakonu one državne potpore koje, bez obzira na oblik, narušavaju ili bi mogle narušiti tržišno natjecanje davanjem prednosti na tržištu korisniku državne potpore, u mjeri u kojoj to može utjecati na ispunjenje međunarodno preuzetih obveza RH iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.^{121, 122} O nadzoru i provedbi državnih potpora brine Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija) te nalaže povrat državnih potpora koje su dane ili korištene protivno propisima.¹²³

Navedenu problematiku pozitivnopravno uređuju još i Uredba o državnim potporama,¹²⁴ Odluka o objavljivanju popisa pravila o državnim potporama¹²⁵, te što je za pitanje državnih potpora za zapošljavanje od značaja Odluka o objavljivanju pravila o državnim potporama za zapošljavanje.¹²⁶ Aktivna politika zapošljavanja jest sustav mjera i aktivnosti, koje poduzima država s ciljem sprječavanja ili ublažavanja krize na području općeg kadrovske prestrukturiranja u gospodarstvu, te s tom namjerom država sufinancira među ostalim poticanje zapošljavanja i otvaranje novih

118 Isto, čl. 2.: davatelji državnih potpora jesu: Republika Hrvatska posredstvom ovlaštenih pravnih osoba i središnjih tijela državne uprave, jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, te svaka pravna osoba koja dodjeljuje ili upravlja državnim potporama.

119 Isto, čl. 2.: korisnici državne potpore: pravne i fizičke osobe koje, obavljajući gospodarsku djelatnost, sudjeluju u prometu roba i usluga, a koriste neki od oblika državnih potpora.

120 Isto, čl. 3. st. 1.

121 Isto, čl. 4. st. 1., Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između RH i Europskih zajednica i njihovih država članica, NN – MU br. 14/01, 14/02, 1/05 i 7/05, te Protokol 2. i Protokol 6.

122 ZDP, cit., čl. 4. st. 2: *Iznimno od stavka 1. ovoga članka, a uz uvjet prethodnog odobrenja iz članka 13. ovoga Zakona, smatraju se sukladnima ovome Zakonu državne potpore za ublažavanje ili otklanjanje šteta prouzročenih prirodnim nepogodama, izvanrednim ili ratnim okolnostima.*

St. 3.: *Iznimno od stavka 1. ovoga članka, a uz uvjet prethodnog odobrenja iz članka 13. ovoga Zakona te ako ne utječu na ispunjenje međunarodno preuzetih obveza Republike Hrvatske iz članka 1. ovoga Zakona, sukladnima ovome Zakonu mogu se ocijeniti sljedeće državne potpore:* a) državne potpore koje potiču gospodarski razvoj područja s neuobičajeno niskim životnim standardom ili velikom nezaposlenosti, b) državne potpore namijenjene promicanju kulture i zaštiti baštine, c) državne potpore namijenjene provedbi značajnih međunarodnih projekata ili otklanjanju ozbiljnih poteškoća u gospodarstvu, d) državne potpore namijenjene poticanju određenih gospodarskih djelatnosti ili određenih gospodarskih područja, e) državne potpore pravnim i fizičkim osobama kojima je na temelju posebnih propisa povjereno obavljanje službe od općega gospodarskog interesa ili utvrđeno isključivo pravo obavljanja određene djelatnosti, a bez kojih bi državnih potpora bili onemogućeni u obavljanju i provedbi povjerenih im zadaća, uz uvjet da državne potpore predstavljaju isključivo naknadu za obavljanje i provedbu tih zadaća.

123 Isto, čl. 5., vidi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN br. 79/09; CEROVAC, Mladen, Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja: značajne novine, Hrvatska pravna revija, broj 10/2009, Inženjerski biro, Zagreb, str. 38.-49.

124 Uredba o državnim potporama, NN br. 50/06.

125 Odluka o objavljivanju popisa pravila o državnim potporama, NN br. 12/09.

126 Odluka o objavljivanju pravila o državnim potporama za zapošljavanje, NN br. 68/08.

radnih mjesta.¹²⁷

5.2. Nacionalni plan za poticanje zapošljavanja 2009.-2010.

U RH državne potpore za zapošljavanje dodjeljuju se na temelju Nacionalnog plana za poticanje zapošljavanja 2009.-2010.¹²⁸ (dalje: Nacionalni plan), kojim je za zapošljavanje predviđen iznos od 136.686.670 kn. Nacionalni plan predstavlja program državne potpore iz čl. 3. st. 2. ZDP-a, kojim se, bez potrebe za dodatnim provedbenim mjerama, dodjeljuju pojedinačne potpore.¹²⁹ Davatelji sredstava predviđenih Nacionalnim planom jesu Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, HZZ i Fond za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom.¹³⁰

Nacionalnim planom predviđeno je osam oblika državnih potpora za zapošljavanje i četiri za usavršavanje te provedbene mjere i ciljevi koji se njima žele ostvariti. Državne potpore za zapošljavanje uključuju sufinanciranje: zapošljavanja nezaposlenih osoba starije dobi; zapošljavanja kod drugog poslodavca zaposlenih osoba starije dobi koje se nalaze u otkaznom roku zbog poslovno uvjetovanog otkaza ili tehnološkog viška; prvog zaposlenja za nezaposlene mlade osobe bez radnog staža; zapošljavanja dugotrajno nezaposlenih osoba; zapošljavanja posebnih skupina nezaposlenih osoba iz evidencije HZZ-a te onih koji se nalaze u otkaznom roku; zapošljavanja osoba romske nacionalne manjine; zapošljavanja i održavanja zaposlenosti osoba s invaliditetom poticajima, te poticanje samozapošljavanja i održavanje zaposlenosti osoba s invaliditetom poticajima. U Tabeli 1. prikazane su provedbene mjere koje predstavljaju državne potpore.

127 VODOVNIK, Zvone, Poglavja iz delovnega in socialnega prava, Nova Gorica, Evropska Pravna fakulteta v Novi Gorici, 2009., str. 180.

128 Usvojila ga je Vlada RH na svojoj sjednici održanoj 21. svibnja 2009. godine Odlukom o prihvaćanju Nacionalnog plana za poticanje zapošljavanja za 2009. i 2010. godinu, dostupno na mrežnoj stranici Ministarstva rada i poduzetništva: http://www.mingorp.hr/UserDocsImages/uprava%20za%20rad%20i%20tržište%20rada/Nacionalni_plan_za_poticanje_zaposljavanja.doc, posjećenoj 17.11.2010.

129 Rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, od 25.05.2009., o odobravanju državnih potpora za zapošljavanje sadržanih u prijedlogu Nacionalnog provedbenog plana za zapošljavanje 2009.-2010. <http://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/DP/UIP-430-012009-02001.pdf>, 3.12.2010.

130 Sufinanciranjem zapošljavanja i obrazovanja te financiranjem obrazovanja obuhvaćene su navedene skupine nezaposlenih i zaposlenih:

- prvo zapošljavanje mladih osoba bez radnog staža do 29 godina;
- dugotrajno nezaposlene osobe do 25 godina, uz uvjet prijave u evidenciju nezaposlenih najmanje 6 mjeseci, te osobe iznad 25 godina, uz uvjet prijave u evidenciju nezaposlenih najmanje 12 mjeseci;
- nezaposlene osobe iznad 50 godina i zaposlene osobe iznad 50 godina kojima prijeto gubitak radnog mjesta zbog godina života, razine obrazovanja, nedostatka stručnih znanja i vještina i
- posebne skupine nezaposlenih koje obuhvaćaju osobe s invaliditetom, samohrane roditelje, žrtve obiteljskog nasilja, hrvatske branitelje, roditelje četvero i više malodobne djece, roditelje djece s posebnim potrebama, azilante, liječene ovisnike i druge skupine nezaposlenih kojima prijeto socijalna isključenost i trajna nezaposlenost.

Tabela 1.: Mjere predviđene Nacionalnim planom

Cilj	Provedbena mjera	Aktivnosti	Nositelj aktivnosti	Subvencija	Napomena
Povećanje razine zaposlenosti i stope participacije starijih osoba	Razmatranje i adekvatno određivanje financijskih poticaja P. za zapošljavanje i zadržavanje starijih R.	- subvencioniranje poslodavčevih mjesečnih troškova rada osobe iznad 50 god. starosti - sufinanciranje zapošljavanja kod drugog P. zaposlenih osoba starije dobi koje imaju više od 50 godina / nalaze se u otkaznom roku zbog poslovno uvjetovanog otkaza ili tehnološkog viška	HZZ	- mjesečni trošak rada osoba (osnovica)*	- zapošljavanje mladih koji nisu zaposleni unazad 6 mj. i duže čekaju na prvo zaposlenje, a ne spadaju u kategoriju osoba koje imaju zanimanja tražena na tržištu rada i brzo su zapošljive
Povećanje razine zaposlenosti i stope participacije mladih ljudi	Omogućavanje osiguranja mladim tražiteljima prvog zaposlenja prilagođene podrške uz mjere kojima se može olakšati ulazak na tržište rada	- sufinanciranje prvog zaposlenja za nezaposlene mlade osobe bez radnoga staža	HZZ	- mjesečni trošak rada osoba (osnovica)* + doprinosi na bruto plaći?	
Rješavanje problema dugotrajne nezaposlenosti	1. Analiziranje i vrjednovanje postojećih programa za dugotrajno nezaposlene i osobe izložene riziku dugotrajne nezaposlenosti, te razvijanje učinkovite strategije politike na tom području. 2. Omogućavanje učinkovitijega provođenja postojećih programa za osjetljive skupine na tržištu rada te proširenje istih, posebice s namjerom utjecaja na zapošljavanje nacionalnih manjina.	- sufinanciranje zapošljavanja dugotrajno nezaposlenih osoba - poticanje samozapošljavanja dugotrajno nezaposlenih osoba isplatom novčanog poticaja za registraciju obrta ili trgovačkog društva	HZZ	- mjesečni trošak rada osoba (osnovica)* - jednokratna isplata iznosa u visini 50% godišnjeg troška plaće osobe prema razini obrazovanja - prema osnovici* - mj. neto plaća od 1.500,00 kn (osnovica) za 24 mj.	
	3. Razvijanje i implementiranje odgovarajuće strategije politike regionalnoga razvoja s ciljem osiguranja ujednačenijeg razvoja diljem zemlje.	- sufinanciranje zapošljavanja i održavanje zaposlenosti osoba s invaliditetom poticajima - državne potpore <i>male vrijednosti</i> otočnim P. za očuvanje radnih mjesta	FPRZOI	- prosječni trošak 16.320,23 kn godišnje po korisniku - prema Uredbi (NN 77/06, 66/07)	- potpora male vrijednosti - u skladu sa Zakonom o otocima i Uredbom o uvjetima, kriterijima, visini i načinu ostvarivanja prava dodjele državnih potpora male vrijednosti otočnim poslodavcima za očuvanje radnih mjesta

Legenda: R. = radnik; P. = poslodavac; osnovica = iz Naredbe o iznosu osnovica za obračun doprinosna za obvezna osiguranja za 2009., mjesečna bruto plaća; FPRZOI = Fond za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom.

Korisnici sredstava su nezaposlene osobe, mali, srednji i veliki poduzetnici. Instrument državne potpore jesu subvencije. U skladu s načelom kumulacije potpora ukupan iznos primljenih sredstava za poticanje zapošljavanja na temelju Nacionalnog plana i ostalih potpora dodijeljenih na državnoj i lokalnoj razini za iste opravdane troškove ne smije kod pojedinog poduzetnika prijeći iznose određene u Nacionalnom planu, na temelju Naredbe o iznosima osnovica za obračun doprinosa za obvezna osiguranja za 2009. godinu.¹³¹

Kada je riječ o visini iznosa sufinanciranja, odnosno financiranja skreće se pozornost na razliku u iznosima ovisno o tome radi li se o prvom zapošljavanju mladih osoba bez radnog staža (gdje iznos potpore ovisi o tome je li riječ o osobi bez zanimanja,¹³² osobi sa zanimanjem sukladno srednjoškolskom obrazovanju¹³³ ili osobi sa zanimanjem prema visokoškolskom obrazovanju¹³⁴) ili je riječ o financiranju zapošljavanja ostalih skupina nezaposlenih osoba (gdje iznos potpore

131 Naredba o iznosima osnovica za obračun doprinosa za obvezna osiguranja za 2009. godinu, NN br. 2/09 i 97/09.

132 Za osobe bez zanimanja iznos mjesečne potpore određen je na temelju osnovice iz članka 3. Naredbe o iznosima osnovica za obračun doprinosa za obvezna osiguranja za 2010. godinu (NN 141/09) koja iznosi 2.700,60 kn (osnovica ne sadrži obvezne doprinose). Iznos potpore obuhvaća trošak bruto plaće prema navedenoj osnovici u trajanju od 12 mjeseci - uz uvjete intenziteta potpore prema veličini poslodavca (50% mali, 40% srednji i 30% veliki). Godišnji trošak bruto plaće sufinancirane osobe je 32.407,20 kn, a iznos potpore je:

za malog poslodavca	mjesečni iznos	1.350,30 x 12 mjeseci = 16.203,60 kn,
za srednjeg poslodavca	mjesečni iznos	1.080,24 x 12 mjeseci = 12.962,88 kn,
za velikog poslodavca	mjesečni iznos	810,18 x 12 mjeseci = 9.722,16 kn.

133 Za osobe zanimanja stečenih po programima srednjoškolskog obrazovanja iznos mjesečne potpore određen je na temelju osnovice iz članka 6. Naredbe o iznosima osnovica za obračun doprinosa za obvezna osiguranja za 2010. godinu (NN 141/09) koja iznosi 5.015,40 (osnovica ne sadrži obvezne doprinose). Iznos potpore obuhvaća trošak bruto plaće prema navedenoj osnovici u trajanju od 10 mjeseci - uz uvjete intenziteta potpore prema veličini poslodavca (50% mali, 40% srednji i 30% veliki). Godišnji trošak bruto plaće sufinancirane osobe je 60.184,80 kn, a iznos potpore je:

za malog poslodavca	mjesečni iznos	2.507,70 x 10 mjeseci = 25.077,00 kn,
za srednjeg poslodavca	mjesečni iznos	2.006,16 x 10 mjeseci = 20.061,60 kn,
za velikog poslodavca	mjesečni iznos	1.504,62 x 10 mjeseci = 15.046,20 kn.

134 Za osobe zanimanja stečenih po programima visokoškolskog obrazovanja iznos mjesečne potpore određen je prema iznosu prosječne bruto plaće po zaposlenom u pravnim osobama koja iznosi 7.716,00 (osnovica ne sadrži obvezne doprinose) prema objavi Državnog zavoda za statistiku (NN 135/09). Iznos potpore obuhvaća trošak bruto plaće prema navedenoj osnovici u trajanju od 8 mjeseci, uz uvjete intenziteta potpore prema veličini poslodavca (50% mali, 40% srednji i 30% veliki). Godišnji trošak bruto plaće sufinancirane osobe je 92.592,00, a iznos potpore je:

za malog poslodavca	mjesečni iznos	3.858,00 x 8 mjeseci = 30.864,00 kn,
za srednjeg poslodavca	mjesečni iznos	3.086,40 x 8 mjeseci = 24.691,20 kn,
za velikog poslodavca	mjesečni iznos	2.314,80 x 8 mjeseci = 18.518,40 kn.

opet ovisi o tome je li riječ o osobi bez zanimanja,¹³⁵ osobi sa zanimanjem sukladno srednjoškolskom obrazovanju¹³⁶ ili pak o osobi sa zanimanjem prema visokoškolskom obrazovanju¹³⁷) ili je riječ o samozapošljavanju¹³⁸. Ono što je također bitno, a veže su uz pravo na ostvarivanje potpora jest razlika među poslodavcima¹³⁹ s obzirom

135 Za osobe bez zanimanja iznos mjesečne potpore određen je na temelju osnovice iz članka 3. Naredbe o iznosima osnovica za obračun doprinosa za obvezna osiguranja za 2010. godinu (NN 141/09) koja iznosi 2.700,60 kn uvećana za doprinose na bruto plaću i iznosi 3.167,81 kn. Iznos potpore obuhvaća trošak bruto plaće prema navedenoj osnovici u trajanju od 12 mjeseci - uz uvjete intenziteta potpore prema veličini poslodavca (50% mali, 40% srednji i 30% veliki). Godišnji trošak bruto plaće sufinancirane osobe je 38.013,72 kn, a iznos potpore je:

za malog poslodavca	mjesečni iznos 1.583,90 x 12 mjeseci = 19.006,86 kn,
za srednjeg poslodavca	mjesečni iznos 1.267,12 x 12 mjeseci = 15.205,48 kn,
za velikog poslodavca	mjesečni iznos 950,34 x 12 mjeseci = 11.404,11 kn.

136 Za osobe zanimanja stečenih po programima srednjoškolskog obrazovanja iznos mjesečne potpore određen je na temelju osnovice iz članka 6. Naredbe o iznosima osnovica za obračun doprinosa za obvezna osiguranja za 2010. godinu (NN 141/09) koja iznosi 5.015,40 kn uvećana za doprinose na bruto plaću i iznosi 5.883,07 kn. Iznos potpore obuhvaća trošak bruto plaće prema navedenoj osnovici u trajanju od 10 mjeseci - uz uvjete intenziteta potpore prema veličini poslodavca (50% mali, 40% srednji i 30% veliki). Godišnji trošak bruto plaće sufinancirane osobe je 70.596,84 kn, a iznos potpore je:

za malog poslodavca	mjesečni iznos 2.941,53 x 10 mjeseci = 29.415,35 kn,
za srednjeg poslodavca	mjesečni iznos 2.353,22 x 10 mjeseci = 23.532,28 kn,
za velikog poslodavca	mjesečni iznos 1.764,92 x 10 mjeseci = 17.649,21 kn.

137 Za osobe zanimanja stečenih po programima visokoškolskog obrazovanja iznos mjesečne potpore određen je prema iznosu prosječne bruto plaće po zaposlenom u pravnim osobama koja iznosi 7.716,00, prema objavi Državnog zavoda za statistiku (NN 135/09) uvećana za doprinose na bruto plaću i iznosi 9.050,87 kn. Iznos potpore obuhvaća trošak bruto plaće prema navedenoj osnovici u trajanju od 8 mjeseci, uz uvjete intenziteta potpore prema veličini poslodavca (50% mali, 40% srednji i 30% veliki). Godišnji trošak bruto plaće sufinancirane osobe je 108.610,44 kn, a iznos potpore je:

za malog poslodavca	mjesečni iznos 4.525,43 x 8 mjeseci = 36.203,48 kn,
za srednjeg poslodavca	mjesečni iznos 3.620,34 x 8 mjeseci = 28.962,78 kn,
za velikog poslodavca	mjesečni iznos 2.715,26 x 8 mjeseci = 21.722,08 kn.

138 Iznos potpore za samozapošljavanje određen je prema intenzitetu potpore za malog poslodavca i razini obrazovanja osobe koja se samozapošljava te iznosi:

za osobe bez zanimanja	mjesečni iznos 1.583,90 x 12 mjeseci = 19.006,86 kn,
za osobe zanimanja stečenih po programima srednjoškolskog obrazovanja	mjesečni iznos 2.941,53 x 10 mjeseci = 29.415,35 kn,
za osobe zanimanja stečenih po programima visokoškolskog obrazovanja	mjesečni iznos 4.525,43 x 8 mjeseci = 36.203,48 kn.

139 Poslodavac - poduzetnik Mjerama je definiran sukladno Pravilniku o porezu na dodanu vrijednost, NN br. 149/09, čl. 27., st. 1., 2. kao: „pravna i fizička osoba koja samostalno i trajno obavlja djelatnost s namjerom ostvarivanja prihoda. Samostalnost, trajnost i namjera ostvarivanja prihoda moraju postojati istovremeno; kao i udruženje osoba.“

na njihovu veličinu: podijeljeni su u četiri kategorije¹⁴⁰, te ovisno o kategoriji kojoj pripadaju ostvaruju pravo na potpore.

Statistički podaci za razdoblje 2006.-2008. godine govore o zamjetnom povećanju udjela potpora za zapošljavanje s obzirom na BDP, kao i značajnija izdvajanja za potpore za zapošljavanje u odnosu na druge horizontalne potpore.

Tabela 2.: Horizontalne potpore u Republici Hrvatskoj za razdoblje 2006. - 2008.

Horizontalne državne potpore	2006.			2007.			2008.		
	u mln HRK	u mln EUR	udio u BDP(%)	u mln HRK	u mln EUR	udio u BDP(%)	u mln HRK	u mln EUR	udio u BDP (%)
Istraživanje i razvoj i inovacije	138,8	19,0	0,05	160,9	21,9	0,05	209,6	29,0	0,06
Zaštita okoliša i ušteda energije	23,8	3,3	0,01	20,7	2,8	0,01	37,1	5,1	0,01
Mali i srednji poduzetnici	241,2	32,9	0,08	53,4	7,3	0,02	172,3	23,9	0,05
Usavršavanje	101,2	13,8	0,04	182,7	24,9	0,06	69,3	9,6	0,02
Zapošljavanje	334,5	45,7	0,12	479,8	65,4	0,15	661,8	91,6	0,19
Kultura	90,2	12,3	0,03	58,5	8,0	0,02	41,3	5,7	0,01
UKUPNO	929,7	127,0	0,32	956,0	130,3	0,30	1.191,4	164,9	0,35

Izvor: Ministarstvo financija, ostali davatelji potpora; podaci obrađeni u AZTN-u

¹⁴⁰ **Mikro poslodavac** je onaj poslodavac koji ne prelazi dva od sljedećih uvjeta: ukupna aktiva 32.500.000,00 kuna, prihod 2.000.000,00 kuna, prosječan broj radnika tijekom poslovne godine 10. **Mali poslodavac** je onaj poslodavac koji ne prelazi dva od sljedećih uvjeta: ukupna aktiva 32.500.000,00 kuna, prihod 65.000.000,00 kuna, prosječan broj radnika tijekom poslovne godine 50. **Srednji poslodavac** je onaj poslodavac koji prelazi dva uvjeta za male poslodavce, ali ne prelazi dva od sljedećih uvjeta: ukupna aktiva 130.000.000,00 kuna, prihod 260.000.000,00 kuna, prosječan broj radnika tijekom poslovne godine 250. **Veliki poslodavac** je onaj poslodavac koji prelazi dva uvjeta navedena u srednjem poslodavcu. U velike poslodavce spadaju: banke, štedne banke, stambene štedionice, institucije za elektronički novac, društva za osiguranje, leasing društva, društva za upravljanje investicijskim fondovima, mirovinskim fondovima i mirovinska osiguravajuća društva.

Tabela 3.: Potpore za zapošljavanje za razdoblje 2006. - 2008.

Zapošljavanje	2006.		2007.		2008.	
	u mln HRK	u mln EUR	u mln HRK	u mln EUR	u mln HRK	u mln EUR
A1 subvencije	98,6	13,5	172,1	23,5	132,2	18,3
A2 porezne olakšice	235,9	32,2	307,7	41,9	529,6	73,3
UKUPNO	334,5	45,7	479,8	65,4	661,8	91,6
Udio (%) u horizontalnim ciljevima	35,98		50,19		55,55	
Udio (%) u ukupnim državnim potporama (bez poljoprivrede i ribarstva)	4,82		6,41		12,55	
Udio (%) u ukupnim državnim potporama	3,53		4,49		7,51	
Udio (%) u BDP-u	0,12		0,15		0,19	

Izvor: Ministarstvo financija, ostali davatelji potpora; podaci obrađeni u AZTN-u

U razdoblju od 25. ožujka do 30. studenoga 2008. godine HZZ zaprimio 4.874 zahtjeva za potporama, od čega su 3.892 pozitivno riješena. Potpisano je 3.869 ugovora o dodjeli potpore za zapošljavanje i obrazovanje, financiranje obrazovanja nezaposlenih osoba te sufinanciranje zapošljavanja u programima javnih radova. Najviše zahtjeva, i to 1.607, zaprimljeno je prema Mjeri 2. *Sufinanciranje zapošljavanja dugotrajno nezaposlenih osoba*, od čega su potpisana 1.233 ugovora za zapošljavanje 1.290 osoba. Slijedi Mjera 1. *Sufinanciranje zapošljavanja mladih osoba bez radnog iskustva* sa zaprimljenih 1.274 zahtjeva, od čega je potpisano 978 ugovora za zapošljavanje 1.003 osobe. Prema Mjeri 3. *Sufinanciranje zapošljavanja žena iznad 45 i muškaraca iznad 50 godina* zaprimljena su 894 zahtjeva, a potpisan je 681 ugovor za zapošljavanje 706 osoba. Iako je prema Mjeri 5. *Sufinanciranje obrazovanja za poznatog poslodavca* zaprimljeno 139 zahtjeva, obuhvaćeno je 1.105 osoba, jer se radi o organiziranom usavršavanju većega broja radnika u istog poslodavca. Mjerama je obuhvaćena 7.531 osoba iz evidencije nezaposlenih, od čega je 3.350 osoba zaposleno potporama za zapošljavanje. Od ukupno 7.531 osobe obuhvaćene mjerama u 2008. godini, bila je 3.641 žena (ili 48,3 %). Od početka provedbe mjera do 31. prosinca 2008. isplaćene su 132.797.862,56 kn.¹⁴¹

U 2009. godini zaprimljeno je 1.744 zahtjeva, od čega je 1.576 riješeno pozitivno. Potpisano je 1.569 ugovora o dodjeli potpore za zapošljavanje i obrazovanje, financiranje obrazovanja nezaposlenih osoba te sufinanciranje

¹⁴¹ Godišnjak HZZ za 2008. godinu, HZZ Birotisak d.o.o., Zagreb, 2009., str. 36.

zapošljavanja u programima javnih radova. Mjerama je ukupno obuhvaćeno 6.296 osoba iz evidencije nezaposlenih, od čega su 692 osobe zaposlene uz potporu za zapošljavanje, 644 osobe obuhvaćene su obrazovanjem za poznatog poslodavca (potpore za usavršavanje), zatim 3.025 osoba obrazovanjem prema potrebama tržišta rada i 1.935 osoba zaposleno je u programima javnih radova. Od ukupnog broja osoba obuhvaćenih mjerama u 2009. godini bilo je 2.915 žena (ili 46,3 %). Od početka provedbe mjera do 31. prosinca 2009. godine isplaćeno je 93.036.878,16 kn.¹⁴²

5.3. Zapošljavanje osoba s invaliditetom na temelju državnih potpora

Sufinanciranje zapošljavanja i održavanje zaposlenosti osoba s invaliditetom¹⁴³ ostvaruje se, prema Nacionalnom planu, davanjem poticaja. Uvjeti i način ostvarivanja prava na poticaje uređeni su Odlukom o načinu ostvarivanja poticaja pri zapošljavanju osoba s invaliditetom, koju je donio Fond za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom.¹⁴⁴ Poticaje ostvaruju poslodavac koji zapošljava osobe s invaliditetom i osoba s invaliditetom koja se samozapošljava. Predviđeni su redovni i posebni poticaji. Redovni poticaji uključuju: novčane poticaje u obliku naknade u visini uplaćenog doprinosa za osnovno zdravstveno osiguranje i doprinosa za zapošljavanje;¹⁴⁵ naknadu razlike radi smanjenog radnog učinka¹⁴⁶ te sufinanciranje troškova osobnog asistenta (pomagača u radu).¹⁴⁷

142 Godišnjak HZZ za 2009. godinu, HZZ Birotisak d.o.o., Zagreb, 2010., str. 34.

143 U cilju unaprjeđenja profesionalne rehabilitacije i zapošljavanja osoba s invaliditetom, donesena je Nacionalna strategija izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom od 2007. do 2015. godine (NN 63/07).

144 NN br. 8/08, 20/09, 96/09 i 44/10.

145 Poslodavac koji zapošljava osobu s invaliditetom ostvaruje poticaj u visini uplaćenog doprinosa za osnovno zdravstveno osiguranje i doprinosa za zapošljavanje, a osoba koja se samozapošljava u visini za nju uplaćenog doprinosa za osnovno zdravstveno osiguranje (čl. 3. Odluke).

146 Ostvaruje se bez obzira je li riječ o normiranom ili nenormiranom radnom mjestu, kada osoba trajno ne može obavljati količinski opseg posla utvrđen prema prosječnim mogućnostima zdravih radnika. Pravo ostvaruju poslodavac, kao i osoba koja se samozapošljava (čl. 8. Odluke). Osnovica za obračun naknade razlike smanjenog radnog učinka iznosi 80% mjesečne osnovice za obračun doprinosa za obvezna osiguranja utvrđena Naredbom ministra financija. Nadoknađuje se postotak plaće koji odgovara stvarno utrošenom radnom vremenu, ali najviše do 50% navedene osnovice. Poslodavac ima pravo na naknadu troškova smanjenog radnog učinka za efektivne sate koje je osoba s invaliditetom provela na radu (čl. 12. Odluke).

147 Osobni asistent je osoba koja privremeno ili trajno pomaže osobi s invaliditetom u obavljanju određenih aktivnosti koje zbog vrste stupnja invaliditeta osoba s invaliditetom ne može samostalno izvoditi. Pravo na sufinanciranje ostvaruju poslodavac i osoba koja se samozapošljava (čl. 14. Odluke). Troškovi osobnog asistenta obračunavaju se na temelju osnovice od 80% mjesečne osnovice za obračun doprinosa za obvezna osiguranja utvrđena Naredbom ministra financija. Naknada se odnosi na postotak plaće koji odgovara postotku nepostignute norme koji je obvezni sastojak posebnog ugovora, ali najviše do 50% navedene osnovice. Poslodavac ostvaruje pravo na sufinanciranje troškova osobnog asistenta za efektivne sate koje je osoba s invaliditetom provela na radu (čl. 18. Odluke).

Posebni poticaji uključuju: jednokratna materijalna davanja – obrazovanje osoba s invaliditetom, koje obuhvaća obrazovanje zaposlenih osoba s invaliditetom i obrazovanje nezaposlenih osoba s invaliditetom radi zapošljavanja;¹⁴⁸ sredstva za prilagodbu radnog mjesta – arhitektonska prilagodba;¹⁴⁹ sredstva za prilagodbu uvjeta rada – tehnička prilagodba;¹⁵⁰ kreditna sredstva po povoljnim uvjetima namijenjena kupnji strojeva, opreme, alata ili pribora potrebnog za zapošljavanje osobe s invaliditetom¹⁵¹ te sufinanciranje troškova radnog terapeuta.¹⁵²

-
- 148 Pravo ostvaruju poslodavac koji tijekom pripreme za zapošljavanje uputi nezaposlenu osobu s invaliditetom na obrazovanje i nezaposlena osoba s invaliditetom koja tijekom pripreme za samozapošljavanje kreće s obrazovanjem. Naknada pokriva 60% iznosa troškova obrazovanja. Trajanje obrazovanja ograničeno je na 6 mjeseci, te iznimno na 12 mjeseci uz prethodno odobrenje Fonda danog na temelju obrazloženog zahtjeva. Poslodavac može koristiti mjeru jedan put po jednom zaposleniku (čl. 25 Odluke). Obveza je poslodavca da u roku od 60 dana od završetka obrazovanja zaključi s osobom s invaliditetom ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Osoba koja se samozapošljava obvezna je u roku od 90 dana po završetku obrazovanja pokrenuti poslovnu aktivnost. Posljedice nepoštivanja navedenih obveza čine obvezni sadržaj posebnog ugovora, a Fond za svaki pojedinačni slučaj, na prijedlog nadležnog povjerenstva, utvrđuje instrument osiguranja kojim će se zaštititi tražbina Fonda (čl. 27. Odluke).
- 149 Pravo na naknadu troškova prilagodbe radnog mjesta ima poslodavac koji u radni odnos zaposli osobu s invaliditetom, kojoj je zbog vrste i težine invaliditeta potrebno prilagoditi radno mjesto kako bi se uklonile arhitektonske barijere, kao i osoba s invaliditetom koja se samozapošljava. Troškovi prilagodbe obračunavaju se na temelju osnovice koja iznosi 80% mjesečne osnovice za obračun doprinosa za obvezna osiguranja utvrđene Naredbom ministra financija. Oni se naknađuju u visini stvarnih troškova prilagodbe, ali najviše do 50 navedenih osnovica za jednu osobu s invaliditetom (čl. 29. Odluke). Poslodavac koji osobi s invaliditetom za koju su odobrena ova sredstva otkáže radni odnos prije isteka 24 mjeseca od dana kada su ona odobrena, obvezan je u roku od 3 mjeseca zaposliti drugu osobu s invaliditetom, ili vratiti razmjerni dio odobrenih sredstava za ono razdoblje za koje je osoba bila zaposlena kraće od 24 mjeseca, osim u slučaju kada je radni odnos prestao zbog skrivljenog ponašanja radnika, kada je radnik otkazao ugovor o radu, ili izvanrednog otkaza (čl. 32. Odluke).
- 150 Uvjeti za ostvarivanje ovog prava isti su kao kod arhitektonske prilagodbe radnog mjesta, osim što je riječ o potrebi da se za osobu s invaliditetom radno mjesto *tehnički prilagodi* (čl. 34.-38.).
- 151 Pravo ostvaruju poslodavac i osoba koja se samozapošljava koji su korisnici namjenskog kredita za kupnju strojeva i ostalih sredstava potrebnih za zapošljavanje osobe s invaliditetom. Subvencija se odnosi na kamate najviše do 70% ugovorene kamatne stope u skladu s ugovorom o kreditu sklopljenim s poslovnim bankom. Poticaj traje do otplate kredita pod uvjetom da na kupljenom stroju, opremi, alatu ili priboru radi osoba s invaliditetom, odnosno osoba s invaliditetom koja se samozapošljava, odnosno prestaje s prestankom radnog odnosa osobe s invaliditetom, odnosno prestankom obavljanja registrirane djelatnosti, ako je pravo ostvarivala samozaposlena osoba. Iznos subvencioniranih kamata razmjerni je broju osoba s invaliditetom zaposlenim na strojevima i drugim sredstvima koji su predmet kreditiranja (čl. 39.-42. Odluke).
- 152 Pravo ostvaruje poslodavac, odnosno osoba s invaliditetom koja se samozapošljava. Radni terapeut je osoba koja pomaže u savladavanju radnog procesa osobi s invaliditetom. Mjera se ostvaruje za razdoblje od najduže četiri mjeseca od dana zaključenja ugovora o radu. Osnovica za obračun troškova radnog terapeuta iznosi 80% mjesečne osnovice za obračun doprinosa. Naknada se odnosi na postotak plaće koji odgovara stvarno utrošenom radnom vremenu koji mora biti obvezni sastojak posebnog ugovora, ali najviše do 50% navedene osnovice. Poslodavac ima pravo na sufinanciranje troškova radnog terapeuta za efektivne sate koje je osoba s invaliditetom provela na radu (čl. 43.-47. Odluke).

Statistički podaci pokazuju da je temeljem Nacionalnog plana, posredovanjem HZZ-a, tijekom 2009. i 2010. godine kroz potpore sufinanciranja zapošljavanja zaposleno 36 osoba s invaliditetom,¹⁵³ a za tri osobe osigurana je potpora za samozapošljavanje.¹⁵⁴ U 2009. godini ukupno je zaprimljeno i obrađeno 2035 zahtjeva za navedene poticaje. Fond je u toj godini za sve poticaje poslodavcima isplatio 40.660.840,00 kn.¹⁵⁵

6. DRŽAVNE POTPORE ZA ZAPOŠLJAVANJE U DRŽAVAMA ČLANICAMA EU-a

U usporedbi s državama članicama EU-a, za istaknuti je da, primjerice, sve države članice EU-a, njih 27, je u 2008. godini za poticaje za zapošljavanje izdvojilo 13.650 milijardi eura, od toga 13.209 milijardi eura otpada na 15 „starijih država poznatih kao EU-15“. Najviše je od svih država na potpore za zapošljavanje izdvojila Italija i to 2.333 milijarde eura, a najmanje Estonija, samo 100.000,00 eura. Usporedbe radi Slovenija je u 2008. godini izdvojila 2.3 milijuna eura za potpore za zapošljavanje.

153 Dvadeset pet osoba zaposleno je mjerom sufinanciranja zapošljavanja posebnih skupina nezaposlenih osoba.

154 Hrvatski zavod za zapošljavanje, Izvješće o aktivnostima Hrvatskoga zavoda za zapošljavanje u području zapošljavanja osoba s invaliditetom u razdoblju od 1. siječnja do 31. listopada 2010. godine, http://www.hzz.hr/docslide/Izvjescje_Osobe_s_invaliditetom_20101126.pdf, 20.11.2010. Vidi i: Adanić, Stjepan, Strategija promicanja profesionalne rehabilitacije i zapošljavanja osoba s invaliditetom u Republici Hrvatskoj, u: Zbornik Profesionalna rehabilitacija, op. cit., str. 7-15. <http://www.osvit.hr/zbornik/zbornik2010.pdf>, 7.12.2010.

155 Za pojedine poticaje isplaćeno je: 1) 26.122.343,58 kn ili 64,24 % za povrat doprinosa za osnovno zdravstveno osiguranje i zapošljavanje osoba s invaliditetom (391 poslodavaca za 2 437 osoba s invaliditetom); 2) 875.311,74 kn ili 2,15% za prilagodbu radnih mjesta osobama s invaliditetom kod 7 poslodavaca; 3) 7.134.177,58 kn ili 17,54% za smanjeni radni učinak osoba s invaliditetom zaposlenih kod 70 poslodavaca; 4) 5.007.492,61 kn ili 12,32% za sufinanciranje osobnog asistenta osobe s invaliditetom za kojim ima potrebu 88 poslodavaca; 5) 200.225,86 kn ili 0,49% za subvencioniranje kamata na kreditna sredstva namijenjena kupnji opreme, alata i pribora potrebnog za samozapošljavanje, odnosno zapošljavanje osobe s invaliditetom koje su zatražila 53 poslodavca; 6) 135.361,20 kn ili 0,33% za obrazovanje zaposlenih i nezaposlenih osoba s invaliditetom za koje je iskazalo potrebu 9 poslodavaca. Izvješće o provedbi Nacionalne strategije izjednačavanja mogućnosti za osobe s invaliditetom od 2007. do 2015. godine u 2009. godini, http://uik.hr/images/uploads/izvjescje-nac.strategija_osi_.pdf, 7.12.2010.

Tabela 4.: Izdvajanje na potpore za zapošljavanje i broj osoba obuhvaćenih tim mjerama za 2008. godinu

Država	Ukupno u mil. EUR-a	Broj osoba obuhvaćenih potporama		
		Ukupno	Mladih od 25	Žena
Bugarska	14.8	10.568	1.506	6.870
Estonija	0.1	32	8	20
Irska	74.5	4.519	250	1791
Italija	2 333.6	612.748	100.387	276.793
Njemačka	1 889.3	187.276	26.178	72.039
Portugal	209.4	83.093	35.006	43.888
Slovenija	2.3	586	102	338

Izvor: Eurostat, Labour market policy – expenditure and participants – Data 2008, 2010 edition.

Usporedbe radi s RH, iznos od približno 20 milijuna eura koji se izdvaja za zapošljavanje sukladno Nacionalnom planu, mnogo je manji od primjerice, Irske ili Portugala, kao država približno iste veličine kao RH. Slijedom toga broj osoba obuhvaćenih navedenim potporama je manji, no s druge strane ima država EU prostora koje su u tome mnogo lošije od Hrvatske.

7. ZAKLJUČAK

Državne potpore za zapošljavanje jedan su od najznačajnijih mehanizama u borbi protiv nezaposlenosti. Važnost toga prepoznata je na globalnoj (MOR), regionalnoj (EU) i nacionalnoj razini (RH, HZZ). Bez kvalitetne mogućnosti pomaganja poslodavcima i borbe za svako radno mjesto, posebice u razdoblju ekonomske krize, nema mogućnosti učinkovite borbe protiv nezaposlenosti.

Mehanizam državnih potpora općenito, pa tako i potpora za zapošljavanje, mora biti podložan kontroli i pravilima postupka, kako ne bi došlo do zlouporaba, što se nastoji postići Općom uredbom o skupnim izuzećima br. 800/2008. Značaj Uredbe kao akta europskog prava koji je pravno obvezujući za države članice od presudnog je značaja za izbjegavanje nejednakosti u unutarnjem tržištu EU, jer ipak je Unija osnovana prvotno kao zajednica koja se temelji na ekonomskim postulatima.

Općom uredbom propisana su za područje zapošljavanja izuzeća za: 1. državne potpore (programe potpora) za radnike u nepovoljnom položaju i radnike s invaliditetom u obliku subvencija za plaće te kompenzacije dodatnih troškova koje poduzetnik ima zbog zapošljavanja osoba s invaliditetom; 2. potpore za zapošljavanje za MSP te 3. potpore za otvaranje radnih mjesta u potpomognutim područjima (regionalne potpore). Uredbom je, u odnosu na ranije važeću Uredbu br. 2204/2002 uklonjeno preklapanje između potpora za zapošljavanje i drugih vrsta potpora; povećan je intenzitet potpora; udvostručena granica za obavještanje Komisije; produljeno razdoblje računanja troškova plaća za radnike u izrazito

nepovoljnom položaju. Jedna od najvažnijih promjena jest davanje veće važnosti poticanju zapošljavanja kao metodi koja radnike s invalidnošću vodi na otvoreno tržište rada ili u zaštićene radionice

Republika Hrvatska, kao država koja uskoro postaje punopravna članica EU, mora se kvalitetno pripremiti za „pravila igre“ koja postoje u EU. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, kao i svi naponi koje Hrvatska ulaže po pitanju usklađivanja zakonodavstva s pravnom stečevinom EU-a (*acquis communautaire*) zbog toga su iznimno bitni. Analiza sustava državnih potpora općenito, pa time i državnih potpora za zapošljavanje pokazuje da je zakonodavstvo RH u potpunosti usklađeno s pravnom stečevinom EU, kao i da RH svojom aktivnom politikom zapošljavanja različitih kategorija nezaposlenih osoba (mladih, dugotrajno nezaposlenih, osoba s invaliditetom, žena itd.), utvrđenom Nacionalnom strategijom za zapošljavanje, nastoji smanjiti nezaposlenost, što je jedan od glavnih ciljeva EU-a.

Temeljem podataka dobivenih komparativnom metodom može se zaključiti da su financijska izdvajanja na ime poticaja za zapošljavanje u stalnom porastu, i u državama članicama EU-a i u nas. Riječ je o tendenciji koja je neophodna kako bi se ublažile negativne posljedice gospodarske krize. Intervencija države u segmentu poticaja za zapošljavanje nužan je regulator tržišta rada, što je pokazala i sama gospodarska kriza u kojoj su države povećale skrb za svako radno mjesto povećanim financijskim izdvajanjima što je tendencija koja bi se trebala nastaviti i nakon prestanka gospodarske krize.

Summary

STATE AID SUPPORTING EMPLOYMENT IN THE LIGHT OF THE GENERAL BLOCK EXEMPTION REGULATION AND RELATED EXPERIENCES OF THE EUROPEAN UNION MEMBER STATES

The authors in the article give an effort to systematically present the regulation of the state aid favouring employment. Therefore, to begin with, they analyse the notion of the state aid in general and their working and control mechanisms to better understand how significant the employment aids are. State aid subsidizing employment are scrutinised in regard to provisions of the General Block Exemption Regulation (no. 800/2008) and provisions of the other relevant legal sources.

Citing the European Court case law and practice of the European Union member states the authors emphasize the most common issues arising from procedures to grant state aid in order to suggest possible directions for Croatian state aid practice.

The authors apply a comparative method when analysing the practice of the European Union member states and point at financial aspects of the state aid supporting employment comparing it with situation in the Republic of Croatia. Furthermore, they present an overview of procedure which should be applied in cases of state aid subsidising employment as well as of its financing in the Republic of Croatia.

Key words: employment, state aid, EU, Croatia.

Zusammenfassung

BESCHÄFTIGUNGSBEIHILFEN IM LICHT DER ALLGEMEINEN VERORDNUNG ÜBER GRUPPENFREISTELLUNGEN UND ERFAHRUNGEN DER EU- MITGLIEDSTAATEN

Die vorliegende Arbeit beabsichtigt die Regelung der Beschäftigungsbeihilfen systematisch darzustellen. Dazu wird zunächst der allgemeine Begriff der staatlichen Beihilfen, wie auch die Zuteilung und Kontrolle von staatlichen Beihilfen analysiert. Im Anschluss werden Beschäftigungsbeihilfen durch Bestimmungen der Allgemeinen Verordnung über Gruppenfreistellungen (Nr. 800/2008) und durch andere relevante Rechtsquellen untersucht.

Am Beispiel der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der einzelnen EU-Mitgliedstaaten wird auf die häufigsten Probleme im Verfahren von Beihilfenzuteilung hingewiesen, was für die Praxis im Bereich der staatlichen

Beihilfen der Republik Kroatien wichtig ist. An Hand einer vergleichenden Methode machen die Autoren auf den finanziellen Aspekt von Beschäftigungsbeihilfen durch die Praxis der EU-Mitgliedstaaten im Vergleich zu der Lage in der Republik Kroatien aufmerksam. Darüber hinaus werden Verfahren und Finanzierungsweisen der Beschäftigungsbeihilfen in der Republik Kroatien festgelegt.

Schlüsselwörter: Beschäftigung, staatliche Beihilfen, EU, Kroatien.

Riassunto

GLI AIUTI STATALI PER L'OCCUPAZIONE ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO GENERALE DI ESENZIONE PER CATEGORIA E DELLE ESPERIENZE DEGLI STATI MEMBRI DELL'UE

Nel contributo si cerca di esporre in maniera sistematica la disciplina degli aiuti statali per l'occupazione, *in primis* analizzando la nozione di aiuto statale in generale, il meccanismo di attribuzione ed il controllo, e ciò ai fini di una maggiore comprensione del termine aiuto per l'occupazione. Gli aiuti statali per l'occupazione vengono esaminati attraverso le disposizioni del regolamento generale di esenzione per categoria (n. 800/2008), come pure attraverso le disposizioni delle altre fonti legali rilevanti.

Mediante la giurisprudenza della Corte di giustizia e degli Stati membri dell'Unione europea si pongono in rilievo le più frequenti questioni che sorgono con riguardo ai provvedimenti di attribuzione degli aiuti statali, il che ha importanza pratica anche nella Repubblica di Croazia per quanto concerne il settore degli aiuti statali.

Il metodo comparato permette di osservare l'aspetto economico degli aiuti statali per l'occupazione nelle esperienze degli Stati membri dell'UE, consentendo, inoltre, di paragonarlo con la situazione presente nella Repubblica di Croazia. Si offre altresì un'indagine sul procedimento e sul finanziamento degli aiuti statali per l'occupazione nella Repubblica di Croazia.

Parole chiave: occupazione, aiuti statali, UE, Croazia.

PRAVNI STATUS PROMETNICA I UPIS U ZEMLJIŠNE KNJIGE

Damir Kontrec, dipl. iur., sudac
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 349.418:351.811
347.235.11:351.811
Ur: 1. prosinca 2010.
Pr.: 16. veljače 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se razmatra pravni status prometnica – javnih cesta i nerazvrstanih cesta unatrag tridesetak godina u Republici Hrvatskoj analizom zakonskih rješenja kojima je bio, odnosno kojima je uređen pravni status prometnica. Isto tako razmatra se i pitanje upisa prometnica u zemljišnim knjigama, te ukazuje na probleme. Posebno se analizira Prijedlog Zakona o cestama i rješenja koja donosi taj propis, a koji je u prosincu 2010. godine bio u parlamentarnoj proceduri u prvom čitanju.

Ključne riječi: *javne ceste, nerazvrstane ceste, postupak izvlaštenja, upis prometnica u zemljišne knjige.*

1. UVOD

Prometnice u životu svakog društva predstavljaju krvotok kojim se određeno društvo brže i ravnomjernije razvija. Prometnice imaju veliki značaj za razvoj turizma, jer milijuni motoriziranih turista brže i lakše dolaze na svoja odredišta, ali i za druge gospodarske grane. No, u isto vrijeme postavlja se pitanje pravnog statusa prometnica, tko njima upravlja i temeljem kojih ovlaštenja. Dok je kod javnih cesta – autocesta, državnih, lokalnih i županijskih cesta pravni status definiran u pozitivnom zakonodavstvu, glede nerazvrstanih cesta pravni status je i dalje nejasan, iako po načinu korištenja i funkciji nerazvrstane ceste, ne postoje nikakve bitne razlike između javne ceste i nerazvrstane ceste.

Posebnu razinu problema predstavlja pitanje jesu li prometnice upisane u zemljišnu knjigu i na koji način. Pri tomu valja ukazati na činjenicu da su u zemljišnim knjigama često puta upisani stari vlasnici, koji sada postavljaju određene stvarno odnosno obveznopravne zahtjeve. Cilj je ovog rada ukazati na nelogičnosti koje se javljaju u praksi da se u postupcima osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga na javnim prometnicama upisuju privatni vlasnici koji su izgubili vlasništvo pred četrdeset i više godina.

U ovom se radu nastoji ukazati na probleme koji se u praksi javljaju glede pravnog statusa prometnica i njihova upisa u zemljišnu knjigu, pri čemu je dan prikaz zakonodavne regulative u zadnjih tridesetak godina. Isto tako cijelo je pitanje razmotreno i sa stajališta pravila zemljišnoknjižnog prava, posebice glede upisa u zemljišnu knjigu prometnica sagrađenih prije više desetaka godina, a za koje ne postoje potrebni dokumenti za upis, kao što su građevna dozvola, pravomoćno rješenje o eksproprijaciji i slično.

2. PRAVNI IZVORI

Na samom početku potrebno je navesti pravne izvore koji su relevantni za temu ovog rada. Ustav Republike Hrvatske¹ u čl. 48. jamči pravo vlasništva, određuje da vlasništvo obvezuje i da su nositelji vlasničkog prava i njihovi korisnici dužni pridonositi općem dobru, a ujedno jamči pravo nasljeđivanja i regulira stjecanje prava vlasništva u Republici Hrvatskoj stranih osoba. Isto tako u čl. 52. st. 1. Ustava izričito se određuje 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. Stavkom 2. istoga članka propisano je da se zakonom određuje način na koji se dobra od interesa za Republiku Hrvatsku mogu upotrebljavati i iskorištavati od ovlaštenika prava na tim dobrima i samih vlasnika, kao i naknada za ograničenja kojima su podvrgnuti.

S obzirom na pristupanje Republike Hrvatske Europskoj zajednici vrlo važan pravni izvor je i Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda², koja u Protokolu I. od 20. ožujka 1952. godine u čl. 1. izričito propisuje da svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva, te da se nitko ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava. No, isto tako u tom je članku propisano da prethodne odredbe ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza i drugih doprinosa ili kazni. Upravo u posljednjoj rečenici se nalazi bitna odredba koja govori o pravu države da ograniči vlasnička prava radi zaštite općeg interesa.

Ustav u čl. 50. st. 1. izričito određuje da je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti pravo vlasništva, ali uz naknadu tržišne vrijednosti.

1 Narodne novine br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10; dalje Ustav.

2 Narodne novine – Međunarodni ugovori, br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02, 1/06, dalje Konvencija.

Daljnje pravne izvore čini Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima³ i Zakon o zemljišnim knjigama⁴, koji reguliraju pitanje općih i javnih dobara i njihova upisa u zemljišne knjige. Nadalje treba spomenuti Zakon o izvlaštenju⁵, koji regulira postupak oduzimanja nekretnina u svrhu izgradnje, između ostalog i prometnica, Zakon o javnim cestama⁶, Zakon o komunalnom gospodarstvu⁷, Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina⁸, Zakon o prostornom uređenju i gradnji⁹, koji također imaju utjecaj na pravni status prometnica i njihov upis u zemljišne knjige. Tako ZJC propisuje koje se prometnice smatraju javnim cestama, koji je njihov pravni status, te kako se vrši upis u zemljišne knjige. ZKG na posredan način govori o nerazvrstanim cestama ne zauzimajući stajalište o pravnom statusa tih cesta. ZDIKN regulira pitanje upisa prometnica u katastar zemljišta (nekretnina), dok ZPUG propisuje pravila na koji način i uz koju dokumentaciju se građevine (pod građevinom se smatra i cesta), mogu upisati u zemljišne knjige, odnosno katastar.

Postoji i cijeli niz drugih propisa, koji na određeni način dolaze u doticaj s materijom prometnica, posebice glede posebnih pravnih režima na zemljištu koji reguliraju poljoprivredno zemljište, šume i šumsko zemljište, pomorsko dobro i morske luke, zatim propisi koji reguliraju pitanje vodova itd. Svi ti drugi zakoni predstavljaju sporedne pravne izvore u ovoj materiji.¹⁰

Isto tako, postoji i cijeli niz podzakonskih akata koji također predstavljaju pravne izvore u ovoj materiji. Ovdje ćemo spomenuti samo neke, koje smatramo bitnima, s obzirom na temu ovoga rada. Za upis prometnica u zemljišne knjige bitan je Pravilnik o unutarnjem ustroju, vođenju zemljišnih knjiga i obavljanju drugih poslova u zemljišnoknjižnim odjelima sudova (Zemljišnoknjižni poslovnik)¹¹. No isto tako je bitna Uredba o mjerilima za razvrstavanje javnih cesta¹², Odluka o razvrstavanju javnih cesta u autoceste¹³, Odluke o razvrstavanju javnih cesta u državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste¹⁴ itd.

3 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, dalje ZV.

4 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, dalje ZZK.

5 Narodne novine br. 9/94, 35/94, 112/00, 114/01, 79/06, dalje ZI.

6 Narodne novine br. 180/04, 82/06, 138/06, 146/08, 38/09, 124/09, 153/09, 73/10, dalje ZJC.

7 Narodne novine br. 35/95, 109/95, 21/96, 70/97, 128/99, 57/00, 129/00, 59/01, 26/03, 82/04, 110/04, 178/04, 38/09, 79/09, 153/09, dalje ZKG.

8 Narodne novine br. 16/07, 152/08, 124/10, dalje ZDIKN.

9 Narodne novine br. 76/07, 38/09, dalje ZPUG.

10 Primjerice se samo navode neki zakoni:

- Zakon o poljoprivrednom zemljištu (Narodne novine br. 152/08, 25/09, 21/10,

- Zakon o šumama (Narodne novine br. 140/05, 82/06, 129/08, 80/10),

- Zakon o zaštiti prirode (Narodne novine br. 70/05, 139/08),

- Zakon o željeznici (Narodne novine br. 123/03, 30/04, 153/05, 79/07, 120/08, 75/09),

- Zakon o tržištu plina (Narodne novine br. 40/07, 152/08, 83/09),

- Zakon o tržištu električne energije (Narodne novine br. 117/04, 76/07, 152/08) i dr.

11 Narodne novine br. 81/97, 109/02, 123/02, 153/02, 14/05, dalje Poslovnik.

12 Narodne novine br. 57/07.

13 Narodne novine br. 77/07, 13/09, 104/09.

14 Narodne novine br. 122/08, 13/09, 104/09, 123/09, 17/10.

U važne pravne izvore možemo ubrojiti i sudsku praksu, ali i pravnu teoriju, koja razmatra ovu problematiku, na koju ćemo ukazivati u nastavku ovog rada.

3. PRAVNI STATUS JAVNIH CESTA U PERIODU OD 1984. DO 2010. GODINE

3.1. Zakon o cestama iz 1984. godine

Do 1984. godine u Republici Hrvatskoj na snazi je bio Zakon o javnim cestama¹⁵. Zakon o cestama iz 1984. godine¹⁶ u čl. 2. je izričito odredio da se pod cestom, u smislu odredaba tog zakona, podrazumijeva sva javna cesta i nerazvrstana cesta na kojima se obavlja promet. U smislu čl. 8. st. 1. tog Zakona javnu cestu čine donji i gornji stroj ceste (trup ceste), cestovni građevinski objekti (mostovi, podvožnjaci, nadvožnjaci, propusti, tuneli, galerije, potporni i obložni zidovi, pothodnici i nathodnici), uređaji za odvodnju, zemljišni pojas s obje strane ceste širine najmanje jedan metar računajući od crte koju čine krajnje točke poprečnog profila ceste, zračni prostor iznad kolnika u visini od 7 metara, prometne površine uz kolnik (pješačke staze neposredno uz kolnik ili odvojene od kolnika, biciklističke staze uz kolnik ili odvojene od kolnika, odmorišta, parkirališta, autobusna stajališta i okretišta), mjerne vage i objekti za vaganje i kontrolu prometa, piste i helikopterske stajanke izgrađene u sustavu ceste, stalni uređaji za zaštitu ceste i prometa od snježnih nanosa, djelovanja vjetera, osulina i nanosa zemljanog materijala, zelene površine između kolnika te kolnika i pločnika, odnosno biciklističke staze, priključci na javnu cestu i odvojeci od javne ceste u širini zaštitnog pojasa, prometna signalizacija, oprema ceste, cestarske kuće, stacionari i drugi objekti za potrebe održavanja ceste.

Navedeni Zakon je u čl. 9. odredio da javna cesta prema namjeni može biti auto-cesta, cesta rezervirana za promet motornih vozila, cesta određena za mješoviti promet i cesta određena za pojedine vrste prometa, s tim da se prema st. 2. javnom cestom za mješoviti promet smatra cesta koja nije rezervirana samo za promet motornih vozila ili samo za pojedinu vrstu prometa. Iz čl. 12. je vidljivo da je Zakon razlikovao magistralnu, regionalnu, odnosno lokalnu cestu.

Nerazvrstanu cestu je prema čl. 14. st. 1. istoga Zakona, predstavljala površina koja se koristi za promet po bilo kojoj osnovi i koja je pristupačna većem broju različitih korisnika (seoski, poljski i šumski putovi, putovi na nasipima za obranu od poplava i slično). Stavkom 2. je pak propisana nadležnost općinske skupštine u određivanju načina korištenja, održavanja, zaštite, rekonstrukcije i izgradnje nerazvrstanih cesta.

Za pravni status cesta bila je bitna odredba čl. 3. Zakona. Tom je odredbom

15 Narodne novine br. 53/74, 5/75, 14/75, 39/75.

16 Narodne novine br. 29/84.

bilo propisano da se na javnoj cesti ne mogu stjecati imovinska prava, što pak znači da su se na nerazvrstanoj cesti takva prava mogla stjecati. Radi boljeg razumijevanja ukazujemo i na stajalište pravne teorije o pojmu imovinskog prava, odnosno što se u to vrijeme podrazumijevalo pod pojmom imovinskih prava. Pod imovinskim pravom u objektivnom smislu podrazumijevao se skup pravnih pravila kojima se u okviru povijesno određenog stupnja razvitka robne proizvodnje u socijalizmu reguliraju oni društveno-ekonomski odnosi u koje ljudi stupaju povodom stvari, činidaba ili imovine. Pod subjektivnim imovinskim pravom podrazumijevalo se ovlaštenje koje je za sudionika konkretnog imovinskopravnog odnosa nastalo u okviru tog odnosa normiranog imovinskim pravom u objektivnom smislu. Imovinsko pravo u socijalizmu sastojalo se od općeg dijela imovinskog prava, stvarnog prava, obveznog prava i nasljednog prava.¹⁷

Iz navedenoga se može zaključiti da na javnim cestama nije moglo postojati pravo vlasništva, služnosti, nije se moglo zasnovati založno pravo. Kod nerazvrstanih cesta Zakon je dopuštao mogućnost da na tim cestama postoje imovinska prava, što znači da su te ceste mogle biti u vlasničkom režimu. No, ono što je bilo dobro u navedenom Zakonu je da je isti definirao pojam nerazvrstanih cesta.

3.2. Zakon o javnim cestama iz travnja 1990. godine

Zakonom o javnim cestama iz travnja 1990. godine¹⁸ javna cesta je utvrđena dobrom u općoj upotrebi (čl. 2.), a ujedno je održavanje i zaštita javnih cesta utvrđena kao djelatnost od posebnog društvenog interesa (čl. 3.).

Javna cesta je prema čl. 4. st. 1. Zakona svaka razvrstana cesta, s tim da se ista razvrstava ovisno o njenom društvenom i privrednom značenju u magistralnu, regionalnu ili lokalnu cestu. Prema st. 2. istog članka magistralne i regionalne ceste čine republičku mrežu javnih cesta. Samo razvrstavanje cesta u regionalne i lokalne bilo je u nadležnosti Izvršnog vijeća Sabora na prijedlog Republičkog fonda za ceste (čl. 6.). Namjenu postojeće republičke mreže javnih cesta u odnosu na vrstu prometa, koji se njome može odvijati, određivao je Republički fond za ceste, dok je namjenu lokalnih cesta određivala skupština nadležne društveno-političke zajednice (čl. 8.).

Glede pitanja što čini javnu cestu mjerodavna je odredba čl. 5. Zakona. Prema toj odredbi javnu cestu čine donji i gornji stroj ceste, cestovni građevinski objekti (mostovi, podvožnjaci, nadvožnjaci, propusti, tuneli, galerije, potporni i obložni zidovi, pothodnici, nathodnici), uređaji za odvodnju, zemljišni pojas s obje strane ceste najmanje širine jedan metar od crte koju čine krajnje točke poprečnih profila ceste, cestovno zemljište u širini koju čine širina trupa ceste i širina zemljišnog pojasa, te površine na kojima su izgrađene cestarske kuće, stacionari, servisi, benzinske stanice i drugi objekti za potrebe održavanja cesta i usluga vozilima i putnicima predviđeni projektom ceste, sve prometne i druge površine na cestovnom

17 M. Vedriš, P. D. Klarić, *Osnove imovinskog prava*, Narodne novine, Zagreb, 1987., str. 6-10.

18 Narodne novine br. 20/90.

zemljištu, zračni prostor iznad kolnika u visini od 7 metara, mjerne vage i objekti za vaganje i kontrolu prometa, priključci na javnu cestu u širini zemljišnog pojasa, prometna signalizacija, cestarske kuće, stacionari i drugi objekti za potrebe održavanja cesta.

Već je iz samog naziva Zakona potpuno jasno da se isti nije bavio nerazvrstanim cestama, pa niti njihovim pravnim statusom.

3.3. Zakon o javnim cestama iz listopada 1990. godine

Republika Hrvatska je 1990. godine, a nakon osamostaljenja u listopadu dobila novi Zakon o javnim cestama¹⁹. U tom je Zakonu javna cesta definirana kao svaka razvrstana cesta, koja se ovisno o njenom društvenom i privrednom značenju razvrstava u magistralnu, regionalnu ili lokalnu cestu (čl. 2.).

I nadalje je javna cesta ostala dobro u općoj upotrebi (čl. 3.). S obzirom na osamostaljenje Republike Hrvatske određeno je da prijedlog za razvrstavanje cesta u magistralne, regionalne i lokalne utvrđuje, odnosno obavlja Ministarstvo prometa i veza (čl. 5.). Glede pitanja što sve čini javnu cestu (čl. 4.) nije bilo nikakvih promjena u odnosu na Zakon o javnim cestama iz travnja 1990. godine.

U to vrijeme nije se uopće vodilo računa o tome na koji način će biti evidentirane javne ceste u zemljišnim knjigama, odnosno nije se vodilo računa o (ne)riješanim imovinskim odnosima.

Iz gore navedenoga vidljivo je da su javne ceste bile dobro u općoj upotrebi. U Ustavu Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije²⁰ i to u čl. 85. bilo je propisano da zemljište, šume, vode, vodotoci, more i morska obala, rudna blaga i druga prirodna bogatstva, dobra u općoj upotrebi te nekretnine i druge stvari od posebnog kulturnog i povijesnog značenja uživaju, kao dobra od općeg interesa, posebnu zaštitu i koriste se pod uvjetima i na način koji su propisani zakonom. Istu odredbu imao je i Ustav Socijalističke Republike Hrvatske²¹ u čl. 117. Valja dodati da je u to vrijeme vrijedio Zakon o osnovnim vlasničkopравnim odnosima²² koji je u odredbi čl. 2. st. 2. izričito propisivao da pravo vlasništva ne može postojati na stvarima koje mogu biti samo u društvenom vlasništvu.

3.4. Zakon o javnim cestama iz 1996. godine

Već 1996. godine, i to nakon donošenja ZV-a i ZZK-a, donosi se novi Zakon o javnim cestama²³. U tom Zakonu javna cesta je definirana kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku, a ujedno je određeno da je javna cesta u općoj uporabi (čl. 2. st. 1.). Bilo je ujedno određeno da se na javnim cestama ne može stjecati pravo

19 Narodne novine br. 42/90.

20 Službeni list SFRJ br. 9/74, 38/81.

21 Narodne novine br. 8/74, 31/81, 5/86.

22 Narodne novine br. 53/91., dalje ZOVO.

23 Narodne novine br. 100/96.

vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi (čl. 2. st. 2.). Dakle, tim je Zakonom izričito propisano da su javne ceste izvan vlasničkog režima, pri čemu valja naglasiti da su ZV i ZZK objavljeni u službenom glasilu Republike Hrvatske, Narodnim novinama, br. 91/96, ali su oba propisa stupili na snagu dana 1. siječnja 1997. godine, dok je ovaj Zakon stupio na snagu osmog dana od dana objave 6. prosinca 1996. godine (objava je bila dana 28. studenog 1996. godine). Već smo ranije napomenuli da Ustav u čl. 52. st. 1. govori o tomu koja su dobra od posebnog interesa za Republiku Hrvatsku i koja imaju osobitu zaštitu, pa se između ostaloga govori i o nekretninama od osobitoga gospodarskog interesa pod čime se mogu podrazumijevati i javne ceste. Međutim, Ustav ne govori o pravnom statusu takvih nekretnina.

Opća dobra (*res communes omnium*) nisu sposobna biti predmetom stvarnih prava, a time niti stvarnopravnih odnosa i to bilo zbog svojih prirodnih osobina, bilo zbog toga što su zakonske odredbe uskratile sposobnost nekoj stvari biti predmetom stvarnih prava.²⁴ ZV u čl. 3. st. 2. izričito propisuje da nisu sposobni biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava oni dijelovi prirode koji po svojim osobinama ne mogu biti u vlasti niti jedne fizičke ili pravne osobe pojedinačno, nego su na uporabi svih, kao što su to atmosferski zrak, voda u rijekama, jezerima i moru te morska obala (opća dobra). Prema st. 3. istoga članka o općim dobrima vodi brigu, njima upravlja i za to odgovara Republika Hrvatska, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.

Sadržaj javne ceste propisan je odredbom čl. 3. Zakona. Tako je određeno da javnu cestu čini cestovna građevina (posteljica, donji stroj kolnika, kolnička konstrukcija, most, vijadukt, podvožnjak, nadvožnjak, propust, tunel, galerija, potporni i obložni zid, pothodnik, nathodnik), građevine za odvodnju ceste i pročišćavanje vode, zemljišni pojas s obje strana ceste potreban za nesmetano održavanje ceste širine prema projektu ceste, a najmanje jedan metar računajući od crte koja spaja krajnje točke poprečnog presjeka ceste, cestovno zemljište u površini koju čine površina zemljišta na kojoj je izgrađena cestovna građevina, površina zemljišnog pojasa te površina zemljišta na kojima su izgrađeni objekti za potrebe održavanja ceste i pružanja usluga vozačima i putnicima predviđeni projektom ceste (cestarske kuće, stacionari, skladišta, odlagališta, benzinske postaje, servisi, parkirališta, odmorišta itd.), građevine na cestovnom zemljištu, stabilni mjerni objekti i uređaji za nadzor vozila, priključci na javnu cestu izgrađeni na cestovnom zemljištu, prometni znakovi i uređaji za nadzor i sigurno vođenje prometa i oprema ceste, te građevine i oprema za zaštitu ceste, prometa i okoliša (snjegobrani, vjetrobрани, zaštita od osulina i nanosa, zaštitne i sigurnosne ograde, zaštita od buke i drugih štetnih utjecaja na okoliš i slično).

Glede vrsta javnih cesta u čl. 6. Zakona razlikuju se državne ceste (javne ceste koje povezuju cjelokupni teritorij Republike Hrvatske i povezuju ga s mrežom glavnih europskih cesta), županijske ceste (javne ceste koje povezuju područje jedne

24 N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak prvi, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 135-136.

ili više županija) te lokalne ceste (javne ceste koje povezuju područje grada i/ili općina). Mjerila za razvrstavanje javnih cesta donosi Vlada Republike Hrvatske, a sam akt o razvrstavanju javnih cesta donosi ministar pomorstva, prometa i veza i taj se akt objavljuje u „Narodnim novinama“ (čl. 5. st. 1. i 2. Zakona).

Zakon iz 1996. godine donosi zanimljivu odredbu u čl. 79. Naime, u toj je odredbi propisano da se javne ceste upisuju u zemljišne knjige u skladu s propisima koji uređuju zemljišne knjige (st. 1.). Također je propisana obveza Uprava za ceste i županijske uprave za ceste da ustroje baze podataka o javnim cestama i osiguraju izradu karata s ucrtanim javnim cestama u odgovarajućem mjerilu u roku od tri godine od dana stupanja na snagu toga Zakona.

Zašto je ova odredba zanimljiva? Ne iz razloga što je potpuno jasno da u roku od tri godine nije bilo moguće ustrojiti bazu podataka kod nadležnih uprava, kada je opće poznato da aerofotogrametrijsko snimanje i potom obnova zemljišne knjige za jednu katastarsku općinu traje i po nekoliko godina. Zanimljiva je iz razloga što je propisana obveza da se u zemljišnu knjigu upisuju javne ceste koje su po svom pravnom statusu opće dobro, dok je pravilima zemljišnoknjižnog prava izričito propisano da se u zemljišnu knjigu opća dobra načelno ne upisuju, jer ne mogu biti objektom stvarnih prava. Naime, u odredbi čl. 17. st. 3. ZZK-a određeno je da se opće dobro upisuje u zemljišne knjige samo ako to zatraži osoba koja na tome ima pravni interes. Takva odredba zapravo znači da u zemljišnoj knjizi ne trebaju biti upisana sva zemljišta pojedine katastarske općine, budući da opća dobra ne moraju biti upisana.²⁵

3.5. Zakon o javnim cestama iz 2004. godine

Dok ZJC iz 1996. godine nije izričito određivao da su javne ceste opće dobro, Zakon o javnim cestama²⁶ iz 2004. godine sadržavao je izričitu odredbu. U čl. 2. toga Zakona izričito je bilo određeno da su javne ceste opće dobro i da se na njima ne može stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi.

Navedeni Zakon je u čl. 4. razvrstao javne ceste i to ovisno o njihovom društvenom, prometnom i gospodarskom značenju u autoceste, državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste. Mjerila za razvrstavanje određuje Vlada Republike Hrvatske i o tomu objavljuje akt u službenom glasilu Republike Hrvatske.

Javne ceste prema odredbi čl. 3. st. 1. istoga Zakona čine cestovna građevina (posteljica, donji stroj kolnika, kolnička konstrukcija, most, vijadukt, podvožnjak,

25 Kod postupaka obnove, odnosno osnivanja novih zemljišnih knjiga, a koje se vrše nakon nove katastarske izmjere ili tehničke reambulacije, koji se sada provode u Republici Hrvatskoj pravilo je protivno gore navedenom stajalištu da se opća dobra načelno ne upisuju u zemljišnu knjigu. Naime, prilikom katastarske izmjere snima se cijelo područje neke katastarske općine, određuje se granica pomorskog dobra, snimaju se ceste, ulice, javne površine, te se nakon toga u postupku pred sudom utvrđuje vlasnički status svih nekretnina, pa i nekretnina koje u naravi predstavljaju javno, odnosno opće dobro.

26 Narodne novine br. 180/04.

nadvožnjak, propust, tunel, galerija, potporni i obložni zid, nasip, pothodnik i nathodnik), građevine za odvodnju ceste i pročišćavanje vode, zemljišni pojas s obiju strana ceste potreban za nesmetano održavanje ceste širine prema projektu ceste, a najmanje jedan metar računajući od crte koja spaja krajnje točke poprečnog presjeka ceste, zračni prostor iznad kolnika u visini od 7 metara, cestovno zemljište u površini koju čine površina zemljišta na kojoj treba izgraditi ili je izgrađena cestovna građevina, površina zemljišnog pojasa te površina zemljišta na kojima su prema projektu ceste izgrađene ili se trebaju izgraditi građevine za potrebe održavanja ceste i pružanja usluga vozačima i putnicima te naplatu cestarine predviđeni projektom ceste (objekti za održavanje cesta, upravljanje i nadzor prometa, naplatu cestarina, benzinske postaje, servisi, parkirališta, odmorišta), građevine na cestovnom zemljištu, za potrebe održavanja ceste i pružanja usluga vozačima i putnicima i naplatu cestarina, predviđene projektom ceste, stabilni mjerni objekti i uređaji za nadzor vozila, priključci na javnu cestu izgrađeni na cestovnom zemljištu, prometni znakovi i uređaji za nadzor i sigurno vođenje prometa i oprema ceste, te građevine i oprema za zaštitu ceste, prometa i okoliša (snjegobrani, vjetrobrani, zaštita od osulina i nanosa, zaštitne i sigurnosne ograde, zaštita od buke i drugih štetnih utjecaja na okoliš i slično).

I ovaj Zakon sadrži odredbu koja upućuje na potrebu da se javne ceste upišu u zemljišnu knjigu, pa je tako u čl. 3. st. 2. Zakona propisano da se javna cesta upisuje u zemljišnu knjigu kao opće dobro u skladu s propisima koji uređuju zemljišnoknjižne upise.

3.6. Novele Zakona o javnim cestama tijekom 2009. godine

ZJC²⁷ je tijekom 2009. godine doživio tri izmjene i dopune, pri čemu se u ovom radu bavimo izmjenama i dopunama ZJC-a usvojenih u Saboru u listopadu i prosincu 2009. godine i to posebice onih koje se odnose na pravni status javnih cesta, promjeni statusa, kao i upis javnih cesta u zemljišne knjige.

Zakonom o izmjenama ZJC²⁸ iz listopada 2009. godine promijenjen je čl. 48. ZJC-a glede koncesija na javnim cestama, s tim da je došlo do usklađivanja ZJC sa Zakonom o koncesijama²⁹.

Zakonom o izmjenama i dopunama ZJC^{30,31} iz prosinca 2009. godine promijenjen je pravni status javnih cesta iz općeg dobra u javno dobro u općoj uporabi, propisan je način upisa javnih cesta u zemljišne knjige, kao i način ukidanja statusa javnoga dobra u općoj uporabi javnim cestama, riješeno je pitanje preuzimanja na održavanje i upravljanje infrastrukture izgrađene na i izvan

27 Narodne novine br. 180/04, 82/06, 138/06, 146/08, 152/08, 38/09, 124/09 i 153/09, dalje ZJC.

28 Narodne novine br. 124/09, dalje ZI ZJC.

29 Narodne novine br. 125/08.

30 Narodne novine br. 153/09, dalje ZID ZJC.

31 Konačni prijedlog ZID ZJC s obrazloženjem – www.sabor.hr

cestovnog zemljišta, pitanje izvlaštenja (potpunog i nepotpunog) radi izmještanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta, promjene granica pomorskog dobra radi građenja, rekonstrukcije i održavanja ceste, ukidanje statusa javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste.

3.6.1. Zakon o izmjenama Zakona o javnim cestama (Narodne novine br. 124/09)

3.6.1.1. Koncesija na javnoj cesti

ZI ZJC iz listopada 2009. godine promijenjeno je dotadašnje uređenje koncesije na javnim cestama, a ujedno je uređenje koncesija na javnim cestama usklađeno s odredbama Zakona o koncesijama

Prema novoj odredbi čl. 48. ZJC-a **koncesijom se stječe pravo građenja i upravljanja** autocestom i pojedinim cestovnim objektima na državnoj cesti (most, tunel i dr.) koje uključuje **pravo gospodarskog korištenja autoceste ili objekta na državnoj cesti te pravo rekonstrukcije i održavanja autoceste i cestovnog objekta** na državnoj cesti tijekom trajanja ugovora o koncesiji i/ili pravo korištenja cestovnog zemljišta radi izgradnje pratećih uslužnih objekata i obavljanja djelatnosti ugostiteljstva, trgovine, usluga opskrba gorivom, servisnih usluga i sl.

Valja odmah naglasiti da pravo građenja, koje se spominje u čl. 48. ZJC nije ograničeno stvarno pravo iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima³², već se zapravo radi o pravu koncesionara da gradi autocestu ili objekte na državnoj cesti. Treba naglasiti da koncesija na javnoj cesti ne može biti dana na vrijeme dulje od 40 godina (čl. 48. st. 3. ZJC). Također koncesija na javnoj cesti smatra se koncesijom za javne radove, odnosno koncesijom za javne usluge u smislu odredaba Zakona o koncesijama.

3.6.1.2. Pripremne radnje i postupak za davanje koncesije

Izmijenjenim odredbama čl. 49., 50. i 51. ZJC-a regulirano je pitanje pripremnih radnji za davanje koncesije, sam postupak davanja koncesije, kao i što sve sadrži odluka o odabiru najpovoljnijega ponuditelja.

Pripremne radnje za davanje koncesije, po nalogu davatelja koncesije, provodi nadležno ministarstvo sukladno Zakonu o koncesijama. Pripremni radovi smatraju se procjena vrijednosti koncesije, izrada studije opravdanosti davanja koncesije, imenovanje stručnog povjerenstva za koncesiju i izrada dokumentacije za nadmetanje. Kod toga nadležno ministarstvo može povjeriti obavljanje određenih stručnih poslova stručnim pravnim osobama nadležnim za obavljanje poslova upravljanja, građenja i održavanja autocesta.

32 Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, dalje ZV.

Sam postupak davanja koncesije provodi nadležno ministarstvo sukladno odredbama Zakona o koncesijama. Ukoliko se radi o projektu javno-privatnog partnerstva, tada se primjenjuju i odredbe o odobravanju prijedloga projekta, dokumentacije za nadmetanje s priložima i konačnog nacrtu ugovora o koncesiji sukladno Zakonu o javno-privatnom partnerstvu³³.

3.6.1.3. Odluka o davanju koncesije i ugovor o koncesiji

Samu odluku o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja u postupku dodjele koncesije na javnoj cesti donosi **Vlada kao davatelj koncesije u ime Republike Hrvatske**. Odluka mora sadržavati:

- naziv davatelja koncesije s brojem i datumom donošenja odluke,
- naziv odabranoga ponuditelja predmeta koncesije,
- prirodu i opseg te mjesto obavljanja djelatnosti koncesije,
- rok trajanja koncesije,
- osnove financiranja,
- uvjete za povjeravanje trećima pojedinih radova ili usluga koje su predmet koncesije,
- posebne uvjete kojima tijekom trajanja koncesije mora udovoljavati ponuditelj,
- iznos naknade za koncesiju ili osnovu za utvrđivanje iznosa naknade za koncesiju koju će koncesionar plaćati,
- mjerila za utvrđivanje visine cestarine,
- mjere očuvanja i zaštite okoliša,
- rok u kojem je najpovoljniji ponuditelj obvezan potpisati ugovor o koncesiji s davateljem koncesije,
- obrazloženje razloga za odabir ponuditelja,
- uputu o pravnom lijeku,
- potpis odgovorne osobe i pečat davatelja koncesije te
- druge podatke u skladu s dokumentacijom za nadmetanje.

Člankom 52. ZJC-a propisano je ujedno da gore navedene bitne elemente odluke o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja mora sadržavati i ugovor o koncesiji, kojim se određuju prava i obveze davatelja koncesije i koncesionara.

Davatelj koncesije kod toga mora najpovoljnijem ponuditelju **ponuditi** potpisivanje ugovora o koncesiji u roku od 20 dana od trenutka kada je odluka o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja postala konačna. Ugovor se mora **potpisati** u roku od 60 dana od trenutka kada je odluka o odabiru najpovoljnijeg ponuditelja postala konačna. Sam ugovor o koncesiji mora biti zaključen u pisanom obliku, a potpisuju ga ministar, u ime Vlade Republike Hrvatske kao davatelja koncesije i odabrani najpovoljniji ponuditelj.

33 Narodne novine br. 129/08.

3.6.2. *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o javnim cestama (Narodne novine br. 153/09.)*³⁴

3.6.2.1. *Promjena pravnog statusa javnih cesta iz općeg dobra u javno dobro u općoj uporabi*

U dosadašnjem čl. 2. ZJC-a javne ceste su bile određene kao opće dobro i na njima se nije moglo stjecati pravo vlasništva niti druga stvarna prava po bilo kojoj osnovi. Opća dobra su takve stvari koje zbog svojih karakteristika, bilo prirodnih, bilo određenih zakonom, nisu sposobne biti predmetnom stvarnih prava, a isto tako služe uporabi svih (čl. 3. st. 1. i 2. ZV). Prema odredbi čl. 3. st. 3. ZV-a o općim dobrima brigu vodi, njima upravlja i za njih odgovara Republika Hrvatska. Posebnim zakonom može biti određeno da određenim općim dobrima upravlja netko drugi.

Javnim cestama, a to su autoceste, državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste, upravljaju Hrvatske autoceste d.o.o., Hrvatske ceste d.o.o., županijske uprave za ceste, odnosno nadležno upravno tijelo Grada Zagreba.

Dosadašnji način upisa javnih cesta u zemljišne knjige provodio se primjenom odredbe čl. 23. st. 4. ZZK-a. U vlastovnici se naznačivalo da se radi o općem dobru, uz naznaku tko vodi brigu, tko upravlja i odgovara za javnu cestu kao opće dobro. Ako je na javnoj cesti dodijeljena koncesija, tada se koncesija kao obvezno pravo upisuje u teretovnicu uložka u kojem je upisana javna cesta i to prema odredbama o upisu zakupa sukladno odredbi čl. 25. st. 2. ZZK-a.

U dosadašnjem načinu upisa javnih cesta u zemljišnu knjigu bitan je i postupak izvlaštenja. Naime, nakon što je pravomoćno rješenje o izvlaštenju³⁵ dostavio nadležan ured za imovinsko pravne poslove zemljišnoknjižnom sudu na provedbu, tada je cijela nekretnina, u opsegu i površini u kojem je proveden postupak izvlaštenja, bila upisana u zemljišnoj knjizi kao opće dobro, iako u tom trenutku javna cesta još uvijek nije bila izgrađena. Iz navedenoga se može zaključiti da je općim dobrom postalo i zemljište koje nije kasnije obuhvaćeno koridorom javne ceste.

Stoga se u praksi pojavio problem sa zemljištem koje nije obuhvatio koridor izgrađene javne ceste, tko može skinuti status općeg dobra, u kojem postupku, tko je vlasnik takvog zemljišta nakon što bi se skinuo status općeg dobra, je li Republika Hrvatska ili investitor koji gradi javnu cestu itd. Upravo se na navedena pitanja pokušalo odgovoriti ZID ZJC iz prosinca 2009. godine.

Tako je u čl. 1. ZID ZJC-a promijenjen dosadašnji čl. 2. ZJC-a. Prije svega javne ceste su od općeg dobra postale javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu Republike Hrvatske (čl. 2. st. 1. ZJC). Prema st. 2. istog članka javne ceste se ne mogu otuđiti iz vlasništva Republike Hrvatske niti se na njima mogu stjecati stvarna

34 Vidi i članak J. Jug, *Novela Zakona o javnim cestama*, „Narodne novine“ br. 153/09, u knjizi „Nekretnine – 2010.“, J. Jug, A. M. Končić, D. Kontrec, G. Mihelčić, D. Pahić, M. Pupačić i D. Sarvan, *Novi informator*, Zagreb, 2010., str. 150-180.

35 Postupak izvlaštenja reguliran je odredbama Zakona o izvlaštenju (Narodne novine br. 9/94, 35/94, 112/00, 114/01, 79/06).

prava, osim u slučajevima propisanim ovim Zakonom. U st. 3. je izričito određeno da se na javnoj cesti može osnovati pravo služnosti i pravo građenja radi izgradnje komunalnih, vodnogospodarskih, energetskih građevina i građevina elektroničkih komunikacija na način propisan Zakonom. U st. 4. regulirano je da se cestovno zemljište može dati na korištenje radi obavljanja pratećih djelatnosti (ugostiteljstva, trgovina, benzinske postaje i drugo) na način propisan Zakonom.

Čl. 2. ZID ZJC-a izmijenjen je i dopunjen čl. 3. ZJC-a. Prije svega javna cesta postaje javno dobro u općoj uporabi pravomoćnošću uporabne dozvole (čl. 3. st. 2. ZJC). To znači da pravomoćnošću rješenja o izvlaštenju nekretnina prelazi u vlasništvo Republike Hrvatske, a tek pravomoćnošću uporabne dozvole se određuje koridor javne ceste i ono što ulazi u koridor postaje javno dobro u općoj uporabi.

3.6.2.2. Upis javne ceste u zemljišnu knjigu

Novim st. 3., 4. i 5. čl. 3. ZJC-a regulirano je pitanje na koji način se javna cesta, odnosno pravo služnosti i pravo građenja, odnosno korištenja cestovnog zemljišta upisuje u zemljišnu knjigu. Ta je novina hvale vrijedna budući da se u praksi zemljišnoknjižnih sudova može naći vrlo šarolika praksa upisa javnih cesta u zemljišne knjige.

Javna cesta upisuje se u zemljišne knjige na temelju pravomoćne uporabne dozvole kao javno dobro u općoj uporabi i kao neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske, s pravom upravljanja Hrvatskih autocesta d.o.o. na autocesti, Hrvatskih cesta d.o.o. na državnoj cesti, županijske uprave za ceste na županijskoj i lokalnoj cesti, odnosno upravnog tijela Grada Zagreba na županijskoj i lokalnoj cesti na području Grada Zagreba. Isto tako je određeno da se pravo služnosti, pravo građenja i pravo koncesije na javnoj cesti upisuju u zemljišne knjige u skladu s propisima koji uređuju zemljišne knjige, dok se korištenje cestovnog zemljišta upisuje u zemljišne knjige sukladno odredbama o upisu zakupa u zemljišne knjige.

Odredbom čl. 27. ZID ZJC-a propisana je obveza državnog odvjetništva da u roku od dvije godine od stupanja na snagu tog Zakona provede postupak usklađivanja upisa sukladno odredbi čl. 3. st. 2. ZJC-a.

3.6.2.3. Oduzimanje statusa javnog dobra u općoj uporabi javnoj cesti

Već je rečeno da je u ranijem periodu bilo dosta lutanja u praksi na koji način se skida status općeg dobra. Čl. 3. ZID ZJC-a dodan je novi čl. 3.a ZJC-a koji sada regulira na koji način se oduzima status javnog dobra u općoj uporabi javnoj cesti. Kada trajno prestane potreba korištenja javne ceste ili njezina dijela kao javne ceste, tada se javnoj cesti ili njezinom dijelu može oduzeti status javnog dobra u općoj uporabi, te oduzimanjem ta nekretnina postaje nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske.

Odluku o oduzimanju statusa donosi Vlada Republike Hrvatske ili tijelo koje ona ovlasti, a na prijedlog osoba koja upravlja javnom cestom, dakle Hrvatskih autocesta d.o.o., Hrvatskih cesta d.o.o. ili županijske uprave za ceste.

Sa stajališta zemljišnoknjižnog prava bitna je i odredba čl. 3.a st. 3. ZJC-a prema kojoj odluka o oduzimanju statusa javnog dobra u općoj uporabi javnoj cesti sadrži odredbu o brisanju u zemljišnim knjigama javne ceste ili njezina dijela kao javnog dobra u općoj uporabi. Također je propisana obveza osobe koja upravlja javnom cestom da odluku o oduzimanju statusa javnog dobra u općoj uporabi javnoj cesti, zajedno s parcelacijskim elaboratom, dostavi nadležnom državnom odvjetništvu radi provedbe odluke u zemljišnim knjigama.

3.6.2.4. Preuzimanje na održavanje i upravljanje infrastrukture izgrađene na i izvan cestovnog zemljišta

Prilikom izgradnje javne ceste investitor je dužan izgraditi i odgovarajuću infrastrukturu na i izvan cestovnog zemljišta, primjerice trafostanice, kanali za odvod voda i slično, pri čemu su se u praksi pojavili problemi u svezi s preuzimanjem te infrastrukture od osoba koje upravljaju takvom infrastrukturom.

Novim čl. 24 a. ZJC-a prije svega je određeno da Hrvatske autoceste d.o.o., Hrvatske ceste d.o.o., koncesionar, županijska uprava za ceste, odnosno upravno tijelo Grada Zagreba ne održavaju komunalne, vodnogospodarske i energetske građevine niti građevine elektroničkih komunikacija koje su izgrađene na ili izvan cestovnog zemljišta, a namijenjene su isključivo ili djelomično za potrebe javne ceste. Te građevine preuzimaju na održavanje, i to u roku od 30 dana od dana pravomoćnosti uporabne dozvole, osobe koje su na temelju posebnog zakona ili odluke nadležnog tijela donijete na temelju posebnog zakona zadužene za njihovo održavanje i upravljanje. To se odnosi na održavanje građevina koje je investitor javne ceste bio dužan izgraditi na ili izvan cestovnog zemljišta na temelju posebnog zakona ili odluke nadležnog tijela donesene na temelju posebnog zakona.

3.6.2.5. Posebnosti o postupku izvlaštenja

Izmijenjenom odredbom čl. 26. st.1. ZJC-a³⁶ propisano je da je građenje, rekonstrukcija i održavanje javnih cesta u interesu Republike Hrvatske. Prema st. 2. istoga članka na postupak izvlaštenja radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javnih cesta primjenjuju se propisi o izvlaštenju. St. 3. je dalje propisano da se uz prijedlog za izvlaštenje prilažu pravomoćna lokacijska dozvola te parcelacijski elaborat, odnosno elaborat nepotpunog izvlaštenja. Vlasnik izvlaštene nekretnine ima pravo na naknadu sukladno Zakonu o izvlaštenju, s tim da mu se može umjesto naknade dati u vlasništvo druga odgovarajuća nekretnina u vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno vlasniku izvlaštene stambene ili poslovne zgrade druga odgovarajuća nekretnine iste namjene, odnosno vrijednosti (st. 4. i 5.). Time je

36 Čl. 26. ZJC-a izmijenjen je u skladu s odredbom čl. 10. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o izvlaštenju (Narodne novine br. 79/06). Tom su odredbom brisane odredbe čl. 10. i 11. Zakona o izvlaštenju, a koje su uređivale izradu i podnošenje plana izvlaštenja. Kako je plan izvlaštenja prestao biti pretpostavkom provođenja postupka izvlaštenja, to je ranija odredba čl. 26. st. 3. ZJC-a izgubila uporište u matičnom propisu.

osigurano da se u postupku izvlaštenja uvijek podnese projekt javne ceste koji sadrži odgovarajuće elaborate koji su nužni za parcelaciju i osnivanje katastarskih čestica na kojima će se nalaziti javna cesta, a što je ujedno i preduvjet da bi se to moglo kasnije evidentirati u katastru, odnosno zemljišnoj knjizi.

Nekretnine koje su izvlaštenjem, pravnim poslom ili drugim pravnim aktom postale vlasništvo Republike Hrvatske, a lokacijskom su dozvolom predviđene kao javna cesta, neotuđive su iz vlasništva Republike Hrvatske (čl. 26. st. 6. ZJC).

U čl. 26. st. 7. i 8. propisano je da prijedlog za izvlaštenje radi građenja i održavanja javnih cesta u ime i za račun Republike Hrvatske podnose za autoceste Hrvatske autoceste d.o.o., za državne ceste Hrvatske ceste d.o.o., za županijske i lokalne ceste županijska uprava za ceste, odnosno upravno tijelo Grada Zagreba koje upravlja županijskim i lokalnim cestama. Prijedlog za izvlaštenje može podnijeti i koncesionar, također u ime i za račun Republike Hrvatske ako je na to posebno ovlašten ugovorom o koncesiji.

Novim člancima 26. a do 26. d ZJC-a uređuju se imovinskopравни odnosi koji nastaju u posebnim slučajevima izvlaštenja koji se provode radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste. U ZJC-u se tako posebno govori o izvlaštenju radi izmještanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta (čl. 26. a), o potpunom izvlaštenju radi izmještanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta (čl. 26. b), o nepotpunom izvlaštenju radi izmještanja infrastrukture izvan cestovnog zemljišta (čl. 26. c), te o izvlaštenju radi izgradnje infrastrukture za potrebe javne ceste izvan cestovnog zemljišta (čl. 26. d).

Osnovno je pravilo da se i na te postupke izvlaštenja odgovarajuće primjenjuju odredbe ZJC-a po kojima se ti poslovi smatraju poslovima građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste, te se smatraju da su u interesu Republike Hrvatske. Prijedloge za izvlaštenju u smislu čl. 26. a do 26. d ZJC-a podnese osobe iz čl. 26. ZJC-a koje su ovlaštene podnijeti prijedlog za ovlaštenje u ime i za račun Republike Hrvatske za potrebe građenja, rekonstrukciju ili održavanje javne ceste. No, pravni učinci izvlaštenja su različiti od onih koji nastaju u pogledu nekretnina koje su obuhvaćene projektom javne ceste. Dok nekretnine, koje su obuhvaćene projektom javne ceste postaju javno dobro u općoj uporabi, dotle nekretnine koje se nalaze izvan cestovnog zemljišta ostaju u vlasničkom režimu, točnije postaju vlasništvo Republike Hrvatske. Posebno pravno uređenje pravnih učinaka izvlaštenja za dijelove nekretnina izvan koridora javne ceste donijelo je i posebno uređenje pravnih odnosa na tim nekretninama u pogledu predaje nekretnina u posjed osobama koje su izvlaštenjem postale vlasnici, kao i pravnih odnosa između vlasnika i osoba koje su ovlaštene odnosno dužne po posebnim propisima održavati i upravljati izmještenom ili novoizgrađenom infrastrukturom na izvlaštenim nekretninama izvan koridora javne ceste.

3.6.2.6. Promjene granice pomorskog dobra radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste

Novim čl. 28. a ZJC-a regulirano je pitanje promjene granice pomorskog dobra u slučajevima kada je građenjem, rekonstrukcijom i održavanjem javne ceste potrebno promijeniti granice pomorskog dobra. U tom slučaju Vlada Republike Hrvatske ili tijelo koje ona ovlasti, donosi odluku da se sukladno lokacijskoj dozvoli za javnu cestu promijene granice pomorskog dobra na način da se određena nekretnina ili njezin dio izuzme iz područja pomorskog dobra (čl. 28. a st. 1.).

Nekretnine koje su izuzete iz područja pomorskog dobra, dakle izuzete iz režima općega dobra, radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste time postaju neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske. Postupak za promjenu granica pomorskog dobra može podnijeti osoba koja je ovlaštena podnijeti prijedlog za izvlaštenje (ista osoba iz čl. 26. ZJC) radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste (čl. 28. a st. 2. i 3. ZJC). Navedena odluka o promjeni granice pomorskog dobra sadrži ujedno i nalog o brisanju iz zemljišnih knjiga općeg dobra (ako je upisano u zemljišnoj knjizi!) i upisu neotuđivog vlasništva Republike Hrvatske, a prijedlog za upis podnosi nadležno općinsko državno odvjetništvo (čl. 28. a st. 4. i 5. ZJC). Osoba, koja je podnosi prijedlog za promjenu granice pomorskog dobra radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste nadležnom državnom odvjetništvu, osim odluke o promjeni granice pomorskog dobra dostavlja i parcelacijski elaborat koji prati tu promjenu u katastru.

3.6.2.7. Ukidanje statusa javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske

Novim čl. 28. b ZJC-a propisan je postupak ukidanja statusa javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske. U slučaju kada je potrebno radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste za određenu nekretninu ili njezin dio ukinuti status javnog vodnog dobra, tada Vlada Republike Hrvatske, odnosno tijelo koje ona ovlasti donosi odluku da se sukladno lokacijskoj dozvoli za javnu cestu za određenu nekretninu ili njezin dio ukine status javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske. I taj je postupak ovlaštena pokrenuti osoba koja prema čl. 26. ZJC-a ima pravo podnijeti prijedlog za izvlaštenje radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste. Isto tako ta odluka mora sadržavati i odredbu o brisanju u zemljišnim knjigama javnog vodnog dobra i o upisu nekretnine kao neotuđivog vlasništva Republike Hrvatske. Isto kao i kod promjene granica pomorskog dobra, osoba koja podnosi prijedlog za ukidanje statusa javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske dužna je odluku o ukidanju statusa i parcelacijski elaborat dostaviti nadležnom državnom odvjetništvu, koja pak onda podnosi prijedlog za promjenu, odnosno upis u zemljišnoj knjizi.

Nekretnine kojima je radi građenja, rekonstrukcije i održavanja javne ceste ukinut status javnog vodnog dobra u vlasništvu Republike Hrvatske preuzimaju na upravljanje osobe koje su na temelju ZJC-a ovlaštene upravljati javnim cestama

(Hrvatske autoceste d.o.o., Hrvatske ceste d.o.o., županijske uprave za ceste, odnosno upravno tijelo Grada Zagreba koje upravlja županijskim, odnosno lokalnim cestama na području Grada Zagreba).

Isto tako čl. 28 b st. 7. ZJC-a određeno je da se odredbe čl. 28. b ZJC-a na odgovarajući način primjenjuju i na izuzimanje i drugih nekretnina koje se na temelju posebnog propisa smatraju javnim dobrom u vlasništvu Republike Hrvatske.

3.6.2.8. Postupanje u svezi s nekretninama za koje je do dana stupanja na snagu ZID ZJC proveden postupak izvlaštenja

Čl. 20. – 24. ZID ZJC-a proširena je primjena predloženih izmjena i dopuna i na pravne odnose nastale prije donošenja ovoga Zakona. Prijelaznim odredbama uređen je prijelaz na novi režim za svaki novouređeni aspekt pravnih odnosa na javnoj cesti, preuzimanje upravljanja i održavanje infrastrukture izgrađene na ili izvan cestovnog zemljišta, nekretnine izvlaštene izvan koridora javne ceste, promjene namjene zemljišta u drugim posebnim režimima. Osnovno je pravilo da se i za pravne odnose, koji su nastali do stupanja na snagu izmjena i dopuna, uspostavljaju novi odnosi u skladu s ranije navedenim promjenama.

U svakom slučaju predviđeno je da Vlada Republike Hrvatske ili tijelo koje ona ovlasti donosi odluku o promjeni statusa nekretnine (izuzimanje iz režima općeg dobra i prijelaza u vlasništvo Republike Hrvatske) i to na prijedlog osobe iz čl. 26. ZJC. Ta odluka mora sadržavati i odredbu o brisanju u zemljišnim knjigama općeg dobra i upisu nekretnine kao vlasništva Republike Hrvatske. Kod toga je u slučajevima kada nekretnina prelazi iz režima općeg dobra u vlasništvo Republike Hrvatske, propisana obveza osobe ovlaštene za upravljanje javnom cestom da te nekretnine predaju na upravljanje Republici Hrvatskoj i to u roku od godine dana od dana donošenja same odluke.

Iz dosada navedenog vidljivo je na koji način je bio reguliran pravni status javnih cesta, pri čemu odredbe o načinu izvlaštenja nekretnina za potrebe javnih cesta, te načinu upisa u zemljišnu knjigu omogućavaju lakše upravljanje tim nekretninama.

4. PRAVNI STATUS NERAZVRSTANIH CESTA U PERIODU OD 1984. DO 2010. GODINE

4.1. Zakon o cestama iz 1984. godine

Kao što je već rečeno Zakon o cestama iz 1984. godine definirao je nerazvrstanu cestu kao u čl. 14. st. 1. Zakona kao površinu koja se koristi za promet po bilo kojoj osnovi i koja je pristupačna većem broju različitih korisnika (seoski, poljski i šumski putovi, putovi na nasipima za obranu od poplava i slično). St. 2. je pak propisana nadležnost općinske skupštine u određivanju načina korištenja, održavanja, zaštite,

rekonstrukcije i izgradnje nerazvrstanih cesta. Isto tako navedenim je Zakonom bilo izričito propisano da se imovinska prava ne mogu stjecati na javnim cestama, što bi moglo značiti da su nerazvrstane ceste mogle biti u vlasničkom režimu i u vrijeme socijalističkoga društvenog uređenja.

4.2. Zakon o komunalnom gospodarstvu

Drugi bitan propis je ZKG, koji određuje što su komunalne djelatnosti i na što se iste odnose. Tako je u čl. 3. st. 1. ZKG-a propisano da se komunalnom djelatnosti u smislu toga Zakona podrazumijeva, između ostalog, održavanje nerazvrstanih cesta (toč. 7.). U st. 8. istoga članka propisano je da se pod održavanjem nerazvrstanih cesta podrazumijeva održavanje površina koje se koriste za promet po bilo kojoj osnovi i koje su pristupačne većem broju korisnika, a koje nisu razvrstane ceste u smislu posebnih propisa, te gospodarenje cestovnim zemljištem uz nerazvrstane ceste.

Iz gore navedenih odredaba ZKG-a nije jasno definiran pravni status nerazvrstanih cesta. U literaturi su se stoga nalazila različita stajališta glede pitanja pravnog statusa nerazvrstanih cesta, od toga da bi te prometnice trebale biti, jednako kao donedavno i javne ceste, opće dobro, do toga da su te nekretnine u vlasništvu jedinica lokalne samouprave, općina i gradova na čijem se području iste nalaze.³⁷

Po našem mišljenju nema nikakvoga razloga da pravni status svih prometnica ne bude određen na jedinstveni način, tj. da pravni status svih prometnica bude identičan, a to je da su to javna dobra u općoj uporabi, s tim da bi kod nerazvrstanih cesta iste trebale biti u vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, odnosno u vlasništvu općina i gradova na čijem se području takve nekretnine nalaze, ali istodobno bi o tim nekretninama općine i gradovi vodili brigu, održavali ih i uređivali.

5. STANJE UPISA PROMETNICA U ZEMLJIŠNOJ KNJIZI

Već je pomalo otrcano govoriti u kakvom su stanju zemljišne knjige, odnosno da zemljišne knjige, ali često puta niti katastar, ne prikazuju točno, aktualno pravno stanje nekretnine, stanje nekretnine koje je mjerodavno za pravni promet. Možda je najlošija situacija u evidentiranju cesta, javnih i nerazvrstanih, budući da su predmetne nekretnine bile izvan pravnog prometa, pa nije često puta bilo niti interesa da se uskladi stvarno stanje sa stanjem u zemljišnim knjigama. To je razlog

³⁷ Vidi opširnije:

- J. Nakić, Pravni status nerazvrstanih cesta, u knjizi „Vlasničkopravni odnosi i zemljišne knjige“ autora J. Crnić, O. Jelčić, A. M. Končić, D. Kontrec, G. Mihelčić, J. Nakić, D. Pahić, Đ. Sessa, Novi informator, Zagreb, 2007., str. 159-186.,
- J. Jug, Pravni status općih dobara, u knjizi „Nekretnine u pravnom prometu“, Inženjerski biro, Zagreb, 2004., kao i članak „Opća dobra i javna dobra u općoj uporabi, u knjizi „Nekretnine u vlasništvu Republike Hrvatske i opća dobra“, Inženjerski biro, Zagreb, 2007.

da su često puta na prometnicama i nadalje upisani raniji vlasnici, da rješenja o eksproprijaciji nisu bila provedena u zemljišnim knjigama, da čak i najnovije autoceste u pravilu nisu evidentirane u zemljišnim knjigama.

Stoga nam se čini za potrebnim istaknuti da se prometnice, kao javno dobro u općoj uporabi mora upisati u zemljišnu knjigu u skladu s odredbom čl. 23. st. 5. ZZK, dakle kao vlasništvo Republike Hrvatske, ako vlasnik takvih nekretnina nije jedinica lokalne samouprave. Ujedno se mora naznačiti tijelo ili ustanova kojoj su javna dobra u općoj, odnosno javnoj uporabi dana na upravljanje, odnosno tijelo koje njima neposredno upravlja.

Čini nam se isto tako upozoriti da se u postupcima osnivanja, odnosno obnove zemljišnih knjiga ne bi smjele događati situacije da se javna cesta ili nerazvrstana cesta upisuje u vlasništvo ili suvlasništvo fizičkih osoba, jer je to u protivnosti s odredbom čl. 23. st. 5. ZZK-a. Ovdje iznosimo dva primjera iz prakse za koje smatramo da nadležni sudovi nisu pravilno postupali.

Na području k.o. K. vođen je postupak obnove zemljišne knjige. Kroz navedenu katastarsku općinu prolazi Jadranska magistrala, koja predstavlja javnu cestu i koja je od 1996. pa do zadnjih izmjena Zakona o javnim cestama 2009. godine bila opće dobro. U postupku obnove zemljišne knjige zemljišnoknjižni sud je na nekretnini koja je bila opće dobro – državna cesta upisao kao vlasnike fizičke osobe, kojima su nekretnine oduzete i s kojih su nekretnina deposedirani prije više od 40 do 50 godina. Takav način postupanja izazvao je veliki broj prigovora u ispravnom postupku, a što je dovelo do dugotrajnoga postupka osnivanja nove zemljišne knjige.

U jednom drugom slučaju u k.o. K. M. izvodadž katastarskih radova snimio je trasu županijske ceste, koja prema identifikaciji dijelom predstavlja staru katastarsku česticu ceste, a dijelom predstavlja i dijelove nekretnina drugih vlasnika, na koje je cesta kasnije proširena. U postupku osnivanja nove zemljišne knjige zemljišnoknjižni sud je utvrdio suvlasničku zajednicu i to prema kvadraturi koja pripada kojoj od starih nekretnina, pa je novonastala nekretnina dijelom napisana da je opće dobro, a dijelom da se nalazi u suvlasništvu 30 i više osoba u točno određenom suvlasničkom dijelu. Ne treba posebno naglašavati da javne ceste postoje na tim nekretninama više od 30 do 40 godina, da sada raniji vlasnici postavljaju zahtjev za naknadu tržišne vrijednosti nekretnine tvrdeći da nikada nisu bili isplaćeni, da se pokreću postupci radi uređenja međe između nekretnina koje su javno dobro u općoj uporabi i nekretnina koja je u vlasništvu fizičke ili pravne osobe.

Gore navedene primjere iznosimo kako bi ponovno ukazali na činjenicu da se postupci novih katastarskih izmjera, a posljedično tomu i postupci osnivanja ili obnove zemljišnih knjiga provode zbog toga da zemljišna knjiga postane točna, ažurna evidencija koja će prikazivati točno pravno stanje nekretnine, a ne da zemljišna knjiga i nakon provedenih postupaka obnove, odnosno osnivanja, ostane i nadalje nesređena, odnosno da predstavlja izvor niza novih sudskih sporova.

Kod toga nam se posebno problematičnim čini uknjižba cesta (javnih i nerazvrstanih), a koje su građene prije 30 do 40 godina. Naime, kako se cesta smatra građevinom, te je za izgradnju cesta potrebna odgovarajuća dozvola, pa se u tom

dijelu moraju primijeniti odredbe čl. 330. do 333. ZPUG-a, koje točno određuju koja dokumentacija je potrebna da bi se takva građevina mogla legalizirati, odnosno da bi se ista mogla snimiti za katastar, te nakon toga prijavnim listom upisati i u zemljišnu knjigu. U praksi su vrlo česte situacije da potrebne dokumentacije – građevnih, lokacijskih dozvola nema, da ne postoje (ili bolje rečeno) ne mogu se naći pravomoćna rješenja o eksproprijacije, a što onda izaziva probleme kod uknjižbe, zahtjeve upisanih vlasnika za naknadu za oduzete nekretnine itd.

6. PRIJEDLOG ZAKONA O CESTAMA

Već smo ranije naveli kakva su bila zakonodavna rješenja glede pravnog statusa prometnica, pri čemu je pravni status javnih cesta zakonski određen da su to javna dobra u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu Republike Hrvatske, dok kod nerazvrstanih cesta taj pravni status još uvijek nije riješen.

No, Prijedlog Zakona o cestama³⁸, koji je u proceduri pred Saborom Republike Hrvatske, ipak i u tom dijelu unosi određene novine.

6.1. Pravni status javnih cesta

U čl. 3. st. 1. PZC-a određuje se da su javne ceste javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu Republike Hrvatske. Iste se ne mogu otuđiti iz vlasništva Republike Hrvatske, niti se na njima mogu stjecati stvarna prava, osim u slučajevima propisanim zakonom (st. 2.). U st. 3. istog članka propisano je da se na javnim cestama može osnovati pravo služnosti i pravo građenja radi izgradnje komunalnih, vodnih, energetskih građevina i građevina elektroničkih komunikacija, na način propisan ovim Zakonom. Javna cesta postaje javno dobro u općoj uporabi pravomoćnošću uporabne dozvole, odnosno izdavanje drugog akta kojim je dopuštena, a uporaba građevine po posebnom propisu (st. 5.). Regulirano je i pitanje upisa javne ceste u zemljišnu knjigu (st. 6.). Tako je određeno da se javna cesta upisuje u zemljišne knjige na temelju pravomoćne uporabne dozvole kao javno dobro u općoj uporabi i kao neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske, uz upis Hrvatskih autocesta d.o.o. kao pravne osobe ovlaštene upravljati autocestama, Hrvatskih cesta d.o.o. kao pravne osobe ovlaštene upravljati državnim i županijskim cestama, te županijske uprave za ceste kao pravne osobe ovlaštene upravljati županijskim i lokalnim cestama. Određeno je i da se pravo služnosti i pravo građenja na javnoj cesti te pravo koncesije na javnoj cesti upisuje u zemljišne knjige u skladu s propisima koji uređuju zemljišne knjige (st. 7.), a da se korištenje cestovnog zemljišta može upisati

38 Prijedlog Zakona o cestama, P.Z.E. br. 661, dalje PZC, prošao je prvo čitanje, te je na 20. sjednici dana 3. prosinca 2010. godine donesen zaključak da se prihvaća Prijedlog Zakona, te da će sve primjedbe, prijedlozi i mišljenja biti upućena predlagatelju radi pripreme Konačnog prijedloga zakona i to jednoglasno sa 107 glasova „za“, vidi mrežnu Internet stranicu – www.sabor.hr

u zemljišnu knjigu po pravilima o upisu zakupa, također sukladno propisima koji uređuju zemljišne knjige (st. 8.).

Preciznije je određeno što sve čini javnu cestu. Čl. 3. PZC-a određeno je da javnu cestu čini cestovna građevina (donji stroj, kolnička konstrukcija, most, vijadukt, podvožnjak, nadvožnjak, propust, tunel, galerija, potpuni i obložni zid, nasip, pothodnik i nathodnik), građevine za odvodnju ceste i pročišćavanje otpadnih voda sakupljenih na cestovnoj građevini, kanali oborinske odvodnje izgrađeni na cestovnom zemljištu koji služe isključivo zaštiti javne ceste, zemljišni pojas s obje strane ceste potreban za nesmetano održavanje ceste širine prema projektu ceste, a najmanje jedan metar računajući od crte koja spaja krajnje točke poprečnog presjeka ceste, cestovno zemljište u površini koju čine površina zemljišta na kojoj prema projektu treba izgraditi ili je izgrađena cestovna građevina, površina zemljišnog pojasa te površina zemljišta na kojima su prema projektu ceste izgrađene ili se trebaju izgraditi građevine potrebne za održavanje ceste i pružanje usluga vozačima i putnicima te naplatu cestarine predviđeni projektom ceste (objekti za održavanje cesta, upravljanje i nadzor prometa, naplatu cestarine, benzinske postaje, servisi, parkirališta, odmorišta i drugi), građevine na cestovnom zemljištu, za potrebe održavanja ceste i pružanja usluga vozačima i putnicima te naplatu cestarine, predviđene projektom ceste, stabilni mjerni objekti i uređaji za nadzor vozila, priključci na javnu cestu izgrađeni na cestovnom zemljištu, prometni znakovi i uređaji za nadzor i sigurno vođenje prometa i oprema ceste, građevine i oprema za zaštitu ceste, prometa i okoliša.

I nadalje je ostala podjela javnih cesta na autoceste, državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste (čl. 6. PZC). Mjerila za razvrstavanje određuje Vlada Republike Hrvatske, dok sam akt (odluku) o razvrstavanju donosi nadležni ministar mora, prometa i infrastrukture i ta se odluka objavljuje u službenom glasilu (čl. 7. PZC).

6.2. Pravni status nerazvrstanih cesta

Veliku vrijednost ovoga zakonskog prijedloga nalazimo u činjenici da se po prvi puta detaljnije pokušava definirati što se smatra nerazvrstanom cestom. U čl. 98. st. 1. PZC-a je tako određeno da su nerazvrstane ceste površine koje se koriste za promet vozilima i koje svatko može slobodno koristiti na način i pod uvjetima određenim ovim Zakonom i drugim propisima, a koje nisu razvrstane kao javne ceste u smislu ovog Zakona i to posebice:

- ceste na području gradova s više do 35 000 stanovnika, te gradova koji su sjedišta županija, a koje su Odlukom o razvrstavanju javnih cesta u državne ceste, županijske ceste i lokalne ceste („Narodne novine“ br. 54/08, 122/08, 137/09, 104/09, 17/10) bile razvrstane u javne ceste, a odlukom o razvrstavanju javnih cesta iz čl. 7. st. 2. ovoga Zakona neće biti razvrstane u javne ceste (u daljnjem tekstu gradske ceste),

- 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 i
- druge ceste na područja naselja i gradova.

O tomu koje su ceste gradske ceste odlukom određuje nadležni ministar i ta se odluka objavljuje u „Narodnim novinama“ (čl. 98. st. 2. i 3. PZC).

Detaljno je propisano što sve čini nerazvrstanu cestu (čl. 99. PZC). Tako istu čini cestovna građevina (donji stroj, kolnička konstrukcija, sustav za odvodnju atmosferskih voda s nerazvrstane ceste, drenaže, most, vijadukt, podvožnjak, nadvožnjak, propust, tunel, galerija, potporni i obložni zid, pothodnik, nathodnik i slično), nogostup, biciklističke staze te sve prometne i druge površine na pripadajućem zemljištu (ugibališta, parkirališta i slično), cestovno zemljište u površini koju čine površina zemljišta na kojoj se prema projektu treba izgraditi ili je izgrađena cestovna građevina, površina zemljišnog pojasa te površina zemljišta na kojima su prema projektu ceste izgrađene ili se trebaju izgraditi građevine potrebne za održavanje ceste i pružanje usluga vozačima i putnicima (objekti za održavanje cesta, upravljanje i nadzor prometa, benzinske postaje, servisi i drugi), zemljišni pojas s obje strane ceste potreban za nesmetano održavanje ceste širine prema projektu ceste, prometna signalizacija i oprema za upravljanje i nadzor prometa, javna rasvjeta i oprema ceste, nogostup, biciklističke staze, zelene površine te sve prometne i druge površine na pripadajućem zemljištu (okretišta, ugibališta, stajališta javnog prijevoza, parkirališta i slično).

PZC u čl. 100. st. 1. konačno definira pravni status nerazvrstane ceste i to kao javnoga dobra u općoj uporabi u vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalazi. St. 2. propisana je zabrana otuđenja, odnosno stjecanja stvarnih prava na nerazvrstanim cestama, osim prava služnosti i prava građenja radi izgradnje građevine sukladno odluci predstavničkog tijela lokalne i područne samouprave, pod uvjetom da ne ometaju odvijanje prometa i održavanje nerazvrstane ceste. I dio takve ceste može se dati u zakup (st. 3.) u skladu s propisima komunalnoga gospodarstva.

Propisan je način upisa nerazvrstanih cesta u zemljišnu knjigu. Tako je u čl. 101. st. 1. PZC-a propisano da nerazvrstana cesta postaje javno dobro u općoj uporabi pravomoćnošću uporabne dozvole, odnosno izdavanjem drugog akta temeljem kojega je dopuštena uporaba građevine po posebnom propisu. Upis se vrši kao javno dobro u općoj uporabi kao neotuđivo vlasništvo jedinice lokalne samouprave.

6.3. Upis javnih cesta u zemljišne knjige

PZC napušta potrebu da se za izgrađene ceste pribavljaju potrebni dokumenti koje uređuju propisi ZPUG-a. Naime, u čl. 124. PZC-a izričito se propisuje da se na evidentiranje javnih cesta u katastru i upis u zemljišne knjige iz čl. 122. i 123. istoga Zakona ne primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuje prostorno uređenje i gradnja, a kojima je propisana parcelacija građevinskog zemljišta i evidentiranje

građevina u katastru, niti odredbe zakona kojima se uređuje katastar nekretnina te odredbe drugih zakona koje su protivne odredbama čl. 122. do 129. PZC-a.

Prije svega u čl. 122. PZC-a određeno je da se javne ceste izgrađene do dana stupanja na snagu tog Zakona, a za koje je izrađena snimka izvedenoga stanja i koje su evidentirane u katastru, vrši upis u zemljišnu knjigu kao javno dobro u općoj uporabi, kao neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske uz upis pravne osobe koja je ovlaštena upravljati javnom cestom. Takav upis trebalo bi vršiti bez obzira na postojeće upise u zemljišne knjige. Isto tako se određuje da će takav upis provesti zemljišnoknjižni sud po službenoj dužnosti na temelju odluke iz čl. 7. toč. 2. ovoga Zakona (odluka ministra o razvrstavanju javnih cesta) i prijavnog lista sa snimkom izvedenog stanja koje nadležnom zemljišnoknjižnom sudu dostavlja tijelo nadležno za katastar. Ovdje se može postaviti određena rezerva gdje se navodi da će se upis provesti bez obzira na stanje u zemljišnoj knjizi, odnosno bez obzira na postojeće upise u zemljišnoj knjizi. Pitanje je samo može li se takav upis provesti u redovitom zemljišnoknjižnom postupku, gdje vrijedi načelo knjižnog prednika ili se takav upis treba provoditi u pojedinačnom ispravnom postupku.

Ukoliko pak javne ceste nisu evidentirane u katastru ili nije evidentirano njihovo stvarno stanje, tada se javne ceste, sukladno odredbi čl. 123. PZC-a, evidentiraju u katastru na temelju odluke iz čl. 7. toč. 2. ovog Zakona i geodetskog elaborata kojim je snimljeno izvedeno stanje, a kojeg pribavlja i tijelu nadležnom za katastar dostavlja pravna osoba koja upravlja javnom cestom. I takve se javne ceste upisuju u zemljišnu knjigu u skladu s odredbom čl. 122. PZC-a.

U čl. 125. st. 1. PZC-a propisano je postupanje u slučaju rekonstrukcije javne ceste izvedenih do stupanja na snagu ovog Zakona. Tako je određeno da za rekonstrukcije koje su izvedene u skladu s prostornom dokumentacijom vrijede odredbe čl. 122. do 124. PZC-a. Također je propisano da nekretnine koje su prema ovom Zakonu javne ceste i koje su bile u uporabi kao javne ili nerazvrstane ceste prije 1. siječnja 1997. godine, su javno dobro u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu Republike Hrvatske.

Vezano uz javne ceste izgrađene nakon stupanja na snagu ovoga Zakona, uknjižba se provodi u skladu s općim pravilima zemljišnoknjižnog prava i to na prijedlog nadležnog državnog odvjetništva (čl. 126. PZC). Zemljišnoknjižni sud o izvršenom upisu dužan je donijeti odgovarajuće rješenje (čl. 127. PZC).

Odredbe o uknjižbi javnih cesta ne odnose se na uknjižbu prava vlasništva na ostalim građevinama izgrađenim na javnoj cesti. U tom se slučaju primjenjuju opći propisi kojima se uređuje uknjižba prava vlasništva (možda točnije i promjena izgrađenosti nekretnine).

Postojeći upisi javnih cesta kao općeg dobra u zemljišnim knjigama, zamijenit će se po službenoj dužnosti upisom javnog dobra u općoj uporabi kao neotuđivo vlasništvo Republike Hrvatske.

6.4. Upis nerazvrstanih cesta u zemljišne knjige

U čl. 130. st. 1. PZC-a određuje se da sve površine (možda bi bilo pravilnije govoriti o cestama), a koje nisu razvrstane kao javne ceste, postaju nerazvrstane ceste, s tim da se svi postojeći upisi glede nerazvrstanih cesta u zemljišnoj knjizi, prema st. 2. istog članka, zamijenjuju po službenoj dužnosti upisom nerazvrstane ceste kao javnog dobra u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalazi (grad ili općina).

Ukoliko nerazvrstana cesta nije bila upisana u zemljišnoj knjizi ili nije u zemljišnoj knjizi bilo upisano stvarno stanje, tada se takve ceste upisuju u zemljišnu knjigu na temelju prijavnog lista katastra i nakon što kao takva bude evidentirana u katastru, a prijavi list zemljišnoknjižnom sudu dostavlja nadležni zemljišnoknjižni sud (čl. 130. st. 3. PZC). Ako nerazvrstana cesta nije evidentirana niti u katastru, potrebno je izvršiti snimku izvedenog stanja na temelju odgovarajućeg geodetskog elaborata, a kojeg pribavlja i tijelu nadležnom za katastar dostavlja jedinica lokalne samouprave, odnosno pravna osoba koja je ovlaštena upravljati nerazvrstanom cestom sukladno čl. 106. PZC-a.

U čl. 130. st. 6. PZC-a izričito je određeno da nekretnine koje su bile nerazvrstane ceste i koje su bile u uporabi kao nerazvrstane ili javne ceste prije 1. siječnja 1997. godine, su javno dobro u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu jedinice lokalne samouprave na čijem se području nalaze.

Čl. 131. PZC-a odnosi se na upise gradskih cesta. Naime, prema stavku 1. postojeći upisi u katastru i zemljišnim knjigama javnih cesta koje su postale gradskim cestama po službenoj se dužnosti zamijenjuju upisom nerazvrstane ceste javnog dobra u općoj uporabi kao neotuđivog vlasništva jedinice lokalne samouprave na temelju odluke iz čl. 98. st. 2. ovoga Zakona. Prema st. 2. istoga članka potrebne podatke o tome zemljišnoknjižnom sudu po službenoj dužnosti dostavlja tijelo nadležno za katastar. Ukoliko pak gradske ceste nisu evidentirane u katastru ili u katastru nije evidentirano stvarno stanje, tada je potrebno izraditi na zahtjev jedinice lokalne samouprave ili tvrtke koja upravlja nerazvrstanom cestom, geodetski elaborat stvarnoga stanja, koji se potom u obliku prijavnog lista dostavlja nadležnom zemljišnoknjižnom sudu radi provedbe (čl. 131. st. 3. i 4. PZC).

I u čl. 132. st. 1. PZC-a stoji odredba da se upisi iz čl. 130. st. 1. i čl. 131. st. 1. PZC-a u zemljišnoj knjizi provede nezavisno o postojanju upisa vlasništva i/ili drugih stvarnih prava trećih osoba, a na te se upise na odgovarajući način primjenjuje odredba čl. 127. PZC-a. Isto tako postoji odredba (st. 3.) da se na evidentiranje u katastru i upis u zemljišnoj knjizi nerazvrstanih cesta iz čl. 130. st. 1. i čl. 131. st. 1. PZC-a ne primjenjuju odredbe zakona kojima se uređuje prostorno uređenje i gradnja glede parcelacije građevinskog zemljišta i evidentiranja građevina u katastru, a niti odredbe drugih zakona i propisa koje su protivne čl. 130. i čl. 131. ovoga Zakona.

Iz gore navedenoga vidljivo je da je i zakonodavac prepoznao problem teškoća kod upisa javnih i nerazvrstanih cesta u zemljišnoj knjizi i njihova evidentiranja u katastru, posebice s obzirom na propise o gradnji i prostornom uređenju, pa se na

ovaj način pokušala olakšati provedba samoga zakona. No valja pričekati i Konačni prijedlog Zakona o cestama i vidjeti kakva će rješenja ovaj prijedlog u konačnici sadržavati.

7. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz navedenog se može jasno zaključiti da je zakonodavac konačno odlučio da pravni status svih prometnica bude isti, a to je da su prometnice, javne i nerazvrstane ceste javno dobro u općoj uporabi u neotuđivom vlasništvu Republike Hrvatske, odnosno jedinice lokalne samouprave. Time je omogućeno da se na tim nekretninama može zasnovati pravo služnosti odnosno pravo građenja, a što u režimu općeg dobra nije bilo moguće. Time će se riješiti pitanja izgradnje potrebnih trafostanica, ali i drugih objekata uz prometnice ili na samom cestovnom zemljištu.

Posebno nam se čini bitnim olakšati upise cesta u zemljišnim knjigama, pogotovo kod onih prometnica koje su izgrađene prije stupanja na snagu ZV-a.

Prijedlog Zakona o cestama u tom smislu, iako donosi i određene dvojbe, valja pozdraviti i nadati se da će zakonodavac svojim rješenjima omogućiti evidentiranje prometnica u katastru i zemljišnim knjigama, a ne donijeti propise koji će te upise dalje otežavati.

Summary

A LEGAL STATUS OF TRAFFIC ROADS AND THEIR ENTRY IN LAND REGISTERS

The author in the article considers a legal status of traffic roads – public roads and unclassified roads in the last thirty years in the Republic of Croatia analysing the legislative acts which have regulated the legal status in question. Moreover, he discusses the issue concerning the traffic roads entry in land registers and points at certain problems arising from it. A special attention has been given to the Bill on Traffic Road Act and legal solutions within it. In December 2010, the Bill was given a first reading before the Parliament.

Key words: *public roads, unclassified roads, expropriation procedure, traffic roads entry in land registers.*

Zusammenfassung

RECHTSLAGE VON STRASSEN UND IHRE EINTRAGUNG INS GRUNDBUCH

Die vorliegende Arbeit untersucht die Rechtslage von öffentlichen und anderen nicht klassifizierten Straßen in den letzten dreißig Jahren. Zu diesem Zweck werden die Gesetzesregelungen über solche Straßen in der Republik Kroatien analysiert. Insbesondere wird auf die Frage der Eintragung von Straßen ins Grundbuch und auf mögliche Schwierigkeiten aufmerksam gemacht. Darüber hinaus, wird der Vorschlag des Straßengesetzes, welches im Dezember 2010 in erster Lesung im Parlamentsverfahren war, kritisch untersucht.

Schlüsselwörter: *öffentliche Straßen, nicht klassifizierte Straßen, Enteignungsverfahren, Eintragung der Straßen ins Grundbuch.*

Riassunto

LO STATO GIURIDICO DELLE STRADE ED ISCRIZIONE NEI LIBRI FONDIARI

Nel lavoro viene esaminato lo stato giuridico delle strade, pubbliche e non classificate, negli ultimi trent'anni nella Repubblica di Croazia e ciò attraverso l'analisi delle soluzioni normative che regolarono, ovvero regolano, lo stato giuridico delle strade. Si esamina altresì la questione dell'iscrizione delle strade nei libri fondiari, indicando i problemi che sorgono in merito. In particolare si prende in esame la proposta di legge sulle strade, la quale nel dicembre del 2010 era alla sua prima lettura in Parlamento, come pure le soluzioni ivi adottate.

Parole chiave: *strade pubbliche, strade non classificate, procedimento di espropriazione, iscrizione delle strade nei libri fondiari.*

O VJEŠTAČENJU U PARNIČNOM POSTUPKU S POSEBNIM OSVRTOM NA VJEŠTAČENJE U PODRUČJU MEDICINE

Dr. sc. Jozo Čizmić, redoviti profesor
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 347.948
Ur.: 31. siječnja 2011.
Pr.: 16. ožujka 2011.
Izvorni rad

Sažetak

Vještaci su treće osobe, različite od stranaka i suda(ca), koje svojim stručnim znanjem ili posebnim iskustvom omogućuju sudu da sazna određenu činjenicu. Vještaci se koriste kao dokazna sredstva kad sud ne raspolaže određenim stručnim znanjem, nužnim za saznanje određenih činjenica. U radu je autor ukazao na neke aspekte o pojmu vještačenja i vještaka, određivanju vještaka, obavljanju vještačenja od strane pravnih i fizičkih osoba, dužnosti vještačenja; izuzeću vještaka, kažnjavanju vještaka, naknadi i nagradi za vještačenje, pozivanju vještaka, nalogu vještaku i identifikaciji vještaka, rukovođenju vještačenjem, nalazu i mišljenju vještaka, proturječnostima i nedostacima u nalazu i mišljenju vještaka, žalbe protiv rješenja o određivanju vještaka, te o posebnoj vrsti vještaka - tumaču. Posebno se osvrnuo na status i rad vještaka medicinske struke.

Ključne riječi: *sudski vještak, parnični postupak.*

I. O POJMU VJEŠTAČENJA I VJEŠTAKA

Vještačenje je parnična radnja u okviru koje vještak, kao osoba koja raspolaže posebnim znanstvenim ili stručnim znanjem i iskustvom, primjenjuju znanstvena i stručna znanja, vještine i metode na činjenice koje predstavljaju predmet vještačenja.¹ Vještačenje je, dakle, parnična radnja kojom se pribavlja posebni dokaz - iskaz vještaka i kao takva pridonosi ostvarenju načela traženja materijalne istine.

Vještaci (engl. *expert witness; surveyers, court experts*; njem. *Sachverstaendige, Gutachter, Gerichtsgutachter*; talij. *periti, periti giurati*.) su, pak, osobe koje sudu na temelju svoga stručnoga znanja iznose svoja zapažanja o predmetu vještačenja (nalaz) i svoje zaključke o određenim činjenicama izvedene na temelju rezultata toga ispitivanja (mišljenje). Vještak je, dakle, osoba pozvana da pred sudom, koristeći

1 Tako SIJERČIĆ-ČOLIĆ, H. - VULETA, D. - HADŽIOMERAGIĆ, M., *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1999., str. 310.

se svojim stručnim znanjem, iznese: svoja sadašnja stručna zapažanja potrebna za utvrđenje sadržaja neke relevantne činjenice (NALAZ) i svoje stajalište o značenju, vjerovanju, uzrocima i posljedicama određenih činjenica koje bi mogle biti važne za utvrđivanje istinitosti u dokazivanju (MIŠLJENJE).² Tako, primjerice, vještak medicinske struke pomaže sudu da utvrdi što je prihvatljivo u redovitoj praksi, a što u posebnim okolnostima. Pritom osiguravajući da se profesionalno određeni standardi u realnim kliničkim situacijama aktualno potvrde i usporede sa standardima iskazanim u retorici kliničkih vodiča. Drži se da uspostavljeni standardni postupci u okviru protokola i vodiča dobre prakse jesu primarno relevantni, ali ne mogu biti zamjena za vještaka, pogotovo ako postoje suprotstavljeni vodiči razvijeni u različitim bolnicama.³

Sud treba izvesti dokaz vještačenjem kad je radi utvrđivanja ili razjašnjenja kakve činjenice potrebno **stručno znanje kojim sud ne raspolaže** (Zakon o parničnom postupku, „Narodne novine“, broj 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, dalje – ZPP, čl. 250.). Sud bi, u pravilu, trebao pozvati vještaka uvijek kad je potrebno takvo stručno znanje koje bitno prelazi razinu znanja koje na tom području sudac obično dostigne.⁴ Kriterij je, dakle, stupanj znanja čovjeka koji posjeduje opće obrazovanje i životno iskustvo kao sudac.⁵ Uloga vještaka u parničnom postupku jest da svojim stručnim znanjem utvrde okolnosti na temelju kojih sam sud mora zaključiti o postojanju odnosno nepostojanju odlučnih činjenica.⁶ Tako pitanje je li tuženik osigurao odgovarajuće mjere zaštite na radu predstavlja stručno, a ne obično faktičko pitanje, pa se isto treba razjasniti vještačenjem, a ne samo svjedoka.⁷ Izvođenje vještačenja ima prednost pred

2 Usp. TRIVA, S. - BELAJEC, V. - DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986., dalje - TRIVA, str. 432.

3 Vidi MUJOVIĆ ZORNIĆ, H., *Značaj vještačenja lekarske greške u građanskom postupku*, zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, br. 6, Mostar, 2008., str. 393.

4 Tako u okviru Hrvatskog društva sudskih vještaka djeluju sljedeće **sekcije**: za arhitekturu i graditeljstvo, za balistiku i mehaničke tragove, za carinsko poslovanje, za defektologiju, za drago kamenje, dijamante i zlatarstvo, za elektroniku, elektrotehniku i automatiku, za financije, računovodstvo, aktuaristiku, devizno i vanjsko trgovinsko poslovanje, ekonomiku poslovanja i organizaciju rada, za geodeziju, za gospodarstvo, za glazbarstvo, za informatiku, za kemiju i toksikologiju, za krivotvoreni novac, za medicinu, za promet vozila, za rukopise, za sigurnost i zaštitu na radu, zaštitu od požara i eksplozija i sigurnost u željezničkom prometu, za strojarstvo, industrijska i druga postrojenja, fotografiju i tisak, za telekomunikacije, za veterinarstvo.

5 Vidi POZNIĆ, B., VRŽALIĆ, M., BAČIĆ, F., *Zakon o parničnom postupku sa komentarom*, Beograd, 1957., str. 220.

6 U tom je smislu odluka VSJ, Rev- 724/58., PŽ 3-4/59.

7 Usp. odluku VPSS, SI- 1053/71. od 21. rujna 1979. god. – podatak kod JANKOVIĆ, M. - KARAMARKOVIĆ, H. - JANKOVIĆ, Ž. - PETROVIĆ, D., *Komentar zakona o parničnom postupku*, 3. izdanje, Beograd, 1990., dalje - JANKOVIĆ, str. 289. **Napominjemo da se u radu pozivamo na sudsku praksu sudova bivše SFR Jugoslavije, te na praksu sudova zemalja nastalih njezinim raspadom, i to u onim slučajevima kada su sudske odluke utemeljene na odredbama koje su po svom sadržaju istovjetne ili uvelike slične odredbama hrvatskih propisa.**

oslanjanjem na stručno znanje suda jer se nalaz i mišljenje vještaka podvrgavaju diskusiji i kritici na raspravi na kojoj sudjeluju stranke.⁸

ZPP sadrži samo opće odredbe o vještačenju kojima se, ponajviše, propisuje procesni tijek vještačenja. Pravilnost samog vještačenja osigurava se postupanjem *lege artis*, po pravilima odgovarajuće znanosti, struke ili vještine, pa je zato nepodesna za (procesno)pravnu regulativu i uopće joj ne podliježe.⁹

Vještak treba pomagati sudu isključivo u **utvrđivanju činjenica**, a nikada prilikom odlučivanja o primjeni pravne norme. Tako sudac ne može odrediti vještaka za pravna pitanja, niti od vještaka tražiti odgovor na pravna pitanja. Vještak se ne može upuštati u pravna pitanja ni na osobnu inicijativu, niti svoje mišljenje može utemeljiti na tumačenju pravnih propisa. Predmet vještačenja ne mogu biti propisi koji se trebaju primijeniti na određeni slučaj, već samo propusti u ponašanju osoba i primjeni tih propisa.¹⁰ Vještak se ne može izjašnjavati ni o stupnju i postotku krivnje, već, primjerice, samo o propustima sudionika u prometu koji su u uzročnoj svezi s nastankom štete, a zaključak o doprinosu u nastanku štetnih posljedica donosi sud prema slobodnoj ocjeni (arg. iz čl. 223. ZPP-a).¹¹ Dakle, sud nalaz i mišljenje vještaka koristi samo radi razjašnjenja ili utvrđivanja onih činjenica za koje je potrebno stručno znanje kojim sud ne raspolaže.¹²

Kada sud sudi u **vijeću** nužno je da svi članovi vijeća mogu sami stručno ocijeniti činjenice koje se utvrđuju. Ako samo jedan član vijeća raspolaže potrebnim stručnim znanjem u određenom slučaju, sud mora za izvođenje dokaza odrediti vještaka. Naime, stručno znanje s kojim eventualno raspolaže samo jedan član vijeća, nije stručno znanje suda.

Ukoliko sam sud može određene činjenice pojasniti, primjerice običnim računskim operacijama, pribavljanjem podataka od određene državne institucije koja je ovlaštena voditi evidencije i podatke, iscrpnim saslušanjem stranaka i svjedoka i sl., tada **nema potrebe za vještačenjem**.¹³ U tom smislu parnični sud nije dužan vještačenjem utvrđivati iznos zateznih kamata obračunatih za period kašnjenja u plaćanju glavnog duga, ako je tužitelj priložio obračun iz kojega su vidljivi svi elementi na temelju kojih je sačinjen, a tuženik nije osporio na određeni način ni jedan od elemenata obračuna. U nedostatku prigovora nema razloga ni vještačenju.¹⁴ Usto, da bi se utvrdilo zdravstveno stanje stranke nije uvijek nužno izvesti dokaz medicinskim

8 Tako TRIVA, str. 434.

9 Usp. KULIĆ, R., *Upis i status vještaka u sudskom postupku*, „Pravni život“, broj 12/1998., str. 229.-230.

10 Takvo je stajalište zauzeo VSS u odluci Gž- 4259/74. od 2. travnja 1974. god., JANKOVIĆ, str. 290.

11 Vidi odluku VSS, Gž- 2074/76., podatak kod RISTIĆ, V. - RISTIĆ, M., *Praktikum za parnicu*, Beograd, 1989., dalje - RISTIĆ, str. 234.

12 U tom je smislu odluka VSS, Gž- 3174/77., RISTIĆ, str. 235.

13 Tako SALAJ, Š., *Uloga vještaka u parničnom postupku*, “Pravo i porezi”, XLIX, 2000., br. 10, str. 52.

14 Vidi odluku Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (dalje – VSFBiH), Pž- 129/98. od 19. kolovoza 1998. god. - Bilten sudske prakse VSFBiH, br. 2/98-10.

vještačenjem.¹⁵ I onda kad sud donosi odluku o povjeravanju djece na čuvanje i odgoj, odredit će i način održavanja osobnih odnosa roditelja s djecom. O učestalosti, trajanju i načinu održavanja tih odnosa korisno je pribaviti mišljenje vještaka (psihologa), ali to nije u svakom slučaju potrebno. Takvom vještačenju treba pristupiti ako to iziskuju interesi djeteta, odnosno ako na to upućuju neki posebni razlozi.¹⁶ Možemo kazati da je psihijatrijsko vještačenje svakako odlučan putokaz pri utvrđivanju umne, odnosno poslovne sposobnosti neke osobe, ali ne mora biti i jedini dokaz koji sud treba imati u vidu.¹⁷ Ali, iako je sud u pogledu postojanja kaznenog djela i kaznene odgovornosti vezan za pravomoćnu presudu kojom je tuženik proglašen krivim, u parničnom postupku mogu se vještačenjem utvrđivati činjenice o okolnostima nastanka štete, koje uvjetuju stupanj krivnje.¹⁸

Vještaci su **zamjenjivi** jer, u pravilu, na određenom području (suda) postoji više osoba koje posjeduju stručna znanja kojima mogu pomoći sudu pri utvrđivanju činjeničnog stanja i izvođenju zaključaka na izvršenim zapažanjem.¹⁹ To je i razlog zbog kojeg se prema vještacima koji odbiju dati iskaz ne mogu primijeniti sankcije kojima bi ih se prisililo da dadu iskaz.

Sud ocjenjuje nalaz i mišljenje vještaka kao i sve druge relevantne činjenice, te nije vezan za zaključke vještaka.

15 Usp. odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske (dalje – VSH), Rev- 878/88. od 8. veljače 1989. god. – PSP, 44/162.

16 Takvo je stajalište zauzeo i VSH u odluci Rev- 128/81. od 26. svibnja 1981. god. – PSP, 19/204.

17 U tom je smislu odluka VSH, Rev- 1522/81. od 23. prosinca 1981. god. – PSP, 20/130.

18 Usp. odluku VSS, Gž- 911/78., JANKOVIĆ, str. 290. Usto, prema stajalištu sudske prakse, parnični sud nije dužan vještačenjem utvrđivati iznos zateznih kamata obračunatih za period docnje tuženog u plaćanju glavnog duga, ako je tužitelj priložio obračun iz koga su vidljivi svi elementi na osnovu kojih je sačinjen, a tuženi nije osporio na određen način nijedan od elemenata obračuna (VSFBiH, Pž-129/98 od 19. 8. 1998. godine - Bilten sudske prakse VSFBiH, broj 1998/2, odl. br. 10.). Činjenica što je u parnici izostalo dokazivanje očinstva metodom genetske daktiloskopije (ispitivanje strukture i svojstva DNK), sama za sebe, ne znači da su pouzdanost drugih dokaza i istinitost činjenica na kojima je zasnovana presuda sumnjivi, odnosno da ovi dokazi nemaju vrijednost (VS Republike Srpske, Rev-302/01 od 19. 4. 2002. godine - Bilten sudske prakse VS RS, broj 2004/I, odl. br. 130; Domaća i strana sudska praksa, broj 2005/7, str. 58.). „Vještak geometar je dužan izjasniti o određenoj relevantnoj činjenici iz oblasti geodezije, pa njegov nalaz i mišljenje ne može biti pouzdan dokaz o tome koja je stranka bila posljednji posjednik sporne nekretnine (Kantonalni sud Zenica, broj: Gž-1076/05 od 13. 12. 2005. godine - Domaća i strana sudska praksa, broj 2006/14, str. 60. i 61.).

19 Zamjenjivost vještaka leži u njegovoj stručnosti, a nezamjenjivost vještaka u njegovom neposrednom zapažanju. KULIĆ, R., *Upis i status vještaka u sudskom postupku*, „Pravni život“, broj 12/1998., str. 230.

II/ UVJETI ZA OBAVLJANJE POSLOVA STALNOG SUDSKOG VJEŠTAKA

I/ Opći uvjeti

1.1. Prema odredbi čl. 29. Zakona o sudovima („Narodne novine“, broj 150/05, 16/07, 113/08, dalje – **ZS**), poslovi sudske uprave obuhvaćaju i poslove u svezi sa stalnim sudskim tumačima i vještacima. I prema odredbama čl. 8. Sudskog poslovnika („Narodne novine“, broj 158/09, 3/11., dalje - **SP**), poslovi sudske uprave obuhvaćaju osiguranje uvjeta za pravilan rad i poslovanje suda, a i poslove u svezi sa stalnim sudskim vještacima. Tako je ZS-om propisano da stalni sudski vještaci svojim stručnim znanjem pružaju sudu uslugu davanja vještačkog nalaza i mišljenja (vještačenje) kada je to potrebno radi utvrđivanja ili razjašnjenja činjenica koje se utvrđuju u postupku (ZS, čl. 138.). Sudsko vještačenje mogu obavljati pravne ili fizičke osobe. Kod uvjeta za obavljanje sudskog vještačenja, ZS propisuje da fizičke osobe moraju imati najmanje završenu srednju školsku spremu odgovarajuće struke. Pravne osobe mogu obavljati sudsko vještačenje samo u okviru svoje registrirane djelatnosti i to pod uvjetom da samo vještačenje obavljaju njihovi djelatnici koji ispunjavaju uvjete kao i fizičke osobe (ZS, čl. 139. st. 1. i 2.). Stalne sudske vještace – fizičke osobe i stalne sudske vještace u pravnim osobama imenuje i razrješava predsjednik županijskog ili trgovačkog suda za svoje područje, a postavljaju se na vrijeme od četiri godine i mogu biti ponovno imenovani (ZS, čl. 140.).²⁰ Sudski vještaci smiju isticati zvanje sudskog vještaka samo kad daju nalaz i mišljenje na zahtjev suda ili zahtjev stranaka radi ostvarenja njihovih prava, a u drugim slučajevima samo po odobrenju predsjednika suda koji ih je imenovao (ZS, čl. 141.).

Vještaci su dužni čuvati **službenu tajnu**, bez obzira na način na koji su je doznali, a posebno: sve ono što je kao službena tajna određeno zakonom ili drugim propisom; sve ono što je kao službena tajna, odnosno poslovna tajna određeno općim aktom pravne osobe, drugog tijela, organizacije ili institucije; podatke i isprave posebno označene kao službena, odnosno poslovna tajna državnih tijela ili pravnih osoba, drugih tijela, organizacije ili institucije te podatke i isprave koje su predsjednik suda ili ovlašten službenik suda označili kao službenu tajnu (ZS, čl. 144.). I prema odredbama PSSV-a stalni sudski vještak dužan je čuvati kao tajnu sve ono što je saznao obavljanjem poslova stalnog sudskog vještaka. Stalnom sudskom vještaku odnosno pravnoj osobi koja obavlja poslove stalnog sudskog vještaka zabranjeno je isticanje svojstva stalnog sudskog vještaka na javnim i privatnim površinama ili reklamiranje, osim uobičajene oznake na adresi sjedišta stalnog sudskog vještaka (PSSV, čl. 9.).

²⁰ Protiv odluke kojom se zahtjev za imenovanje sudskim vještakom odbija podnositelj ima pravo žalbe Ministarstvu pravosuđa u roku od 15 dana od dostave odluke (ZS, čl. 140. st. 2.).

Sukladno odredbi čl 139. st. 3. ZS-a, ministar pravosuđa bio je dužan propisati pravilnikom način na koji će se utvrditi ispunjava li osoba **uvjete za obavljanje poslova stalnoga sudskog vještaka**, njihova prava i dužnosti te visinu nagrade i naknade troškova za njihov rad. U tom smislu donesen je Pravilnik o stalnim sudskim vještacima („Narodne novine“, broj 88/08. i 8/09., dalje - PSSV), prema kojemu za stalnog sudskog vještaka može biti imenovana osoba za koju se u postupku imenovanja utvrdi da, osim općih uvjeta za prijam u državnu službu, ispunjava i sljedeće uvjete: **a/** da je državljanin Republike Hrvatske,²¹ **b/** da je državljanin države članice Europske unije ili neke druge države potpisnice Ugovora o Europskom gospodarskom prostoru, **c/** da je zdravstveno sposoban za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka, **d/** da je nakon završenog odgovarajućeg studija odnosno odgovarajuće škole radio na poslovima u struci i to: najmanje 5 godina – ako je završio preddiplomski i diplomski sveučilišni studij ili preddiplomski sveučilišni studij i specijalistički diplomski stručni studij, odnosno stručni studij i specijalistički diplomski stručni studij; najmanje 8 godina – ako je završio odgovarajući preddiplomski sveučilišni studij ili stručni studij; i najmanje 10 godina – ako je završio odgovarajuću srednju školu. Iznimno, liječnicima specijalistima sposobnost za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka utvrđena je položenim stručnim specijalističkim ispitom nakon provedenog specijalističkog staža, **e/** da ima sklopljen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka (PSSV, čl. 2. st. 1.).²² Za stalnog sudskog vještaka **ne može se imenovati** osoba za koju postoje zapreke za prijam u državnu službu, odnosno osobe protiv kojih se vodi kazneni postupak ili koje su osuđene za kaznena djela za koje je propisana kazna od najmanje dvije godine zatvora prema domaćem ili međunarodnom pravu za kaznena djela protiv života i tijela, čovječnosti, morala, javnog ili privatnog vlasništva, javne uprave i javnog interesa ili zbog pronevjere u javnom sektoru, osim ako je nastupila rehabilitacija prema posebnom zakonu (arg. Zakon o državnim službenicima, čl. 49. st. 1.a) ili osoba kojoj je izrečena sigurnosna

21 Za stalnog sudskog tumača može se imenovati i državljanin države članice Europske unije ili neke druge države potpisnice Ugovora o Europskom gospodarskom prostoru, ako ispunjava uvjete propisane PSSV-om za domaće državljane. Državljanin države članice Europske unije kao dokaz da je ispunio obvezu da ima sklopljen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka (v. PSSV, čl. 2. točka 5.), može priložiti ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka koji je zaključen u matičnoj državi (PSSV, čl. 3.). Ova odredba stupa na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske u punopravno članstvo Republike Hrvatske (arg. PSSV, čl. 33.).

22 Prije imenovanja za stalnog sudskog vještaka kandidat, odnosno pravne osobe koje su registrirane za obavljanje vještačenja dužni su predsjedniku županijskog, odnosno trgovačkog suda koji je nadležan za njegovo imenovanje dostaviti dokaz o sklopljenom obveznom osiguranju od odgovornosti radi namirenja zahtjeva za naknadu štete, a koja je nastala uslijed njegovog djelovanja kao stalnog sudskog vještaka. Kandidat mora biti osiguran tijekom cijelog razdoblja na koje je imenovan za stalnog sudskog vještaka. Najniža svota osiguranja iznosi najmanje 200.000,00 kn. Na početku svake kalendarske godine imenovani stalni sudski vještak dužan je predsjedniku nadležnog županijskog odnosno trgovačkog suda dostaviti dokaz o zaključenom ugovoru o osiguranju za narednu tekuću godinu (PSSV, čl. 7.).

mjera dok traju pravne posljedice osude ili joj je izrečena zabrana bavljenja zanimanjem u vrijeme kada traži imenovanje za stalnog sudskog vještaka.

Pravne osobe (poseban zavod ili drugo tijelo znanstvene ustanove ili državno tijelo) ispunjavaju uvjete za sudsko vještačenje: **a/** ako se utvrdi da su registrirane za obavljanje vještačenja za odgovarajuću djelatnost što dokazuju potvrdom nadležnog suda, **b/** ako je utvrđeno da njihovi zaposlenici ispunjavaju uvjete za stalnog sudskog vještaka, što se utvrđuje uvidom u rješenje o imenovanju i popis stalnih sudskih vještaka za područje odgovarajućeg suda, **c/** ako za zaposlenike koji su imenovani stalnim sudskim vještacima ima zaključen ugovor o osiguranju od odgovornosti za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka (PSSV, čl. 4.).

1.2. Postupak imenovanja stalnih sudskih vještaka pokreće se zahtjevom koji se podnosi predsjedniku županijskog ili trgovačkog suda nadležnog prema prebivalištu podnositelja zahtjeva, odnosno sjedištu pravne osobe. Zahtjev može podnijeti i pravna osoba za svog zaposlenika pod uvjetom da je zaposlenik dao svoj pristanak u pisanom obliku. Fizička osoba zahtjevu prilaže životopis, dokaz o državljanstvu i druge propisane dokaze o ispunjavanju uvjeta za imenovanje (o državljanstvu, zdravstvenoj sposobnosti, radu u struci, školskoj spremi, ugovoru o osiguranju od odgovornosti, v. PSSV, čl. 2.). Zahtjevu se može priložiti popis objavljenih znanstvenih i stručnih radova.

Prije odlučivanja o zahtjevu predsjednik odgovarajućeg županijskog, odnosno trgovačkog suda treba uputiti kandidata na **stručnu obuku** stalnom sudskom vještaku kojeg predloži jedna od strukovnih udruga. Pohađanje stručne obuke može se istovremeno promatrati kao pravo i kao dužnost kandidata. Stručna obuka ne može trajati dulje od jedne godine. Sposobnost kandidata za obavljanje poslova stalnog sudskog vještaka utvrđuje se upravo na temelju izvješća o provedenoj stručnoj obuci kod stalnog sudskog vještaka odgovarajuće struke pod čijim je nadzorom kandidat dužan obaviti najmanje pet vještačenja, izraditi nalaz i mišljenje. Ako predsjednik županijskog, odnosno trgovačkog suda utvrdi da podnositelj zahtjeva ne ispunjava propisane uvjete ili je zahtjev nepotpun, predsjednik suda će ga odbiti (PSSV, čl. 5.).

Stručna obuka se treba obavljati prema programu što ga za svaku djelatnost, odnosno struku izradi odgovarajuća strukovna udruga. Nakon obavljene stručne obuke nadležne udruge dužne su na temelju izvješća stalnog sudskog vještaka kod kojeg je kandidat bio na stručnoj obuci, u roku od mjesec dana izraditi mišljenje u pisanom obliku o uspješnosti obavljene obuke i osposobljenosti kandidata za obavljanje poslova sudskog vještačenja i dostaviti predsjedniku odgovarajućeg županijskog odnosno trgovačkog suda.

Stalni sudski vještak nakon protoka vremena na koje je imenovan za sudskog vještaka može biti **ponovno imenovan** na vrijeme od četiri godine. Zahtjev za ponovno imenovanje i priložene dokaze o ispunjavanju uvjeta vještak mora podnijeti predsjedniku nadležnog suda najkasnije 30 dana prije isteka roka na koje je postavljen. On bi trebao donijeti rješenje o ponovnom imenovanju kad utvrdi da nema zapreka za imenovanje, odnosno ako prethodno utvrdi da se protiv kandidata ne vodi kazneni postupak i da nije pravomoćno osuđen za kazneno djelo koje je

zapreka za prijam u državnu službu ili mu je izrečena sigurnosna mjera, dok traju pravne posljedice osude ili mu je izrečena zabrana bavljenja zanimanjem. Ponovno imenovani stalni sudski vještak ne daje prisegu i nije dužan obaviti stručnu obuku (PSSV, čl. 11.).

Predsjednik odgovarajućeg županijskog, odnosno trgovačkog suda treba **razriješiti** imenovanog stalnog sudskog vještaka: **a/** ako to sam zatraži, **b/** ako se utvrdi da nisu postojali, odnosno da su prestali uvjeti na temelju kojih je imenovan, **c/** ako je pravomoćnim odlukom nadležnog tijela proglašen nesposobnim za obavljanje djelatnosti ili struke za koju je imenovan, **d/** ako mu je pravomoćnom sudskom odlukom oduzeta poslovna sposobnost, **e/** ako je stalnom sudskom vještaku izrečena pravomoćna presuda za kazneno djelo koje je zapreka za prijam u državnu službu ili mu je izrečena sigurnosna mjera, dok traju pravne posljedice osude ili mu je izrečena zabrana bavljenja zanimanjem kada traži imenovanje za stalnog sudskog vještaka, **f/** ako nesavjesno ili neuredno obavlja povjerene mu poslove vještačenja, **g/** ako ne zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti stalnog sudskog vještaka te **h/** ako povrijedi odredbe o dužnosti čuvanja tajne. Protiv rješenja o razrješenju vještaka dopuštena je žalba Ministarstvu pravosuđa u roku od 15 dana od dostave rješenja, koja se predaje neposredno ili se šalje poštom predsjedniku odgovarajućeg županijskog odnosno trgovačkog suda, u dva primjerka s dva preslika rješenja (PSSV, čl. 12.).

2/ Vještaci medicinske struke

Za vještaka može u načelu biti imenovana i osoba koja ima posebno stručno znanje iz određenog područja **medicinske djelatnosti**. Medicinsko vještačenje je postupovna radnja u kojoj se medicinski pojmovi i instituti prevode na zakonom zadane institute i kategorije.²³ Međutim, sama medicinska stručnost nekog liječnika, pa bila ona i iznadprosječna, nikako ne jamči da će on i kao vještak zadovoljiti.²⁴ Stoga, svaka osoba koja se namjerava baviti vještačenjem na području medicinske djelatnosti, dužna je ispunjavati sve (druge) uvjete propisane za stalne sudske vještake. Što se stalnih sudskih vještaka medicinske struke tiče, program obavljanja stručne obuke donosi Hrvatska liječnička komora, Hrvatska stomatološka komora odnosno druga strukovna komora. Stručna obuka liječnika specijalista s valjanom licencijom Hrvatske liječničke komore i Hrvatske stomatološke komore ne može trajati dulje od 6 mjeseci, a liječnika specijalista s valjanom licencijom Hrvatske liječničke komore, odnosno Hrvatske stomatološke komore kojom mu je priznato zvanje primarijusa ili koji je u znanstveno-nastavnom zvanju, ne može trajati dulje od 3 mjeseca. Liječnik specijalista sudske medicine s valjanom licencijom Hrvatske liječničke komore nije dužan obaviti stručnu obuku (PSSV, čl. 6.).

23 Tako GNJIDIĆ, Ž. – BILIĆ, R. i dr., *Uvod u medicinsko vještačenje u građanskim parnicama*, Zagreb, 2008., str. 18.

24 Vidi ZEČEVIĆ, D., i drugi, *Sudska medicina i deontologija*, Medicinska naklada, Zagreb, 2004., str. 222.

U tom smislu, na temelju članka 6. PSSV-a i članka 7. točka 8. alineja 20., te članka 19. točke 1. Statuta Hrvatske liječničke komore (Narodne novine, broj 55/08.), Vijeće Hrvatske liječničke komore na sjednici održanoj 8. svibnja 2009. donijelo je Pravilnik o provođenju izobrazbe kandidata za stalne sudske vještake (dalje – **Pravilnik**),²⁵ kojim se uređuje provođenje izobrazbe za liječnike – kandidate za stalne sudske vještake (dalje – **kandidat**), postupak imenovanja mentora liječniku – kandidatu te prava i obveze kandidata i mentora (Pravilnik, čl. 1.).

Za stalnog sudskog vještaka (medicinske struke) može se imenovati osoba koja, pored toga što ispunjava **uvjete** propisane PSSV-om za sve stalne sudske vještake, ima važeće odobrenje za samostalan rad (licenciju) izdano od Hrvatske liječničke komore (dalje – **HLJK**), te prođe izobrazbu koju provodi HLJK u skladu s odredbama Pravilnika i Programom koji je sastavni dio Pravilnika. Izobrazba liječnika specijalista – kandidata ne može trajati dulje od šest (6) mjeseci, a liječnika specijalista – kandidata kojemu je priznat naziv *primarijus* ili koji je u znanstvenonastavnom zvanju, ne može trajati dulje od tri (3) mjeseca (Pravilnik, čl. 2. i 3.).

U pravilu **zahtjev** za provođenje izobrazbe kandidat podnosi HLJK nakon podnošenja zahtjeva za imenovanje stalnim sudskim vještakom pred nadležnim sudom, a iznimno izobrazbi mogu pristupiti i liječnici koji nisu podnijeli zahtjev za imenovanje stalnim sudskim vještakom, odnosno liječnici koji pružaju stručnu pomoć pravosudnim tijelima Republike Hrvatske i ostalim ovlaštenim osobama (eksperti, stručni pomoćnici i slično) (Pravilnik, čl. 4.). Nakon primitka zahtjeva za provođenje izobrazbe stručne službe HLJK upućuju kandidata na izobrazbu za stalne sudske vještake. Izobrazba se sastoji od teorijskog dijela koji se provodi u obliku tečaja i praktičnog dijela koji obuhvaća rad pod nadzorom mentora (Pravilnik, čl. 5. i 6.). Tijekom trajanja izobrazbe kandidat je obavezan pod nadzorom mentora izraditi pet (5) nalaza i mišljenja (Pravilnik, čl. 10.).

Teorijski dio izobrazbe obuhvaća 20 školskih sati, a obavlja se u obliku tečaja čiji je sadržaj propisan Programom koji je sastavni dio ovog Pravilnika. U tijeku tečaja kandidat se upoznaje sa zakonskim i podzakonskim propisima Republike Hrvatske kojima su regulirani poslovi sudskog vještačenja te s načinom izrade nalaza i mišljenja. Po završetku tečaja kandidat polaže ispit provjere znanja (Pravilnik, čl. 7.).²⁶ **Praktični dio izobrazbe** provodi se kroz praktičan rad pod nadzorom mentora, a može obuhvaćati rad na terenu, pristup na glavnoj raspravi ili prikupljanje podataka radi izrade nalaza i mišljenja (Pravilnik, čl. 9.).

Mentor kandidata mora biti iste specijalnosti, odnosno uže specijalnosti kao i kandidat, te može biti samo liječnik koji je: **a/** imenovan stalnim sudskim vještakom

25 Pravilnik je objavljen na oglasnoj ploči Komore dana 11. svibnja 2009. godine te je stupio na snagu dana 19. svibnja 2009. godine.

26 Tečaj se boduje i kategorizira u skladu s odredbama Pravilnika o sadržaju, rokovima i postupku trajne medicinske izobrazbe i provjere stručnosti liječnika Hrvatske liječničke komore, a polaznici dobivaju potvrdnice koje mogu koristiti u postupku obnove odobrenja za samostalan rad (licence).

rješenjem odgovarajućeg županijskog, odnosno trgovačkog suda u Republici Hrvatskoj; **b/** član Komore s važećim odobrenjem za samostalan rad (licencom); **c/** nakon imenovanja stalnim sudskom vještakom samostalno izradio najmanje deset (10) nalaza i mišljenja (Pravilnik, čl. 11.). Izvršni odbor HLJK-a sastavlja popis mentora pod čijim će nadzorom kandidat obaviti praktični dio izobrazbe na temelju prijedloga stručnih društva i medicinskih fakulteta u Republici Hrvatskoj.²⁷ Predsjednik HLJK imenuje mentora svakom kandidatu odlukom protiv koje nezadovoljna stranka može uložiti žalbu Izvršnom odboru HLJK-a u roku od 15 dana od dana primitka pismenog otpravka odluke.²⁸

Nakon obavljenog praktičnog dijela izobrazbe, mentor podnosi predsjedniku HLJK-a pisano **izvješće** o provedenoj izobrazbi,²⁹ na temelju kojega je predsjednik HLJK dužan u roku od mjesec dana po primitku izvješća, izraditi pisano **mišljenje** o uspješnosti obavljene izobrazbe i osposobljenosti kandidata za obavljanje poslova sudskog vještačenja. Ono se dostavlja predsjedniku odgovarajućeg županijskog odnosno trgovačkog suda kod kojeg je kandidat podnio zahtjev za imenovanje stalnim sudskim vještakom (Pravilnik, čl. 18.).

Nakon provedenog postupka i prikupljenih dokaza predsjednik odgovarajućeg županijskog odnosno trgovačkog suda **rješenjem odlučuje o zahtjevu**.³⁰ Protiv rješenja kojim je zahtjev za imenovanje stalnim sudskim vještakom određene struke odbijen dopuštena je žalba Ministarstvu pravosuđa u roku od 15 dana od dostave rješenja, koja se neposredno predaje ili se šalje poštom predsjedniku županijskog odnosno trgovačkog suda koji je donio rješenje, u dva primjerka s dvije preslike rješenja (PSSV, čl. 8).

27 Izvršni odbor Komore donosi odluku o iznosu i načinu plaćanja troškova izobrazbe. Troškovi izobrazbe buhvaćaju kotizaciju za tečaj odnosno teorijski dio izobrazbe te naknadu mentoru za praktični dio izobrazbe. Troškove izobrazbe snosi kandidat (Pravilnik, čl. 19.).

28 Kandidat ima pravo mentoru postavljati pitanja i tražiti pojašnjenja određenih stručnih problema kao i na drugi oblik stručne pomoći koji proizlazi iz odnosa kandidata i mentora. Odmah po saznanju o imenovanju mentora, kandidat je dužan kontaktirati mentora, surađivati s njime te postupati u skladu s njegovim uputama kroz cijelo vrijeme obavljanja praktičnog dijela izobrazbe (Pravilnik, čl. 14.). Mentor je obavezan prihvatiti provođenje praktičnog dijela izobrazbe dodijeljenog mu kandidata. Iznimno, mentor može odbiti provođenje izobrazbe dodijeljenog kandidata ukoliko za to postoje objektivni ili opravdani razlozi. Opravdanost razloga procjenjuje Izvršni odbor HLJK. Mentor koji iz opravdanih razloga ne može prihvatiti provođenje mentorstva, mora u roku od osam dana (8) od dana primitka odluke o imenovanju, obavijestiti Izvršni odbor HLJK o razlozima neprihvatanja mentorstva. U slučaju opravdanosti razloga, predsjednik Komore donosi odluku o imenovanju novog mentora (Pravilnik, čl. 15.). U praktičnom dijelu izobrazbe, mentor je obavezan kandidata poučiti o načinu obavljanja poslova sudskog vještačenja, uputiti ga u način izrade nalaza i mišljenja, način prouke sudskog spisa odnosno upoznati ga sa svim važnim pitanjima sudskog vještačenja (Pravilnik, čl. 16.).

29 Pisano izvješće mora sadržavati ime i prezime kandidata, znanstveni stupanj, specijalnost ili užu specijalnost, vrijeme trajanja izobrazbe, mjesto obavljanja izobrazbe, broj izrađenih nalaza i mišljenja te kratki prikaz provedene izobrazbe.

30 Imenovani vještak daje prisegu (koju treba i potpisati) pred predsjednikom suda koji ga je imenovao za vještaka. Sadržaj prisege glasi: »Prisežem svojom čašću povjerena mi vještačenja obavljati savjesno i prema svom najboljem znanju, a svoje nalaze i mišljenja iznijeti točno, potpuno i objektivno sukladno propisima o vještačenju.« (PSSV, čl. 10.).

III/ ODREĐIVANJE VJEŠTAKA

1. Vještačenje obavljaju vještaci koje **određuje parnični sud** (ZPP, čl. 251. st. 1.).³¹ Sud je slobodan u odlučivanju hoće li odrediti dokazivanje vještačenjem, a iznimka je pravilo o dužnosti suda uzeti tumača.³² Sud treba odlučiti o tome koje struke ili specijalnosti treba biti vještak, a treba donijeti odluku i o osobi vještaka.³³

Prijedlog za izvođenje dokaza vještačenjem stranke mogu postaviti u tužbi (ZPP, čl. 186. st. 1.), odgovoru na tužbu (ZPP, čl. 285.), podnescima (ZPP, čl. 106.), pripremnom ročištu (ZPP, čl. 284.) i ročištu za glavnu raspravu (ZPP, čl. 299.). Značaj nalaza i mišljenja vještaka ima samo nalaz i mišljenje onoga vještaka kojega je u tom svojstvu odredio parnični sud, a ne i nalaz i mišljenje osobe koju je angažirala neka od stranaka.³⁴ Stoga sud nije dužan nalaz i mišljenje vještaka koji je tužitelj priložio uz tužbu, te koji je sastavljen po nalogu tužitelja, prihvatiti samo zato što ga je dala osoba koja je stalni sudski vještak.³⁵ Nalaz i mišljenje koje jedna od stranaka izradi o svom trošku samo je pomoćna građa u parničnom postupku.³⁶

31 Prema stajalištu ranije sudske prakse, utemeljene na suđenju u vijeću, okolnost da vještačenje nije obavio vještak kojeg je odredilo raspravno vijeće, već drugi vještak kojem je taj zadatak povjerio predsjednik vijeća, može biti relativno bitna povreda odredaba parničnoga postupka. Vidi odluku VSH, Rev- 575/84. od 17. svibnja 1984. god. – PSP, 25/189.

32 Usp. TRIVA-DIKA, str. 526. Odredbe članka 251., članka 252. stavka 2., čl. 253. do 257, članka 258. stavka 2. i članka 262. ZPP-a na odgovarajući se način primjenjuju i na tumače (ZPP, čl. 263.). Odredbama ovoga članka izjednačeni su procesni položaj, prava i dužnosti tumača i vještaka. **Tumači** (njem. *Dolmetscher*) su vrsta vještaka koji pomažu sudu da se sporazumijeva sa sudionicima u postupku koji ne znaju jezik suda ili koji se normalno ne mogu s drugim sporazumijevati. Tumač može biti samo jedna fizička osoba. Sud mora postaviti tumača kada saslušava svjedoka koji ne zna jezik na kojem se vodi postupak ili je gluh, nijem i nepismen. Saslušavanje svjedoka i stranaka uz sudjelovanje vještaka-tumača obvezno je i kad bi se sud mogao sporazumijeti s njima na njihovom jeziku, jer je dužan i drugim sudionicima u postupku omogućiti praćenje tijekom raspravljanja (Usp. TRIVA, str. 439.). Tumač je na zahtjev suda dužan obrazložiti svoj način prevođenja, odnosno sporazumijevanja (arg. iz čl. 260. ZPP-a.). Tumača je sud dužan upozoriti na dužnost točnoga prevođenja, odnosno tumačenja onoga što je saslušani svjedok izjavio, te onoga što sud pita ili priopćava saslušanom svjedoku. Tumač je svoju funkciju dužan obaviti u skladu s pravilima jezika, odnosno drugim pravilima sporazumijevanja (arg. iz čl. 258. ZPP-a). Tumač je kazнено odgovoran za lažno prevođenje, odnosno objašnjavanje. Tumač koji u postupku pred sudom dađe lažan iskaz, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine. Vidi Kazneni zakon čl. 303. Davanje lažnog iskaza kao kazнено djelo obuhvaća dva djela: lažno iskazivanje svjedoka, vještaka, prevoditelja ili tumača u postupku pred sudom (st. 1.), te lažno iskazivanje stranke u postupku (st. 2.). Prema stajalištu sudske prakse, sud nije ovlašten narediti stranci da uplati određenu svotu novca radi podmirenja troškova prevođenja podneska od ovlaštenog sudskog tumača, pa nisu ispunjene pretpostavke za odbacivanje tužbe kad tužitelj nije postupio po nalogu suda (Usp. odluku PSH, Pž- 539/90. od 6. ožujka 1990. god. – PSP, 46/195.).

33 Tako i šire o tome kod ŠTIMAC, S., *Pravni aspekt medicinskog vještačenja nematerijalne/neimovinske štete*, „Vještak”, god. XXVIII, 2008., broj 1, str. 181.-192.

34 Vidi odluku VSH, Rev- 797/01. od 26. rujna 2001., IO 2/02-178.

35 U tom je smislu odluka ŽS u Varaždinu, Gž- 1652/05. od 3. studenoga 2005., IO- 2/06-254.

36 Usp. CRNIĆ, I., *Zadaće medicinskog vještaka u parničnom postupku za naknadu neimovinske štete*, „Odvjetnik“, 2008., broj 5-6, str. 35.

To, pak, ne znači da sud ne može za vještaka odrediti osobu koju je jedna od stranaka bila prethodno angažirala da utvrdi određene činjenice.

Sud može odrediti za vještaka osobu koja je državljanin druge države samo ako takva osoba po propisima Republike Hrvatske može biti imenovana za stalnog sudskog vještaka od nadležnog tijela za imenovanje stalnih vještaka.³⁷

Protiv odluke suda kojom se određena osoba postavlja za vještaka, kao i drugih rješenja koje je sud donio u svezi s tim, nije dopuštena žalba (v. čl. 262. ZPP-a).

2. Prije nego što odredi koje će osobe uzeti za vještake sud bi o tome trebao saslušati stranke. U hitnim slučajevima sud može odrediti vještaka, iako prije toga stranke nisu saslušane (ZPP, čl. 251. st. 2.).

Sud može odrediti vještačenje i protivno suglasnoj volji stranaka. Sud nije vezan prijedlogom stranaka koga će imenovati kao vještaka, jer su vještaci pomoćnici suda koji popunjavaju njegovo znanje u stručnim pitanjima, pa se stoga sudu mora prepustiti da sam izabere svoje pomoćnike.³⁸ Predviđeno prethodno saslušanje stranaka o osobama koje namjerava uzeti za vještaka, nužno je i korisno kako bi se izbjegli eventualni naknadni zahtjevi za izuzeće vještaka i time spriječilo nepotrebno odugovlačenje postupka.

3. Parnični sud može ovlastiti predsjednika vijeća ili zamoljenog suca da oni odrede vještake ako je njima povjereno izvođenje dokaza vještačenjem (ZPP, čl. 251. st. 3.). Kad je vještačenje povjereno stručnoj ustanovi, ona određuje jednu ili više osoba koje će u njezino ime obaviti vještačenje.³⁹

4. Umjesto određenog vještaka sud može uvijek odrediti drugog vještaka (ZPP, čl. 251. st. 4.). Pri donošenju odluke o imenovanju drugog vještaka umjesto već određenog vještaka, sud mora voditi računa da nesvršishodna zamjena vještaka može prouzročiti dodatne troškove i odugovlačenje postupka (v. čl. 10. ZPP-a).

IV/ OBAVLJANJE VJEŠTAČENJA - FIZIČKE I PRAVNE OSOBE

1. Kad sud ocijeni da je vještačenje potrebno, u skladu s načelom ekonomičnosti u postupku, vještačenje se mora provesti što brže i sa što manje troškova (ZPP, čl. 10.). Vještačenje, u pravilu, obavlja jedan vještak, a kad sud ocijeni da je vještačenje složeno, može odrediti dva ili više vještaka (ZPP, čl. 252. st. 1.).

Pri izboru vještaka mora se voditi računa o stručnim kvalifikacijama i kvalitetama onoga tko se imenuje vještakom. Tako u jednoj parnici može biti određeno više vještaka različitih struka. Tijekom vještačenja može se povećati broj vještaka, u pravilu zbog multidisciplinarnoga pristupa utvrđivanju ili ocjeni neke važne činjenice.

37 U tom je smislu odluka VS FBiH, Rev- 22/99. od 6. srpnja 1999. god. - Bilten sudske prakse Vs FBiH, br. 2/99-17.

38 Vidi ZUGLIA, S., TRIVA, S., *Komentar zakona o parničnom postupku*, Zagreb, 1957., dalje - ZUGLIA-TRIVA, str. 580.

39 Takvo je stajalište zauzeo VSH u odluci Rev- 1001/90. od 11. rujna 1990. god. – PSP, 50/136.

2. Vještaci se određuju, ponajprije, iz **reda imenovanih sudskih vještaka** za određenu vrstu vještačenja (ZPP, čl. 252. st. 2.), ali sud nije vezan za listu sudskih vještaka, nego može po potrebi za vještaka odrediti i drugu osobu.⁴⁰ Naime, službenu listu stalnih sudskih vještaka treba shvatiti kao pomoćno sredstvo, podsjetnik, adresar osoba prikladnih za obavljanje vještačenja, i ta lista može imati samo značenje preporuke i sugestije, a ne i obvezatnog izvora.⁴¹ Za određenu vrstu vještačenja, sud može odrediti vještake i izvan reda stalnih sudskih vještaka. Primjerice, ako za određenu vrstu vještačenja nema stalnog sudskog vještaka, ili je stalni sudski vještak spriječen, ili postoji opasnost od odgađanja. Vođenje popisa ili registara stalnih sudskih vještaka obavlja se u uredu predsjednika suda (arg. SP, čl. 34.). Popis stalnih sudskih vještaka koji obavljaju sudsko vještačenje za sve sudove objavljuje prema potrebi Ministarstvo pravosuđa u »Narodnim novinama« (ZS, čl. 142.). Popis stalnih sudskih vještaka po pojedinim područjima vještačenja i popis pravnih osoba za obavljanje poslova vještačenja, moraju voditi uredno i na vrijeme. Imenovani stalni sudski vještaci i pravne osobe unose se na jedinstveni elektronički popis stalnih sudskih vještaka za područje cijele Republike Hrvatske. Za unošenje na popis nadležan je županijski odnosno trgovački sud koji je imenovao vještaka i o tome redovno obavijestio Ministarstvo pravosuđa. Ako pravna osoba prestane s radom ili prestane obavljati poslove sudskog vještačenja, odnosno ako stalni sudski vještak umre, bude razriješen ili ako nije ponovno imenovan, briše se s popisa stalnih sudskih vještaka (PSSV, čl. 16.). Županijski, trgovački i općinski sudovi objavljuju na oglasnoj ploči obavijest o mogućnosti uvida stranaka u popis stalnih sudskih vještaka u uredu predsjednika suda (PSSV, čl. 17.).

Značaj nalaza i mišljenja vještaka u parnici ima samo nalaz i mišljenje vještaka kojega je u tom svojstvu odredio sud u konkretnoj parnici, bez obzira na to što se radi o stalnom sudskom vještaku.⁴²

3. Vještačenje sud može povjeriti i nekoj **stručnoj ustanovi** (bolnici, kemijskom laboratoriju, fakultetu i sl.), posebno ako drži da je potrebno vještačenje toliko teško i složeno da na izradi nalaza i mišljenja treba raditi više stručnjaka i/ili se pri izradi nalaza i mišljenja treba koristiti posebna tehnička sredstva i opreme s kojom te ustanove raspoložu. Međutim, nije isključeno da se nekada i u ovim ustanovama vještačenje povjeri samo jednom stručnjaku, koji preuzima i odgovornost za nalaz i mišljenje. Da bi izvršila vještačenje, stručna ustanova mora imati na raspolaganju materijal potreban za vještačenje. U tom je smislu sud dužan toj ustanovi staviti na raspolaganje traženi materijal. Ako postoje posebne ustanove za određene vrste vještačenja (vještačenje lažnog novca, rukopisa, daktiloskopsko vještačenje i sl.), takva vještačenja, a osobito složenija, povjerit će se, u prvom redu, tim ustanovama. Odluka suda kojom se vještačenje povjerava ovim ustanovama, ne može se pobijati žalbom. Popis pravnih osoba (stručnih ustanova) koje obavljaju

40 Usp. odluku VSH, Rev- 1849/80. od 17. veljače 1981. god. – PSP, 19/205.

41 Tako TRIVA, S., DIKA, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004., (dalje : **TRIVA-DIKA**), str. 530.

42 Vidi odluku ŽS u Bjelovaru, Gž- 1473/98. od 4. studenoga 1998. god. – IO, 1/1999-151.

sudsko vještačenje za sve sudove objavljuje prema potrebi Ministarstvo pravosuđa u »Narodnim novinama« (ZS, čl. 142.).

V/ DUŽNOST VJEŠTAČENJA

1. Svaka osoba koju sud imenuje za vještaka **dužna je odazvati se** pozivu suda. Određeni vještaci **dužni su iznijeti svoj nalaz i mišljenje** (ZPP, čl. 253.). U nalazu se daju temeljni podaci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrsni opis predmeta vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se kojim je pravilima (svoje) struke vještak izveo zaključak te je mišljenje, u stvari, odgovor koji je sud tražio od vještaka.

2. Odredbama čl. 253. st. 2. i 3. ZPP-a, uređuje se pitanje **oslobađanja od dužnosti vještačenja**. Ako utvrdi da postoje okolnosti navedene u st. 2. čl. 253. ZPP-a, odnosno razlozi zbog kojih bi i svjedok mogao uskratiti svjedočenje ili odgovor na pojedino pitanje, nadležni sud mora donijeti rješenje kojim će osloboditi vještaka od dužnosti vještačenja. Protiv rješenja suda vještak ima pravo na samostalnu suspenzivnu žalbu (v. čl. 378. i 379. ZPP-a).

Iako se to u odredbama st. 2. čl. 253. ZPP-a izričito ne spominje, smatramo kako bi određeni vještak, pored postojanja okolnosti iz čl. 237. i 238. ZPP-a, mogao zatražiti da ga se oslobodi dužnosti vještačenja i onda kad bi vještačenjem povrijedio dužnost čuvanja službene ili vojne tajne (v. čl. 237. ZPP-a).

3. Sud može vještaka, na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja i iz **drugih opravdanih razloga** (ZPP, čl. 253. st. 3.).

Odredbama st. 3. čl. 253. ZPP-a nije poimenice određeno koji su to „drugi opravdani razlozi” zbog kojih sud može vještaka osloboditi dužnosti vještačenja na njegov zahtjev. Smatrao kako bi to, u prvom redu, mogla biti činjenica da vještak ne raspolaže potrebnim stručnim znanjem ili tehničkim sredstvima za obavljanje vještačenja. Mogući opravdani drugi razlozi bili bi i zauzetost drugim službenim ili neodgodivim privatnim poslovima, bolest, službena spriječenost, postojanje okolnosti zbog kojih stranke mogu tražiti izuzeće vještaka i sl.

Opravdanost razloga ocjenjuje sud prema svojem uvjerenju savjesnom i brižljivom ocjenom svih konkretnih okolnosti (v. ZPP, čl. 8.) i pri tome sud nije uvijek dužan uvažiti zahtjev vještaka i kad utvrdi da su izneseni razlozi opravdani. To stoga jer pojedini vještaci mogu, s obzirom na njihovu specifičnu stručnost, biti *de facto* nezamjenjivi.

Oslobodjenje od dužnosti vještačenja može tražiti i ovlaštena osoba tijela ili pravne osobe u kojoj vještak radi. Ustanova može tražiti oslobađanje od dužnosti vještačenja za svoga ovlaštenog djelatnika u pravilu onda kada smatra da je zbog poslova u samoj ustanovi spriječen prihvatiti obavljanje vještačenja, a posebno onda ako se predviđa da će vještačenje duže trajati.

Protiv odluke suda kojom se odbija zahtjev vještaka ili ustanove za oslobađanje od dužnosti vještačenja, vještak ima pravo na posebnu suspenzivnu žalbu.

VI/IZUZEĆE VJEŠTAKA

Odredbama čl. 254. ZPP-a, uređuju se uvjeti, način i postupak za izuzeće vještaka.

Vještak može biti izuzet iz istih razloga iz kojih može biti izuzet sudac. Ulogu vještaka ne mogu obavljati član vijeća, zapisničar, stranka i njezin zastupnik. Ali za vještaka može biti određena osoba koja je u istoj parnici saslušana kao svjedok. Za vještaka sud može odrediti i osobu koju je jedna od stranaka bila prethodno angažirala da utvrdi određene činjenice.⁴³

Odredbе čl. 254. ZPP-a o izuzeću vještaka primjenjuju se samo onda ako je zahtjev postavila stranka. Stranka je dužna podnijeti zahtjev za izuzeće vještaka čim sazna da postoji razlog za izuzeće, a najkasnije prije početka izvođenja dokaza vještačenjem. Ako je sud prije određivanja vještaka saslušao stranku o osobi vještaka, stranka se dužna tom prilikom izjasniti o izuzeću (ZPP, čl. 254. st. 2.). U zahtjevu za izuzeće vještaka stranka je dužna navesti okolnosti na kojima temelji svoj zahtjev za izuzeće. Stranka se ne može pozivati na nedovoljnu stručnost vještaka kao razlog za njegovo izuzeće.

Iako iz odredaba članka 254. ZPP-a izričito ne proizlazi da se vještak može izuzeti i po službenoj dužnosti, držimo neprijepornim da sud može i po službenoj dužnosti smijeniti vještaka (v. ZPP, čl. 251.), ako utvrdi da okolnosti navedene u čl. 71. ZPP-a dovode u sumnju njegovu nepristranost.

Ako smatra da postoje okolnosti iz čl. 71. ZPP-a, vještak može i sam tražiti da bude oslobođen dužnosti vještačenja (arg. iz čl. 253. st. 3. ZPP-a). Ako sam vještak drži da postoji neki od uvjeta iz čl. 71. ZPP-a, zatražit će da ga se, sukladno odredbama čl. 253. ZPP-a, oslobodi od dužnosti vještačenja. Sud može vještaka, također na njegov zahtjev, osloboditi dužnosti vještačenja i iz drugih opravdanih razloga.⁴⁴

Odredbama st. 2. i 6. čl. 254. ZPP-a, određuje se **rok** u kojemu stranka može istaknuti zahtjev za izuzeće vještaka. Stranka je dužna podnijeti zahtjev za izuzeće vještaka čim sazna da postoji razlog za izuzeće, a najkasnije prije početka izvođenja dokaza vještačenjem. Ako je sud prije određivanja vještaka saslušao stranku o osobi vještaka, stranka se dužna tom prilikom izjasniti o izuzeću. Ako je stranka saznala za razlog izuzeća poslije obavljenog vještačenja i prigovara vještačenju iz tog razloga, sud bi trebao postupiti kao da je zahtjev za izuzeće stavljen prije obavljenog vještačenja. Nakon što je vještačenje obavljeno, stranka može, sukladno odredbama st. 6. čl. 254. ZPP-a, prigovoriti vještačenju samo onda ako je za razlog izuzeća saznala nakon vještačenja.

O zahtjevu za izuzeće **odlučuje** sud. Sudac zamoljenog suda i predsjednik vijeća odlučuju o izuzeću ako im je povjereno izvođenje dokaza vještačenjem. Kada

43 U tom je smislu odluka VSH, Rev- 2265/85. od 27. veljače 1986. god. – JANKOVIĆ, str. 293.

44 Usp. POGARČIĆ, Z., *Dokazi i izvođenje dokaza u parničnom postupku*, „Slobodno poduzetništvo”, 1999., br. 20, str. 146.

sud uvaži zahtjev stranke za izuzeće vještaka, postaviti će odmah novoga vještaka. Ako sud usvoji zahtjev stranke za izuzeće vještaka zbog okolnosti iz st. 6. čl. 254. ZPP-a, odnosno nakon obavljenog vještačenja, **postaviti** će također novoga vještaka i ponoviti će već obavljeno vještačenje.

Eventualno sudjelovanje u postupku vještaka za kojeg je bilo osnove da bude izuzet, ne predstavlja apsolutno bitnu **povredu** određaba parničnog postupka (arg. iz čl. 354. st. 2. ZPP-a).

Protiv rješenja kojim se prihvaća zahtjev za izuzeće nije dopuštena **žalba**, a protiv rješenja kojim se zahtjev odbija nije dopuštena posebna žalba.

VII/ POZIVANJE VJEŠTAKA

Vještaci se pozivaju dostavom pisanog poziva u kojem se navodi ime, prezime i zanimanje pozvanoga, vrijeme i mjesto dolaska, predmet u svezi s kojim se poziva i naznaka da se poziva kao vještak. U pozivu se vještak mora upozoriti na posljedice neopravdanog izostanka (ZPP, čl. 256.) i na pravo na naknadu troškova (ZPP, čl. 257.). Pozivu se moraju odazvati i one osobe koje smatraju da ne raspoložu stručnim znanjem ili tehničkim sredstvima potrebnim za vještačenje, kao i oni koji smatraju da zbog drugih razloga nisu dužni vještačiti, jer se pozvanome ne može prepustiti da sam ocijeni je li stvarno i pravno u mogućnosti vještačiti.⁴⁵

VIII/ NALOG VJEŠTAKU I IDENTIFIKACIJA VJEŠTAKA

Odredbama čl. 258. ZPP-a uređena je tzv. **pripremna faza** vještačenja, u okviru koje sud mora vještaka upoznati s predmetom vještačenja. U tom će smislu sud pozvati vještaka da predmet vještačenja brižljivo razmotri, točno navede sve što opazi i nađe i svoje mišljenje iznese savjesno i sukladno pravilima znanosti i vještine. **Određivanje predmeta i opsega vještačenja** posebno je značajno jer neprecizno određivanje predmeta i opsega vještačenja ili njihov potpuni izostanak, mogu rezultirati potrebom za brojnim dopunama nalaza i mišljenja, a time i nepotrebnim produženjem trajanja postupka i dodatnim troškovima.⁴⁶

Pritom će sud upozoriti vještaka i na posljedice davanja **lažnog iskaza**. Vještak koji u postupku pred sudom da lažan iskaz, kaznit će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine (arg. Kazneni zakon, „Narodne novine”, broj 110/97., 28/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 105/04., čl. 303.). Iskaz vještaka je lažan kada vještak u nalazu ne navede sve ono što je opazio i našao ili navede da je našao i opazio nešto što ne postoji, kao i onda kada u stručnom mišljenju protivno svojoj savjesti i poznavanju znanstvenih pravila, odnosno pravila struke, izvede nepravilne zaključke.

45 Vidi TRIVA, str. 435. i TRIVA–DIKA, str. 528.

46 Tako ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2004., str. 150.

Od vještaka se može tražiti da, da samo nalaz, ili i nalaz i mišljenje o predmetu vještačenja. Hoće li sud od vještaka zahtijevati samo davanje mišljenja ili davanje mišljenja i nalaza, zavisi od toga što se utvrđuje vještačenjem. Ako mišljenja vještaka nisu data po traženju suda i u postupku kod suda korištena kao dokazi, ne smatraju se dokazima u smislu ZPP-a.⁴⁷

Nakon toga sudac bi trebao vještaka pitati za ime i prezime, ime oca, zanimanje, boravište, mjesto rođenja, godine života i njegov odnos sa strankom (ZPP, čl. 258. st. 2.).

IX/ RUKOVOĐENJE VJEŠTAČENJEM

1/ U skladu s načelom sudskog upravljanja postupkom, sud rukovodi vještačenjem tako što neposredno prati rad vještaka, postavlja vještaku pitanja, traži razjašnjenja, skreće vještaku pozornost na određene okolnosti, daje mu potrebne informacije o tijeku parnice i okolnostima značajnim za vještačenje, daje vještaku mogućnost da prati glavnu raspravu i dr. (ZPP, čl. 259.).

Vještaci su dužni odgovorno, savjesno, profesionalno i etički besprijekorno ispunjavati svoje obveze prema naručitelju uz primjenu načela objektivnosti, nepristranosti, i stručnog znanja (Etički kodeks Statuta Hrvatskog društva sudskih vještaka, dalje – **Kodeks**, čl. 2.) te poštivati sve zakonske i druge propise, međunarodna pravila i pravila struke (Kodeks, čl. 3.).

Što se **načina i mjesta izvođenja vještačenja** tiče, vještačenje se može obaviti u prisustvu suca/vijeća i izvan zgrade suda. Izvan sudske zgrade mogu se obavljati samo one službene radnje koje su na temelju zakonskih propisa potrebne za rješavanje pojedinih predmeta. U tom smislu, o potrebi izlaska radi obavljanja vještačenja odlučuje vijeće, odnosno sudac pojedinac koji rješava taj predmet, a o svakom uredovanju izvan sudske zgrade treba obavijestiti ured predsjednika suda (SP, čl. 86.). Predsjednik suda i suci koji obavljaju službene radnje izvan sudske zgrade trebaju nastojati uredovanja u kojima sudjeluju sudski vještaci pripremiti tako da isti vještak prilikom izlaska u isto ili približno vrijeme, u istom mjestu ili smjeru, obavi više vještačenja ili drugih službenih radnji (SP, čl. 87.). Ako je osiguran predmet vještačenja, vještačenje je moguće obaviti i u sudu. Najčešće vještak obavlja vještačenje na temelju uputstava koja je dobio u rješenju suda kojim je određeno vještačenje, nakon čega dostavlja sudu i parničnim strankama svoj nalaz i mišljenje.

Sud nije vezan ni stručnim nalazom niti mišljenjem vještaka, i može ih, vodeći se pravilima logike, podvrgnuti analizi i kritici.

Rukovođenje vještačenjem ogleda se, među ostalim, i u pokazivanju predmeta vještačenja vještaku. Vještak je vezan uputstvima i zahtjevima suda, jer je sud naredio vještačenje i dobro mu je poznato na koja stručna pitanja traži odgovore. Stoga između suda i vještaka mora postojati stalni kontakt i suradnja, jer to omogućava davanje dopunskih uputstava vještaku i smjernica za njegov rad.

47 Vidi odluku Kantonalnog suda u Sarajevu, GŽ- 13/98.

Stranke, njihovi zakonski zastupnici i punomoćnici mogu po odobrenju predsjednika vijeća neposredno postavljati pitanja vještaku (v. čl. 311. ZPP-a).

Ako je sud propustio voditi vještačenje, a posebno ako je propustio odrediti vještaku predmet i smjer vještačenja, počinio je bitnu povredu odredaba parničnog postupka.⁴⁸

2/ Uz materijal kojim raspolaže, vještaku su često potrebni i **drugi podaci** koji su poznati sudu. U tom se smislu vještaku mogu davati pojašnjenja, a može mu se odobriti i razmatranje spisa, o čemu konačnu odluku donosi sud. U praksi, vještaku se uvijek daje spis na razmatranje jer rješenje o vještačenju obično ne sadrži dovoljno podataka o predmetu spora. Usto, uvid u spis je od posebnog značenja kada se nalaz i mišljenje ne mogu dati na temelju pregleda stvari, odnosno lica mjesta, jer stvari i tragovi više ne postoji, nego se to može uraditi jedino na temelju pisanih dokaza, iskaza svjedoka ili stranaka, koji se nalaze u spisu. Iz istog razloga predviđa se i ovlaštenje vještaka da strankama postavlja pitanja, a time i dužnost stranaka da vještaku daju potrebna razjašnjenja. Ako je u predmetu određeno vještačenje iz različitih područja dva ili više vještaka, oni mogu jedan od drugog tražiti razjašnjenja neophodna za izradu njihovog nalaza i mišljenja.⁴⁹

Vještak može sudu objasniti svrsishodnost da se vještačenje izvrši izvan onoga što je naređeno, ali konačnu odluku o tome donosi sud. Tako, na zahtjev vještaka mogu se izvoditi i novi dokazi da bi se utvrdile okolnosti koje su važne za stvaranje mišljenja vještaka. Primjerice, vještak može predložiti izvođenje dokaza pribavljanjem predmeta da bi se utvrdile okolnosti koje su važne za stvaranje mišljenja vještaka, a može prisustvovati i očevidu.⁵⁰

X/ IZLAGANJE NALAZA I MIŠLJENJA VJEŠTAKA

1/ Aktivnost vještaka sastoji se od pripremanja nalaza i mišljenja, te usmenog ili pisanog prezentiranja nalaza i mišljenja sudu.⁵¹

Sud će odrediti hoće li vještak iznijeti svoj nalaz i mišljenje samo usmeno na raspravi ili će ih podnijeti i pisano prije rasprave (ZPP, čl. 260.). U rješenju kojim se određuje vještačenje sud će, dakle, odrediti i način na koji će vještak iznijeti svoj nalaz i mišljenje, te je uobičajeno da se vještak izjasni neposredno na ročištu za

48 Usp. odluku VSH, Gž- 1822/77. od 23. svibnja 1978. god. - Inf. Os Zgb., br. 10/81-65.

49 Tako KULENOVIĆ, Z. i drugi, *Komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj*, Sarajevo, 2005., dalje : KULENOVIĆ, str. 288.

50 Vidi DIKA, M. – ČIZMIĆ, J., *Komentar Zakona o parničnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 2000., str. 443.-444.

51 Prema mišljenju Trive, funkcija vještaka dvostrukog je značaja. Naime, kada obavještavaju sud o svome nalazu (zapažanjima), oni predstavljaju klasično dokazno sredstvo. Ako, pak, sudu svojom stručnošću pomažu da izvodi zaključke, odnosno formira mišljenje o zapaženome, oni obavljaju funkciju specifičnog pomagača u obavljanju funkcije suđenja pri utvrđivanju činjeničnoga stanja. TRIVA, str. 434.

glavnu raspravu ili u pisanoj formi.⁵² Propust suda da vještaka sasluša neposredno na raspravi može biti samo relativno bitna povreda odredaba parničnog postupka.⁵³ Nalaz i mišljenje vještaka, koje nije izvedeno po nalogu suda niti je izvedeno na glavnoj javnoj raspravi, nije pravno valjan dokaz te se na takvom dokazu ne može temeljiti sudska presuda.⁵⁴

Vještaci obavještavaju sud o svojim sadašnjim zapažanjima, izvodeći eventualno zaključke o činjenicama koje su se dogodile u prošlosti. Vještačenje se poduzima radi zapažanja činjenica koje postoje u trenutku suđenja i koje bi sud i sam mogao opažati i razjasniti kada bi raspolagao potrebnim stručnim znanjem.⁵⁵

Vještak svoj iskaz daje usmeno na raspravi, a može dati i pisano prije rasprave, dakle pisano i usmeno na raspravi, ali ne i samo pisano.⁵⁶ Davanjem samo pisanog nalaza i mišljenja sudu bi bilo onemogućeno postavljanje pitanja i traženje objašnjenja, a isto tako i strankama. To pravo stranaka propisano je odredbama čl. 302. ZPP-a, gdje se, posebice u st. 2., propisuje da stranka i njezin zastupnik ili punomoćnik mogu po odobrenju predsjednika vijeća neposredno postavljati pitanja vještacima. Kod manje složenih vještačenja, vještak se o nalazu izjašnjava odmah pred sudom i usmeno daje svoje mišljenje. Kad je vještačenje složenije, ili kad je to inače potrebno, sud određuje da vještak svoj nalaz i mišljenje podnese pisano prije glavne rasprave, kao i rok u kojemu to treba učiniti. I pored toga što je sud odredio da vještak pisano podnese svoj nalaz i mišljenje, vještak je dužan odazvati se pozivu na ročište na kojemu će se raspravljati o njegovom nalazu i mišljenju. Time će se njegov nalaz i mišljenje na ročištu bolje raspraviti, a stranke imaju mogućnost od vještaka tražiti razjašnjenje i postavljati mu pitanja.

U zapisniku o vještačenju, pored podataka koje sadrži svaki zapisnik o obavljenoj parničnoj radnji, trebalo bi navesti i podatke o vještaku te njegovu specijalnost, a ti se podaci moraju navesti i u pisanom nalazu i mišljenju. To je primjerice značajno zbog eventualnog raspravljanja o isključenju ili izuzeću vještaka, zbog ocjene vrijednosti ili pouzdanosti nalaza i mišljenja, utvrđivanja kaznene odgovornosti vještaka zbog davanja lažnog iskaza i sl.

2/ Činjenice koje vještak sazna istraživanjem u skladu s pravilima svoje znanosti ili struke, predstavljaju **nalaz** vještaka (*visum repertum*). U nalazu su, dakle, sadržani podaci o svemu što je vještak zapazio ili otkrio vještačenjem, odnosno podaci o činjenicama koje su od važnosti za parnični postupak. Nalaz mora biti potpun i objektivan navod utvrđenoga činjeničnog stanja. Nalaz je vjeran opis

52 Zanimljivo je mišljenje Š. Salaj da vještaci gotovo nikada ne daju usmeni nalaz i mišljenje, niti ih sudovi na to pozivaju. SALAJ, Š., *Uloga vještaka u parničnom postupku*, "Pravo i porezi", XLIX, 2000., br. 10, str. 52.

53 Tako i u odlukama VSH, Rev. 2449/88 od 15. prosinca 1988.; VSH, Rev. 1482/88 od 24. siječnja 1989. god.

54 Vidi odluku VTSH, Pž-3599/04 OD 8. LIPNJA 2004., Informator, broj 5489 od 14. listopada 2006.

55 Usp. TRIVA, str. 434.; TRIVA-DIKA, str. 526.

56 U tom je smislu i odluka ŽS u Bjelovaru, Gž- 125/98. od 20. veljače 1998. god. – IO, 1/1998-171.

stanja i promjena koje su objektivno utvrđene.⁵⁷ Kod izrade medicinskog vještačenja, primjerice, nalaz započinje navođenjem osobnih podataka ozlijeđenog i opisom nastanka i mehanizma nezgode. Sljedeći dio nalaza je popis dijagnoza dokazanih ozljeda iz medicinske dokumentacije. Kronološkim redom navodi se slijed liječenja bolesnika, navodeći pri tomu broj lista sudskog spisa na kojemu je napisan neki nalaz. Sastavni dio nalaza vještačenja je obvezni pregled bolesnika i on se nikako ne bi smio izostaviti kod sudskog vještačenja.⁵⁸

Na temelju nalaza vještak, u skladu s pravilima znanosti i struke, daje svoje **mišljenje** (*parere*). Riječ je o sažetom tumačenju podataka iz nalaza, iznesenih u skladu sa zakonskim propisima koji se odnose na predmet vještačenja (primjerice, o težini tjelesne ozljede, uzroku smrti, pravu oštećenika na naknadu neimovinske štete i sl.).⁵⁹ Mišljenje vještaka predstavlja, dakle, stručnu ocjenu vještaka o zapaženim činjenicama. Nalaz i mišljenje vještaka čine njegov iskaz i moraju biti utemeljeni na provjerenim činjenicama te izneseni precizno i jasno. Drugim riječima, u nalazu se daju temeljni podaci o predmetu vještačenja i nađenom stanju, pa je nalaz svojevrsni opis predmeta vještačenja. Iz mišljenja vještaka vidi se na temelju kojih je pravila (svoje) struke vještak izveo zaključak, te je mišljenje, zapravo, odgovor koji je sud tražio od vještaka.

Vještak se ne smije upuštati u pravnu ocjenu činjenica, tumačenje pravne norme ili u neku drugu aktivnost koja je u isključivoj nadležnosti suda. ZPP ne isključuje mogućnost da se od vještaka traži samo nalaz ili samo mišljenje, kao što ne zabranjuje da se od jednog vještaka zatraži nalaz, a od drugog mišljenje, ako se primjerice u konkretnom slučaju i za nalaz i za mišljenje traže različite stručnosti i vještine.

3.1. Zadatak koji pred **vještaka medicinske struke** postavlja sud u parničnom postupku, redovito je da se liječnik očituje o tome koje je ozljede pretrpio oštećenik, kakav oblik i jakost oštećenja zdravlja su nastupili, te da izrazi mišljenje kakve posljedice oštećenik zbog tih ozljeda trpi.⁶⁰ Vještak medicinske struke treba voditi računa o težini ozljeda, trajanju, kvaliteti i kvantiteti te težini dijagnostičkih i terapijskih postupaka, kojima je oštećeni/tužitelj bio izložen tijekom liječenja, te kvaliteti življenja oštećenika tijekom liječenja i rehabilitacijskog postupka.⁶¹

3.2. Što se parnica za naknadu štete tiče, zadatak vještaka medicinske struke je da medicinski rječnik kvalificiraju u onaj pravni, odnosno u ono što pravo podrazumijeva pod „naknadom štete“ (zakonski izrazi), te da tako pomognu i olakšaju

57 Vidi GNJIDIĆ, Ž. – BILIĆ, R. i dr., *Uvod u medicinsko vještačenje u građanskim parnicama*, Zagreb, 2008., str. 20.

58 Tako IVEKOVIĆ, R., *Izrada medicinskog vještačenja*, rad u materijalu „Tečaj izobrazbe kandidata za stalne sudske vještake, Zagreb, 2010., str. 119.

59 Vidi ŠKAVIĆ, J. – ZEČEVIĆ, D., *Načela sudskomedicinskih vještačenja*, Zagreb, 2010., str. 15.

60 Usp. ZEČEVIĆ, D., i drugi, *Sudska medicina i deontologija*, Medicinska naklada, Zagreb, 2004., str. 275.

61 Tako MAROVIĆ, A. – MEDVIDOVIĆ, L. – ŠTIMAC, S., *Zaštita prava osobnosti*, Split, 2006., str. 82.

sudu u utvrđivanju činjenica o kojima ovisi osnovanost tužbenog zahtjeva.⁶² Posebno je važno da u parnicama za naknadu **štete prouzročene pružanjem medicinskih usluga** vještaci u svojim ekspertizama jasno predoče sudu i strankama situacije u kojima postoji puka mogućnost uzročne veze, od onih u kojima postoji njezina veća ili manja vjerojatnost, odnosno od onih u kojima oni smatraju neupitnim (izvjesnim) postojanje te veze. Jednako tako trebali bi postupati i prigodom zauzimanja stava o vrsti i kvantiteti same štete.⁶³ Vještačenje je jedno od najznačajnijih pitanja u parnicama za naknadu štete prouzročene pružanjem medicinskih usluga, među ostalim i zbog teškoća vezanih uz pronalaženje osobe koja je dovoljno stručna, ali i dostatno objektivna za obavljanje te funkcije. Primjerice i zbog toga jer je teško pronaći vještaka koji (zbog slabije stručne/znanstvene kvalifikacije) kvalitetno mogu vrednovati i ocijeniti rad koji su obavili vrhunski eksperti u određenoj medicinskoj djelatnosti/grani. Usto, otvara se i pitanje objektivnosti vještaka, njihove spremnosti da nadiđu ograničenja koja nameće „profesionalna solidarnost”, „kolegijalnost”, izloženost mogućnosti da se sami nađu u situaciji osoba čiji će se rad ocjenjivati i sl.⁶⁴

3.3. Medicinska vještačenja nematerijalne/neimovinske štete najzahtjevniji su i najkompliciraniji segment medicinskih vještačenja uopće. Izmjenama čl. 19. Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine”, broj 35/05. od 17. ožujka 2005.), odnosno definiranjem **prava osobnosti**,⁶⁵ aktualizira se i određivanje uloge sudskih vještaka u postupku pred sudom, a time i njihova uloga dobiva na važnosti. Budući da svaka povreda prava osobnosti ne znači bezuvjetno pravo oštećenika na isplatu pravične novčane naknade, nego u slučaju spora oštećenik to pravo može ostvariti samo ako sud nađe da težina povrede i okolnosti slučaja to opravdavaju.⁶⁶ Drugim riječima, težina tjelesne ozljede ne daje sama po sebi pravo na naknadu štete, već

62 Vidi ŠTIMAC, S. – MAROVIĆ, A. – ŠARIĆ, J., *Medicinski i pravni kriteriji u postupcima naknade nematerijalne (neimovinske) štete*, „Osiguranje“, 2010., broj 10., str. 51.

63 Usp. DIKA, M., *Rješavanje sporova za naknadu štete zbog liječničke greške*, referat na savjetovanju „Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti“, Šibenik, listopad 2007., str. 7.

64 Vidi DIKA, M., *Rješavanje sporova za naknadu štete zbog liječničke greške*, referat na savjetovanju „Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti“, Šibenik, listopad 2007., str. 7.

65 Pravo osobnosti raznim sredstvima štiti personalitet čovjeka, budući da osobnost čovjeka nije samo psihološka kategorija, nego i pravni pojam. Tako RADOLOVIĆ, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, «Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci», vol. 27., 2006., br. 1, str. 133. Opće je prihvaćeno stajalište da je jedno od subjektivnih prava osobnosti i pravo na tjelesno zdravlje, kao i na privatnost i u okviru toga i na tajnost podataka o stanju čovjekova zdravlja. Podrobnije o pravu osobnosti kod GAVELLA, N., *Osobna prava – I. dio*, Zagreb, 2000. i BODIROGA, N. – DULČIĆ, K., *Zaštita osobnih podataka u europskome i hrvatskome pravu*, «Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu», god. 42, 2005., str. 327.-356.

66 Tako KAUZLARIĆ, Ž., *Stalni sudski vještaci (2. dio)*, „Informator“, broj 5541. od 14. travnja 2007., str. 9. Vidi i KAUZLARIĆ, Ž., *Sudski vještaci i njihova uloga u parničnom postupku – s osvrtom na posebnosti u postupku osporavanja očinstva i vještačenja mobinga*, „Hrvatska pravna revija“, broj, 6/07, str. 91.-100.

isključivo posljedice ozljede zbog kojih oštećenik pati i zbog kojih trpi duševne boli.⁶⁷ U parnicama za naknadu neimovinske (nematerijalne) štete vještaci imaju ključnu ulogu u utvrđivanju oštećenja zdravlja koje je prouzročilo fizičke bolove, strah, postotak umanjena životne aktivnosti, naruženost i sl.⁶⁸ U tim parnicama potrebno je sagledati pravni i medicinski aspekt, odnosno nužan je multidisciplinarni pristup. To upućuje na nužnu i tješnju suradnju između suca i vještaka medicinske struke, uvijek imajući u vidu da je sudac *dominus litis*.

U slučaju kad pravni poredak oštećeniku priznaje pravo na naknadu neimovinske štete, javlja se kao iznimno složeno pitanje utvrđivanja objektivnih **medicinskih, a zatim i pravnih kriterija** prema kojima bi se ocjenjivalo postoji li uopće pravo oštećenika na takvu naknadu, a onda i u kojem novčanom iznosu.⁶⁹ Sudska praksa trebala bi biti što ujednačenija kako bi građani (oštećeni) u zahtjevima za pravičnu novčanu naknadu kod istih ili sličnih posljedica tjelesnih i duševnih ozljeda dobili približno jednake novčane iznose. Da bi se ovo postiglo, nužno je u praksi primjenjivati orijentacijske medicinske i pravne kriterije. Medicinski i pravni kriteriji međusobno su uvjetovani.⁷⁰ Nepostojanje kriterija omogućava medicinskim laicima, te punomoćnicima stranaka da koriste neargumentirane ili nedovoljno argumentirane podatke, kako bi ciljano poljuljali autoritet vještaka i obezvrijedili njegovo mišljenje, odnosno prisilili ga na određene ustupke. S druge strane, primjena kriterija omogućuje sudu aktivno praćenje izlaganja vještaka i donošenje pravične odluke uz bitno olakšano razumijevanje predmeta i ekpedotivnije uklanjanje eventualnih nejasnoća. Time se izbjegavaju nepotrebni, često isforsirani i neutemeljeni zahtjevi za dodatno vještačenje, pogotovo nekih osigurateljskih kuća, koje zlorabe procesna ovlaštenja odugovlačenjem postupka.⁷¹

Pravne kriterije (orijentacijske naravi) donio je Vrhovni sud 29. studenoga 2002. (*Orijentacijski kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete*), te se redovito primjenjuju na sve parnične postupke za naknadu nematerijalne štete u svim stupnjevima suđenja i na štetne događaje koji su se zbili prije i na one koji su se zbili nakon njihovog donošenja.

67 Neimovinska šteta nastala oštećenjem tjelesnog zdravlja, kao oblik povrede prava osobnosti na tjelesno zdravlje, može se očitovati kao nanošenje tjelesne ozljede ili gubitka nekog tjelesnog organa ili tjelesno oboljenje, s različitim posljedicama kao, primjerice, fizička bol, duševna bol, smanjenje životne aktivnosti, naruženost, strah i sl. S druge strane, duševno zdravlje, kao pravo osobnosti, može biti ugroženo različitim štetnim postupcima, primjerice tjelesnom ozljedom, šikaniranjem, zastrašivanjem, uznemiravanjem i sl., ali i nepoštivanjem ugovornih obveza, i pri tome je dovoljno da u oštećenika pobude neugodu, nezadovoljstvo, frustraciju, ljutnju, bijes, tj. poremećaj njegovog dotadašnjeg duševnog mira. ŠKAVIĆ, J. – ZEČEVIĆ, D., *Načela sudskomedicinskih vještačenja*, Zagreb, 2010., str. 210.

68 Usp. MEDIĆ, D., *Značaj vještačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete*, „Pravni savjetnik“, god. I, 2001., broj 9., str. 64.

69 Vidi CRNIĆ, I., *Zadaće medicinskog vještaka u parničnom postupku za naknadu neimovinske štete*, „Odvjetnik“, 2008., broj 5-6, str. 36.

70 Tako ŠTIMAC, S. – MAROVIĆ, A. – ŠARIĆ, J., *Medicinski i pravni kriteriji u postupcima naknade nematerijalne (neimovinske) štete*, „Osiguranje“, 2010., broj 10., str. 51.

71 Usp. MAROVIĆ, A. – MEDVIDOVIĆ, L. – ŠTIMAC, S., *Zaštita prava osobnosti*, Split, 2006., str. 83.

Što se **medicinskih kriterija** tiče, nužno je njihovo postojanje, a posebno da se u praksi primjenjuju jedinstveni kriteriji. U nedostatku jedinstvenih, općeprihvaćenih orijentacijskih medicinskih kriterija koje bi vještaci primjenjivali u parničnim postupcima za naknadu nematerijalne štete, vještaci se pozivaju, u nedostatku valjanih argumenata, na nedefiniranu literaturu (u zadnje vrijeme stranu), iskustvo, uobičajenu metodologiju, kao i na uvaženosť autora i ustanova te institucija koje iza njega stoje, što je neprihvatljivo.⁷² Smatra se da bi u praksi trebalo primjenjivati medicinske kriterije koji su objavljeni u knjizi ZEČEVIĆ, D., i drugi, *Sudska medicina i deontologija*, Medicinska naklada, Zagreb, 2004., jer u cijelosti ispunjavaju tražene uvjete i kompatibilni su s pravnim kriterijima Vrhovnog suda i sukladni su novoj koncepciji neimovinske štete po odredbama ZOO/2005. Usto, za psihijatrijski dio, odnosno psihijatrijske kriterije, trebalo bi uvažavati kriterije koji su naknadno doneseni i objavljeni u knjizi GORETA, M., *Psihijatrijska vještačenja povrede duševnog integriteta kao oblika neimovinske štete*, „Narodne novine“, Zagreb, 2008., koji su prilagođeni ZOO/2005. i spomenutim pravnim kriterijima Vrhovnog suda. Sve su tablice orijentacijske naravi i svaki stupanj ograničenja ili postotak treba obrazložiti. Vještak može odabrati tablice koje želi.⁷³ Ovako

72 Tako ŠTIMAC, S. – MAROVIĆ, A. – ŠARIĆ, J., *Medicinski i pravni kriteriji u postupcima naknade nematerijalne (neimovinske) štete*, „Osiguranje“, 2010., broj 10., str. 51.

73 Treba ipak kazati da su pojedini orijentacijski kriteriji izazvali polemiku i osporavanja u krugovima sudskomedicinskih vještaka, posebno ako pokazuju tendenciju biti nacionalni. To se, primjerice, odnosi na nove kriterije objavljene u listu „Vještak“, god. XXX, 2009., br. 2., kod kojih se autori (Davor Strinović, Dušan Zečević, Josip Škavić) pozivaju na Međunarodnu klasifikaciju funkcioniranja invalidnosti i zdravlja, u sudsku praksu uvode pojam SOTDZ koji nije utemeljen ni na kojem pozitivnom propisu u RH i koji ne postoji ni u ZOO/1991, niti u ZOO/2005. U krugu vještaka ovim se tablicama prigovara da su one više teorijske naravi, da su napravljene u drugu svrhu, da su restriktivne u odnosu na zaštitu oštećenika (zbog nepriznavanja postojanja brojnih ozljeda i njihovih posljedica kao i psihičkih smetnji kojima je uzrok štetni događaj, a koje je sudska praksa priznavala) i da nužno uvjetuju promjenu dosadašnje ustaljene sudske prakse. Štoviše, Hrvatsko društvo za medicinska vještačenja Hrvatskog liječničkog zbora raspravljalo je o navedenim kriterijima. Drže da medicinska vještačenja u parničkom postupku gdje se vještači neimovinska šteta pripadaju prvenstveno liječnicima vještacima iz pojedinih grana (specijalizacija) medicine, dakle kliničarima s praktičnim i teoretskim znanjem. S druge strane, smatraju da sudski medicinari (koji vještače najviše neimovinskih šteta) nisu u mogućnosti izvršiti specijalistički pregled, a niti izraditi relevantno mišljenje iz pojedine grane medicine, pa zbog istog razloga nisu u mogućnosti izraditi ni tablice za ocjenu posljedica oštećenja (pa ni navedene), jer ih sudski medicinar na živom, oštećenom čovjeku u praksi ne vidi. U tom smislu ni Tablice sudskih medicinara koje su objavljene u knjizi „Pristup vještačenju naknade za neimovinsku štetu prema ZOO/05“ nisu prihvatljive zbog brojnih nedostataka, kao npr. preniskog postotka za određene posljedice oštećenja, prevelikih raspona postotaka stupnjevima kod jedne te iste posljedice, nestručnog i zbog toga neprihvatljivog zbrajanja postotaka i u konačnici zbog zanemarivanja osobnosti oštećene osobe. Drže da je uvođenje ovakvog načina rada i vršenje pritiska na sudske vještake medicinske struke izuzetno štetna radnja za oštećenike, medicinsku struku, a isto tako i za pravni sustav naše zemlje. Zbog toga je odlučeno na sastanku Hrvatskog društva za medicinska vještačenja Hrvatskog liječničkog zbora, da će članovi toga Društva nastaviti vještačiti sukladno svom najboljem stručnom znanju, Etičkom kodeksu sudskih vještaka, Zakonu o parničnom postupku (članci 250.- 263.), te člancima Zakona o obveznim odnosima (čl. 200. ZOO/ 78 bol, strah,

kompletirani medicinski kriteriji u cijelosti odgovaraju potrebama zakonodavstva i sudske prakse, te jamče jednakost i sigurnost građanima, a ujedno predstavljaju i zaštitu oštećenima kod potraživanja neimovinske štete.⁷⁴

4/ Sud će odrediti **rok** za pisano podnošenje nalaza i mišljenja. Vještak je dužan vještačenje obaviti u pravilu u roku koji mu odredi sud. U slučaju nemogućnosti ispunjenja roka dužan je o tomu obavijestiti naručitelja (Kodeks, čl. 7.). Rok u kojem je vještak dužan sudu podnijeti svoj nalaz i mišljenje jest sudski rok dužina kojega zavisi od složenosti predmeta vještačenja, kao i od drugih objektivnih okolnosti koje mogu biti i na strani vještaka. Ovaj se rok, po potrebi, može i produžiti (arg. iz čl. 111. ZPP-a.). Vijeće ne može zaključiti glavnu raspravu ako treba pričekati nalaz i mišljenje vještaka.⁷⁵

Stalni sudski vještaci dužni su pridržavati se rokova određenih odlukom kojom im je vještačenje povjereno. Ako vještak iz objektivnih razloga ne može dovršiti vještačenje u zadanom mu roku dužan je podnijeti sudu najkasnije u roku od 8 dana prije isteka roka, izvješće o razlozima zbog kojih nije u mogućnosti dovršiti vještačenje, kratki prikaz rezultata do tada obavljenih radnji kao i navesti rok do kojega će obaviti vještačenje (PSSV, čl. 18.). U složenijim vještačenjima, u kojima je određen dulji rok za vještačenje, vještak je dužan podnijeti sudu svakog mjeseca od dana povjerenog mu vještačenja kratko izvješće o rezultatima do tada obavljenih radnji (PSSV, čl. 19.).

5/ Stranka koja **prigovara** nalazu vještaka dužna je istaknuti konkretne primjedbe, a nije dovoljno ako prigovori samo uopćeno. Navod stranke da je iskaz vještaka nestručan, nedovoljan je jer se time ne dokazuje niti iznosi o čemu se smatra da je nalaz nestručan. Izjašnjenje o nalazu vještaka mora biti izričito, opredjeljeno i u njemu mora biti točno navedeno u čemu se sastoji nestručnost vještaka.⁷⁶ Prilikom ocjene primjedaba stranaka na nalaz vještaka, prvostupanjski sud mora ukazati na činjenice iz kojih proizlazi osnovanost odnosno neosnovanost tih primjedbi, a ne da se isključivo pozove na mišljenje vještaka.⁷⁷ Stranci je onemogućeno raspravljanje pred sudom kada njeni prigovori na nalaz i mišljenje vještaka nisu dostavljeni vještaku, niti je on o njima saslušan na glavnoj raspravi.⁷⁸

duševna bol zbog smanjene životne aktivnosti i naruženost) ako je štetni događaj nastao prije 1. siječnja 2006., odnosno po čl. 19. i 1100. ZOO/05 (povreda prava osobnosti) ako je štetni događaj nastao nakon 1. siječnja 2006. Vidi Odluku Hrvatskog društva za medicinska vještačenja Hrvatskog liječničkog zbora od 3. prosinca 2010. Podatak na stranici: http://www.hlz.hr/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=62:odluka-hrvatskog-drutva-za-medicinska-vjetaenja&catid=4:novosti.

74 Tako ŠTIMAC, S. – MAROVIĆ, A. – ŠARIĆ, J., *Medicinski i pravni kriteriji u postupcima naknade nematerijalne (neimovinske) štete*, „Osiguranje“, 2010., broj 10., str. 53.

75 Usp. odluku VSH, Rev. 400/1994 od 2. ožujka 1994. god.

76 Vidi odluku VPSV, Pž- 1281/74. od 7. studenoga 1974. god. – JANKOVIĆ, str. 296.

77 Tako i u odluci VPS, SI- 1278/73. – JANKOVIĆ, str. 296.

78 U tom je smislu odluka VSH, Rev- 54/07. od 5. rujna 2007., IO 2/07-239.

6/ Propust suda da vještaka sasluša neposredno na raspravi može biti samo relativno bitna **povreda** odredaba parničnog postupka.⁷⁹ Okolnost da vještak nije pozvan na raspravu radi usmenog iznošenja nalaza i mišljenja nije bitna povreda odredaba parničnog postupka kad stranke nisu imale primjedbi ni pitanja u svezi s nalazom i mišljenjem koji je on pisano podnio.⁸⁰ Drugim riječima, ako vještak ne pristupi na glavnu raspravu, a na samoj raspravi se utvrdi da su nalaz i mišljenje jasni, potpuni i konzistentni, te da stranke nemaju primjedbi na njih niti imaju pitanja za vještaka, bilo bi protivno načelu procesne ekonomije odlagati raspravu. Zato se i predviđa da se glavna rasprava može održati u odsustvu vještaka, a u tom slučaju, umjesto usmenog izlaganja nalaza i mišljenja vještaka, ovaj se dokaz izvodi čitanjem njegovog pismenog nalaza i mišljenja od strane suda.⁸¹

7/ Vještak mora uvijek **obrazložiti** svoje mišljenje (ZPP, čl. 260. st. 2.). Sud je dužan vještaka pozvati na raspravu da obrazloži svoj nalaz i mišljenje i izjasni se o primjedbama stranaka.⁸² Smatramo da je vještak dužan, osim mišljenja, obrazložiti i svoj nalaz, jer okolnosti koje je vještak zapazio uz pomoć znanstvenih pravila i pravila struke, nisu uvijek dostupna i zapažanju osoba koje nemaju potrebno stručno znanje.⁸³ Dužnost vještaka je da obrazloži svoje mišljenje, te je u skladu s pravom suda i stranaka da rad vještaka podvrgnu analizi i kritici. Svrha je usmenog iznošenja nalaza i mišljenja vještaka da se time omogući strankama da se postavljanjem pitanja vještaku razjasne eventualne primjedbe na vještakov nalaz i mišljenje.⁸⁴ Sud čini (bitnu) povredu odredaba parničnog postupka ako ne omogući jednoj od stranaka da se izjasni o nalazu i mišljenju vještaka.⁸⁵

Nepotpuni nalaz i mišljenje vještak može na zahtjev suda, na prijedlog stranaka ili samoinicijativno naknadno nadopuniti.

8/ Ako vještak svoj nalaz i mišljenje dostavlja samo sudu, dužan je priložiti i dovoljan broj primjeraka za stranke. Sud će ih odmah po primitku dostaviti strankama, odnosno njihovim punomoćnicima. Sud će, po mogućnosti, **dostaviti strankama** pisani nalaz i mišljenje prije ročišta na kojem će se o njima raspravljati (ZPP, čl. 260. st. 3.). Time će strankama omogućiti da temeljito prouče nalaz i mišljenje vještaka, te da se pravovremeno pripreme za raspravljanje o rezultatima vještačenja i da pripreme eventualne prijedloge radi dopune vještačenja i razjašnjenja nalaza i mišljenja.

9/ Okolnost da je vještačenje izvršeno bez prisustva stranke ne čini, sama po sebi, bitnu **povredu** odredaba parničnog postupka. Ako se stranka nije složila s

79 Takvo je stajalište zauzeo VSH u odluci Rev- 2449/88. od 15. prosinca 1988. god. – PSP, 43/107.

80 U tom je smislu odluka VSH, Rev- 394/87. od 12. ožujka 1983. god. – PSP, 37/65.

81 Usp. KULENOVIĆ, str. 288.

82 Vidi odluku VPS, Pž- 5404/76. – RISTIĆ, str. 118.).

83 Tako ZUGLIA-TRIVA, str. 592.

84 Usp. odluku VTSRH, Pž- 2274/03. od 17. siječnja 2006., Zbirka odluka VTSH 12/124.

85 Vidi Pravni stav Građanskog odjeljenja Kantonalnog suda u Sarajevu - Bilten sudske prakse Kantonalnog suda u Sarajevu, broj 2000/2, str. 17.

nalazom vještaka, mogla je staviti primjedbe na nalaz. Sama izjava stranke da ne priznaje vještačenje nije dovoljna osnova da se odredi novo vještačenje.⁸⁶

Stranci je onemogućeno raspravljanje pred sudom kad njezini prigovori na nalaz i mišljenje vještaka nisu dostavljeni vještaku niti je on o njima saslušan na glavnoj raspravi.⁸⁷

Propuštanjem da od vještaka zatraži da se na traženje stranke izjasni o određenoj odlučnoj okolnosti u svezi s njegovim nalazom i mišljenjem, sud toj stranci onemogućuje raspravljanje pre sudom.⁸⁸

XI/ PROTURJEČNOSTI I NEDOSTACI U NALAZU I MIŠLJENJU

1. Nalaz i mišljenje vještaka sud vrednuje po pravilima o slobodnoj ocjeni dokaza. Sud mora ocijeniti mišljenje vještaka ne samo u formalnom smislu, već, prije svega sadržajno.

Odredbama čl. 261. ZPP-a predviđena je i uređena iznimka od pravila iz čl. 252. st. 1. ZPP-a da vještačenje obavlja jedan vještak. Naime, sud radi vještačenja može angažirati više vještaka. Ako je određeno više vještaka, oni mogu podnijeti zajednički nalaz i mišljenje kad se u nalazu i mišljenju slažu. Time se smanjuju troškovi postupka i ne odugovlači se nepotrebno postupak. Ako se, pak, u nalazu i mišljenju ne slažu, svaki vještak posebno iznosi svoj nalaz i mišljenje.

U slučaju sudjelovanja više vještaka, sud nije vezan za mišljenje pojedinih vještaka, pa ni za suglasno mišljenje svih vještaka. Mišljenje vještaka nije obvezno za sud, već predstavlja dokazno sredstvo koje sud cijeni po slobodnom uvjerenju, pa ga može prihvatiti ili odbiti. Ako sud odbije mišljenje vještaka, odluku donosi na temelju drugih dokaza kojima raspolaže, a ako drugih dokaza nema, drži da je činjenica koju je trebalo dokazati vještačenjem ostala nedokazana.⁸⁹

Ali, primjerice, kad o istim činjenicama imaju različito mišljenje medicinski vještak, kojega je u tom svojstvu odredio sud, i liječnik, kojega je pozvala stranka, ne radi se o razlikama u nalazima i mišljenjima dvaju vještaka.⁹⁰

2. Odredbama st. 2. čl. 261. ZPP-a propisana su ovlaštenja suda u situaciji kada utvrdi da rezultatima izvršenog nalaza **ne može utvrditi relevantne činjenice**. Odredbama spomenutog stavka predviđeni su sljedeći nedostaci u nalazu vještaka: ako se podaci vještaka o njihovom nalazu bitno razilaze, ako je njihov nalaz nejasan, ako je nalaz nepotpun, ako je nalaz proturječan sam sa sobom ili izvedenim okolnostima. Kada se ti nedostaci ne mogu otkloniti ponovnim saslušanjem vještaka, obnovit će se vještačenje s istim ili drugim vještacima. Svi navedeni nedostaci moraju biti značajni.

86 Usp. odluku VPSV, Pž- 262/73. od 19. ožujka 1973. god. – JANKOVIĆ, str. 296.

87 Takvo je stajalište zauzeo VSH u odluci Rev- 1614/85. od 13. studenoga 1985. god. – PSP, 32/154.

88 Vidi odluku VSH, Rev- 3073/90. od 31. siječnja 1991. god. – PSP, 51/184.

89 U tom je smislu odluka VS BiH, Kž- 1005/77. – podatak kod KREHO, S., *Zbirka sudskih odluka iz oblasti Zakona o krivičnom postupku*, Sarajevo, 1996., str. 124.

90 Tako i odluka ŽS u Zagrebu, Gž- 5222/98. od 13. travnja 1999. god., ING PSP 2000-8-39.

Najprije bi se moralo pokušati navedene nedostatke otkloniti ponovnim, pa i višestrukim saslušanjem vještaka (tzv. dopunsko vještačenje), jer je to uvjet da bi se pristupilo ponovnom vještačenju. Otklanjanje nedostataka može se izvesti i ponovnim vještačenjem, s istim ili drugim vještacima, odnosno u istoj ili drugoj stručnoj ustanovi (tzv. ponovno vještačenje). Ako se nalazi vještaka bitno razlikuju, sud nije ovlašten sam ocijeniti istinitost neke činjenice u pogledu koje je bio izveden dokaz vještacima tako što će prihvatiti kao točan nalaz jednog od vještaka.

Prema stajalištu sudske prakse, kad sud ne prihvati nalaz i mišljenje vještaka (jer su neobrazloženi i nejasni) pa nakon toga odredi drugog vještaka čiji nalaz i mišljenje ocijeni prihvatljivim, on nije dužan angažirati daljnjeg vještaka da bi utvrdio činjenice zbog kojih je vještačenje određeno.⁹¹ Usto, kad se podaci o nalazu vještaka bitno razilaze, sud će u skladu s odredbama čl. 261. st. 2. ZPP-a, prvo pokušati ponovnim saslušanjem vještaka otkloniti nedostatke u njihovim nalazima, a ako to ne postigne, zatražit će mišljenje drugih vještaka.⁹² Prema stajalištu dijela sudske prakse, ako se, pak, nalazi i mišljenja vještaka bitno razlikuju u ocjeni događaja i posljedica, tada sud ne može prihvatiti mišljenje jednoga od vještaka, nego mora odrediti saslušanje trećega vještaka,⁹³ što bi moglo unedogled odugovlačiti vođenje postupka.⁹⁴ Suprotno, dio sudske prakse zauzeo je stajalište kako je sud, u slučaju kad se vještaci razilaze u mišljenjima, ovlašten formirati svoje stajalište o problemu.⁹⁵

3. Odredbe st. 3. čl. 261. ZPP-a odnose se na određene nedostatke u mišljenju vještaka, koje također podliježe slobodnoj ocjeni dokaza.

Vještak mora svoj nalaz i mišljenje pred sudom dati u jasnom i jednoznačnom izričaju, kao i obrazložiti i stručno argumentirati svoje mišljenje te navesti izvor podataka kojima se služio (Kodeks, čl. 8.).

Nedostaci u mišljenju vještaka postoje: ako u mišljenju vještaka ima proturječnosti, primjerice između mišljenja i činjenica za koje se saznalo; ako u mišljenju ima nedostataka, primjerice jer je mišljenje nejasno, nepotpuno ili se odnosi na okolnosti koje nisu predmet vještačenja ili ako se pojavi osnovana sumnja u točnost datog mišljenja.⁹⁶ Nedostaci bilo koje vrste moraju se odnositi na bitne

91 Vidi odluku VSH, Rev- 1030/92. od 18. veljače 1993. god. – IO, 1994/292.

92 Usp. odluku VSS, Rev- 2192/79. – JANKOVIĆ, str. 296.

93 U tom je smislu odluka VSS, Gž- 510/67. – objavljena u “Glasniku”, br. 9/67.

94 Tako TRIVA, str. 438.

95 U tom smislu vidi odluku VSSr, Gz- 917/72, PŽ 11/72-76.

96 Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje razlog je za ukidanje prvostupanjske presude, a što se tiče vještaka, mogući razlozi su: provođenjem dokaza vještačenjem po vještaku neodgovarajuće struke; nepotpun nalaz i mišljenje vještaka (primjerice, vještak nije uzeo u obzir materijalni dokaz koji se nalazi u predmetu; kontradiktoran nalaz i mišljenje (navođenje dvije ili više činjenica koje se međusobno isključuju); nerazumljiv nalaz vještaka (iz kojeg nije moguće zaključiti uz provođenje kojih postupaka je dao svoj nalaz i mišljenje ili vještak koristi stručne izraze koje treba pojasniti); nalaz vještaka je netočan (primjerice, u broju I. iznosu). KAUZLARIC, Ž., *Stalni sudski vještaci (2. dio)*, „Informator“, broj 5541. od 14. travnja 2007., str. 9.

činjenice i okolnosti. Ako se navedene nepravilnosti ne mogu otkloniti ponovnim saslušanjem vještaka, zatražit će se mišljenje drugih vještaka.

Vještak nije tijelo suda niti službena osoba, već se imenuje za svaki pojedini slučaj da bi sudu stavio na raspolaganje svoje stručno znanje, pa država ne odgovara za krivnju vještaka kao za službenu osobu, osim ako vještačenje nije zatraženo od kakve državne institucije.⁹⁷

Ako sud smatra da je nalaz ranijih vještaka pravilan, novi će se vještak ograničiti samo na davanje mišljenja.⁹⁸

Protiv rješenja koje sud donosi u primjeni ovoga članka, nije dopuštena posebna žalba.

XII/ ŽALBA PROTIV RJEŠENJA O ODREĐIVANJU VJEŠTAKA

Protiv rješenja suda kojim određuje vještaka, ili kojim određuje vještaka bez prethodnog saslušanja stranaka; kojim ovlašćuje predsjednika vijeća ili zamoljenog suca da odrede vještaka; ili umjesto određenog vještaka odrede drugoga vještaka; kao i protiv rješenja kojim ocjenjuje da je vještačenje složeno i određuje dva ili više vještaka, odnosno vještačenje povjerava stručnoj i posebnoj ustanovi za određene vrste vještačenja i kojim se određuje obnavljanje vještačenja s istim ili drugim vještacima ili se traži mišljenje drugih vještaka; nije dopuštena žalba (usp. ZPP, čl. 262.). Prema stajalištu sudske prakse, ZPP-om nije predviđena mogućnost posebne tužbe protiv vještaka u kojoj bi se tražilo poništenje nalaza i mišljenja vještaka donesenog u drugom parničnom postupku.⁹⁹ Stoga tužba s tužbenim zahtjevom kojim se traži poništenje nalaza i mišljenja vještaka danog u drugom parničnom postupku, može se odbaciti, bez obveze prethodnog postupanja po odredbi čl. 109. ZPP-a.¹⁰⁰

97 Tako DIKA, M., *Rješavanje sporova za naknadu štete zbog liječničke greške*, referat na savjetovanju "Medicinski, pravni i ekonomski pogledi na profesionalnu odgovornost u zdravstvu i osiguranje od odgovornosti", Šibenik, listopad 2007., str. 6.

98 Zakonodavac ne pravi razliku je li vještak propustio udovoljiti nalogu suda da dostavi, odnosno dopuni ili ispravi nalaz i mišljenje zbog opravdanih razloga ili zbog razloga koji se ne mogu smatrati opravdanim. Postoji mišljenje da, ako je vještak obavijestio sud o razlozima nedostavljanja nalaza i mišljenja, pa sud nađe da su ti razlozi opravdani (primjerice, zbog bolesti, složenosti vještačenja, privremene nedostupnosti određenih podataka nužnih za vještačenje i sl.), a to ne bi dovelo do neprimjerenog produženja postupka (primjerice zbog dužeg odsustva iz zemlje ili teške bolesti), sud bi treba produžiti rok za vještačenje i o tome obavijestiti stranke. Suprotno, ako sud nađe da razlog nedostavljanja nalaza i mišljenja ne bi mogao biti opravdan, trebao bi postupiti u skladu s odredbom ovog stavka, a na isti način sud bi trebao postupiti i ako ga vještak nije obavijestio o razlogu nedostavljanja nalaza, jer sud nije dužan sam pokušati tvrditi te razloge (ZEČEVIĆ, E., *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Sarajevo, 2004., str. 154.; KULENOVIĆ, str. 285.).

99 Tako ŽS u Rijeci u odluci Gž- 2089/03. od 15. listopada 2003., IO 1/04-286.

100 Vidi odluku ŽS u Rijeci, Gž- 2089/03. od 15. listopada 2003., IO 1/04-272.

XIII/ KAŽNJAVANJE VJEŠTAKA

Predsjednici županijskih, odnosno trgovačkih sudova dužni su pratiti rad vještaka. Rad vještaka dužni su pratiti i predsjednici općinskih sudova, kao i dužnosnici drugih tijela koja sudjeluju u sudskom postupku i o svojim zapažanjima obavještavati predsjednika županijskog, odnosno trgovačkog suda. Primjedbe na rad vještaka mogu podnijeti i stranke, odnosno njihovi punomoćnici, te strukovne udruge. Primjedbe se podnose predsjedniku suda koji je imenovao vještaka (PSSV, čl. 20.).

Za razliku od svjedoka (v. čl. 248. ZPP-a), vještaka se ne može prisilno dovesti pred sud niti mu se može odrediti zatvorska kazna. Nemogućnost određivanja zatvorske kazne vještaku, posljedica je načelne zamjenjivosti vještaka. S druge strane, od vještaka kojega bi prisilio da obavi vještačenje sud ne bi mogao očekivati djelotvornu pomoć.

Sud jedino može kazniti novčanom kaznom od 500,00 do 10.000,00 kn vještaka koji ne dođe na ročište, iako je uredno pozvan, a izostanak ne opravda, kao i vještaka koji bez opravdanog razloga odbije vještačiti, te vještaka koji svoj nalaz i mišljenje bez opravdanog razloga ne podnese u roku koji mu je odredio sud (ZPP, čl. 255.). Međutim, nema mjesta primjeni ni ovih prinudnih mjera prema vještaku, ako u pozivu na raspravu nije bilo upozorenja na posljedice neopravdanoga izostanka.¹⁰¹ Svrha ovih inkriminacija počiva na društvenom interesu da pojedinci lojalno sudjeluju u postupku, kako bi sud svoje odluke mogao temeljiti na istinitom činjeničnom stanju.¹⁰²

U slučaju kažnjavanja vještaka novčanom kaznom, na odgovarajući način se primjenjuju odredbe članka 10. ZPP-a (ZPP, čl. 255. st. 4.).¹⁰³

101 U tom smislu je odluka VPS, SI- 786/57. – objavljeno u “Glasniku”, br. 12/57.

102 Tako i podrobnije kod BAČIĆ, F. - PAVLOVIĆ, Š., *Kazneno pravo - posebni dio*, Zagreb, 2001., str. 415.

103 Novčanu kaznu izriče prvostupanjski sud, a izvan ročišta za glavnu raspravu kaznu izriče sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća (arg. ZPP, čl. 10. st. 4. u svezi s odredbom čl. 255. st. 4.). Ako sud koji odlučuje o pravnom lijeku posumnja da je određeni vještak teže zlorabio prava koja mu pripadaju u postupku, dužan je naložiti prvostupanjskom sudu da provjeri je li takva zlorabica počinjena, pa će u slučaju da se to utvrdi sudac pojedinac, odnosno predsjednik vijeća prvostupanjskoga suda izreći novčanu kaznu, a u suprotnom rješenjem utvrđuje da nije počinjena teža zlorabica prava. Ako kažnjeni vještak ne plati izrečenu novčanu kaznu u ostavljenom roku, sud će u daljnjem roku od petnaest dana dostavom rješenja o plaćanju novčane kazne, o neplaćenju novčanoj kazni obavijestiti ispostavu Područnog ureda Porezne uprave Ministarstva financija na čijem je području prebivalište kažnjenog vještaka, odnosno sjedište kažnjene stručne osobe kojoj je povjerenje vještačenje, radi naplate novčane kazne prisilnim putem, uz naznaku u čiju korist i na koji račun treba naplatiti izrečenu novčanu kaznu, sve uz dostavu obavijesti o neplaćenju novčanoj kazni kažnjenom vještaku. Nakon što primi obavijest i rješenje, nadležna ispostava Područnog ureda Porezne uprave Ministarstva financija na čijem je području prebivalište kažnjenog vještaka, odnosno sjedište kažnjene stručne osobe kojoj je povjerenje vještačenje dužna je donijeti rješenje kojim je dužan kažnjenom vještaku narediti da u roku od osam dana od dana prijama rješenja plati izrečenu novčanu kaznu, a ako u tom roku ne plati novčanu kaznu, pristupit će se prisilnoj naplati izrečene novčane kazne

Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Narodne novine“, broj 88/08.), proširen je krug razloga za sankcioniranje vještaka koji neuredno obnaša povjerenu mu dužnost, što bi trebalo onemogućiti potencijalna nesavjesna obnašanja vještačkih dužnosti, radi bržeg okončanja parničnog postupka.¹⁰⁴ Težište ove izmjene jest da po novome ne ovisi više o diskreciji suda hoće li ili ne kazniti vještaka – on to mora učiniti.¹⁰⁵

Rješenje o novčanoj kazni sud može opozvati ako vještak naknadno opravda svoj izostanak, a može ga i sasvim ili djelomično osloboditi naknade troškova. Usto, sud može opozvati svoje rješenje o kazni i kada vještak naknadno pristane vještačiti (arg. iz čl. 248. st. 6. ZPP-a). Nadalje, na zahtjev stranke sud može rješenjem narediti vještaku da nadoknadi troškove, koje je prouzročio svojim neopravdanim nedolaskom ili neopravdanim odbijanjem da vještači, kao i kada vještak svoj nalaz i mišljenje ne podnese u roku koji mu je odredio sud (arg. ZPP, čl. 260. st. 4.). O takvom zahtjevu sud je dužan odlučiti bez odgode, a žalba protiv toga rješenja ne odgađa ovrhu.

Također, vještaku koji ne poštuje sud ili stranke, ne preuzima dodijeljene mu predmete, ne opravda zašto u roku nije dovršio povjereno mu vještačenje, ili iz drugih ozbiljnih razloga, može se **privremeno uskratiti** vještačenje najmanje tri mjeseca, a najdulje godinu dana. Privremenu će uskratu predsjednik suda koji je imenovao vještaka naredbom proslijediti svim sucima suda u kojem je predsjednik kao i predsjednicima općinskih sudova. Vještaku protiv kojega se vodi kazneni postupak predsjednik županijskog, odnosno trgovačkog suda izreći će **privremenu zabranu** obavljanja poslova stalnog sudskog vještaka. Privremena zabrana trajat će do pravomoćnog okončanja kaznenog postupka (PSSV, čl. 21.).

prema propisima o prisilnoj naplati poreza. Naplaćena novčana kazna uplaćuje se na račun prihoda državnog proračuna Republike Hrvatske, dok se o izvršenoj naplati obavještava sud. Žalba izjavljena protiv rješenja o novčanoj kazni, ne odgađa provedbu toga rješenja, a ako u roku od godine dana od prijama obavijesti o neplaćenju novčanoj kazni i rješenja o kažnjavanju ne uspije naplatiti novčanu kaznu, nadležna ispostava Područnog ureda Porezne uprave Ministarstva financija će o nenaplaćenju novčanoj kazni za fizičku osobu obavijestiti sud koji joj je dostavio obavijest, nakon čega se izrečena novčana kazna treba zamijeniti kaznom zatvora po pravilima kaznenog prava o zamjeni novčane kazne kaznom zatvora, o čemu će odluku donijeti sud koji je izrekao novčanu kaznu. Ako se od kažnjene stručne pravne osoba kojoj je povjereno vještačenje ne naplati izrečena novčana kazna u roku od godine dana od prijama obavijesti Područnom uredu Porezne uprave radi naplate novčane kazne prisilno, ta se kazna treba prisilno naplatiti po pravilima kaznenog prava (arg. ZPP, čl. 10.).

104 Vidi *Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku s konačnim prijedlogom zakona*, Zagreb, lipanj 2008., obrazloženje uz čl. 22.

105 Tako DIKA, M., *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku od 2. srpnja 2008. – Opći pregled*, rad u zborniku DIKA, M. i drugi, *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2008.*, Zagreb, 2008., str. 6.

XIV/ NAKNADA I NAGRADA ZA VJEŠTAČENJE

1/ Kao i svjedok, vještak ima pravo na naknadu putnih troškova i troškova za prehranu i prenoćište, te na naknadu izmakle zarade, ali, za razliku od svjedoka, ima pravo i na naknadu troškova vještačenja, kao i pravo na nagradu za izvršeno vještačenje (ZPP, čl. 256.).

Troškovi vještačenja obuhvaćaju izdatke prouzročene promatranjem i ispitivanjem predmeta vještačenja, izradom nalaza i mišljenja, koji bi uključivali putne troškove do predmeta vještačenja i natrag, izdatke za upotrebu tehničkih instrumenata, papira i ostalih sredstava potrebnih za vršenje i izradu nalaza i mišljenja.¹⁰⁶ Sud je ovlašten ispitati opravdanost i visinu troškova. U slučaju da stranka koja izgubi spor ne namiri po nalogu suda troškove vještaku, vještak na temelju odluke suda stječe pravo tražiti prisilnu naplatu prema toj stranci.¹⁰⁷ Prema stajalištu sudske prakse, ako je stranka, postupajući po rješenju suda, uplatila iznos potreban za podmirenje troškova vještačenja, a vještak je dostavio svoj pisani nalaz i mišljenje prije rasprave, sud ne može ponovno pozivati stranku radi uplate novog troška vještačenja koji bi se odnosio na vještakovo usmeno iznošenje nalaza i mišljenja na glavnoj raspravi. Ne smatra se dopunskim vještačenjem usmeno obrazloženje nalaza i mišljenja sudskog vještaka na glavnoj raspravi koje je već prije podneseno sudu u pisanom obliku nego su to obrazloženje i eventualni uobičajeni vještakovi usmeni i pisani odgovori na pitanja i primjedbe stranaka sastavni dio vještakova nalaza i mišljenja.¹⁰⁸ Sud rješenjem određuje visinu predujma za izvođenje dokaza vještačenjem. Taj iznos predujma mora biti dostatan za pokriće troškova izrade pisanog nalaza i mišljenja vještaka te izvođenje dokaza vještačenjem na glavnoj raspravi. Ako po prigovorima jedne od stranaka samoinicijativno napravi novi pisani nalaz i mišljenje, sudski vještak ne može potraživati dodatni trošak za izradu tog nalaza. To on pogotovo ne može učiniti ako su mu zbog vlastita propusta prijašnji nalaz i mišljenje manjkavi.¹⁰⁹

Nagrađivanje vještaka bio je jedan od razloga za sporije rješavanje predmeta, jer je uvijek bilo teško procijeniti na koji način će se nagraditi vještak za svoj urađeni nalaz. U nedostatku posebnih propisa o nagradama vještaka, visinu nagrade vještaku za izvršeno vještačenje sud je određivao po slobodnoj ocjeni, na temelju istaknutog vještakovog zahtjeva, uzimajući u obzir uloženi trud, složenost predmeta, utrošeno vrijeme i stručnu kvalifikaciju vještaka.¹¹⁰ Sigurno je sudu bilo vrlo teško određivati razumnu nagradu, koja je morala biti različita za različite vrste i različite vrijednosti predmeta vještačenja.¹¹¹ Nešto lakši zadatak sud je mogao imati kod određivanja

106 Usp. ZUGLIA-TRIVA, str. 589.

107 Tako i u odluci VPSS, P- 2024/72. – JANKOVIĆ, str. 294.

108 U tom smislu vidi odluku VTSRH, Pž- 7271/03. od 5. rujna 2006., Zbirka odluka VTSH 12/110.

109 Tako VTSH u odluci Pž- 7059/04. od 19. rujna 2007., Zbirka odluka VTSH 14/131.

110 Vidi odluku VPS, SI- 242/67., podatak kod KUKOLJAC, M., *Parnični postupak*, Beograd, 1970., str. 125.

111 Usp. POROBIĆ, M. – POROBIĆ, V. – POROBIĆ, J., *Zakoni o parničnom postupku (Federacija*

nagrade vještacima onih profesija čija strukovna udruženja imaju propisane tarife njihovih usluga (primjerice, ovlašteni sudski tumači). Sada je problematika određivanja visine nagrade i naknade troškova za rad vještaka uređena odredbama PSSV-a. U tom smislu, za obavljeno vještačenje vještak ima pravo na nagradu koju utvrđuje nadležni sud prema posebnom cjeniku stalnih sudskih vještaka, koji je sastavni dio PSSV-a. Nagrada se određuje u bodovima, a vrijednost boda je 2,00 kune bruto bez PDV-a, a treba se izmijeniti ako se izmijene okolnosti koje su postojale u vrijeme donošenja PSSV-a. Novu vrijednost boda utvrđuje ministar pravosuđa po službenoj dužnosti. Ako je nagrada obračunata u satima vještak je dužan uz račun dostaviti i obrazloženje svake stavke (PSSV, čl. 22).

Nagrada za vještačenje povjerenoj pravnoj osobi pripada toj pravnoj osobi, što vrijedi i onda kada je vještačenje povjereno državnom tijelu, stručnoj ustanovi ili drugoj pravnoj osobi koji to vještačenje ne obavljaju kao svoju registriranu djelatnost (PSSV, čl. 23.). Kad je sud povjerio vještačenje stručnoj ustanovi u skladu s odredbama čl. 252. st. 3. ZPP-a, onda se nagrada i troškovi za izvršeno vještačenje isplaćuju ustanovi, jer u odnosu na sud kao sudionik u postupku pojavljuje se samo ustanova.¹¹² Kada za pojedine vrste vještačenja koje obavljaju pravne osobe registrirane za obavljanje vještačenja za odgovarajuću djelatnost postoji cjenik usluga, sud će odrediti nagradu za obavljeno vještačenje prema tom cjeniku (PSSV, čl. 26.).

Ako se vještačenje obavlja pod otežanim uvjetima (noću od 22 do 06 sati, u iznimno nepovoljnim vremenskim uvjetima, na otvorenom prostoru i sl.), te za rad u dane tjednog odmora, državnog blagdana ili neradnog dana, iznos iz cjenika vještačkih nagrada uvećava se za 100% (PSSV, čl. 24.).

Kada se sredstva za pojedine vrste vještačenja (obdukcije) osiguravaju pravnim osobama koje obavljaju poslove vještačenja unaprijed u državnom proračunu, visina tih sredstava utvrđuje se na osnovi mjerila propisanih u cjeniku vještačkih nagrada. Utvrđena visina sredstava povećava se za 150%.

Putni troškovi obuhvaćaju naknadu za prijevoz sredstvima javnog prometa. Obuhvaćaju izdatke za dolazak iz mjesta prebivališta, odnosno boravišta do mjesta gdje treba obaviti vještačenje kao i za povratak u prebivalište, odnosno boravište, te izdatke za prijevoz sredstvima javnog prometa u mjestu prebivališta, odnosno boravišta. Sredstvima javnog prometa u smislu PSSV-a smatraju se tramvaj, trolejbus, vlak, autobus, brod i zrakoplov (PSSV, čl. 27.). Naknada za prijevoz pripada za putovanje obavljeno najkraćim putem i najekonomičnijim prometnim sredstvom, a obračunava se na temelju urednog i vjerodostojnog putnog naloga i priloženih isprava (računa), kojima se dokazuju prijevozni troškovi i drugi izdaci navedni na putnom nalogu (PSSV, čl. 28.).

Za vrijeme zadržavanja izvan mjesta prebivališta preko 8 do 12 sati vještaku pripada naknada u visini 1/2 **dnevnice**, a za vrijeme provedeno preko 12 do 24

BiH, Republika Srpska, Brčko Distrikt BiH) sa komentarom i sudskom praksom, Sarajevo, 2004., str. 571.

112 U tom je smislu odluka VSV, Gž- 346/81. – JANKOVIĆ, str. 294.

sata cijela dnevnicu, koju imaju suci suda koji vodi postupak. Izdaci za smještaj (u daljnjem tekstu: noćenje) priznaju se u punom iznosu prema priloženom računu do visine cijene noćenja u hotelu u istom mjestu, a koji se priznaje i sucu (PSSV, čl. 29.).

Treba kazati da PSSV nije preuzeo rješenja prethodnog Pravilnika o stalnim sudskim vještacima («Narodne novine», broj 21/98.) o **naknadi za neostvorenu plaću odnosno zaradu**. Naime, prema odredbama čl. 30., 31. i 32. spomenutog Pravilnika, osobama stalno zaposlenim u državnom tijelu, stručnoj ustanovi ili drugoj pravnoj osobi pripadalo je pravo na naknadu za neostvorenu plaću za vrijeme odsustvovanja s rada zbog odazivanja na poziv u svojstvu vještaka, koju je trebalo isplatiti državno tijelo, stručna ustanova ili druga pravna osoba u kojem su zaposleni, a navedeni poslodavci mogli su ostvariti pravo na povrat isplaćene naknade plaće od suda koji je vodio postupak. Međutim, ZPP u čl. 256. st. 1. izričito propisuje da vještak ima pravo i na “naknadu izmakle zarade” pa vjerujemo da ovaj redakcijski propust u PSSV-u ne bi trebao imati štetne posljedice na ostvarivanje ovoga prava vještaka.

Što se tiče obračuna i naknade troškova za stalne sudske vještake iz područja, odnosno **sekcije medicine** dio tih troškova obračunava se i nadoknađuje prema odredbama točke Cbr. 2. Cjenika stalnih sudskih vještaka (koji je sastavni dio PSSV-a), kao i za vještake iz drugih sekcija (Financijsko-računovodstvene sekcije, Građevinske sekcije, Sekcije Medicina, Sekcije za promet i vozila, Sekcije toksikologije, Sekcije veterinarstva, Geodetske sekcije i dr.). Dodatno, prema odredbi Cbr. 5. Cjenika, za Sekciju Medicina, u području kliničke medicine naknada troškova za pregled osoba i medicinske dokumentacije iznosi 140 bodova, a za provedbu dodatnih pretraga 80 bodova. U području sudske medicine naknada za davanje nalaza i mišljenja iznosi 160 bodova, za obdukciju 400 do 800 bodova, a za obdukciju na terenu 750 do 1.200 bodova.

Kad vještaci obave naloženi zadatak i izvrše vještačenje, ali ne podnesu izvještaj, imaju pravo na naknadu troškova, tj. na nagradu za obavljene posao, ali ne i pravo na nagradu za sastavljanje izvještaja.¹¹³

2/ U pogledu naknade troškova i nagrade vještaka na odgovarajući se način primjenjuju odredbe članka 249. st. 2. i 3. ZPP-a o svjedocima.

Tako bi vještak trebao zatražiti naknadu odmah nakon vještačenja, inače gubi pravo na nju. Sud je dužan na to upozoriti vještaka (arg. iz čl. 249. st. 2. ZPP-a). U rješenju kojim se odmjeravaju troškovi vještaka sud će odrediti da se određena svota isplati iz položenog predujma. Ako predujam nije položen sud će u izreci rješenja narediti stranci da određenu svotu plati vještaku u roku od 8 dana (arg. iz čl. 249. st. 3. Zpp-a). Žalba protiv toga rješenja ne zadržava ovrhu rješenja. Dakle, protiv rješenja o odmjeravanju troškova i nagrade vještaku je dopuštena posebna žalba pa se ono ne može pobijati u žalbi protiv odluke o glavnoj stvari.¹¹⁴

113 Takvo je stajalište zauzeo VPS u odluci SI- 2633/71. od 3. ožujka 1972. god. – JANKOVIĆ, str. 293.

114 Vidi odluku VSH, Gž- 3885/70. od 9. veljače 1972. god. – JANKOVIĆ, str. 294.

XV/ UMJESTO ZAKLJUČKA

U zadnjih nekoliko godina dogodio se niz aktivnosti koje su dovele do značajnih promjena na području sudskog vještačenja. Navedene aktivnosti bile su nužne jer se utvrdilo da na tom području nisu precizno i sveobuhvatno riješeni status i uvjeti za određivanje (stalnih) sudskih vještaka te da u samom postupku vještačenja nisu (bile) rijetke nepravilnosti, nestručnost, neodgovornost, neujednačenost kriterija, nerazumijevanje (između suda i vještaka kod određivanja predmeta i opsega vještačenja te zadatka vještaka), pa i razne zloporabe.

U tom smislu donesen je (novi) PSSV, kojim su uređeni način utvrđivanja uvjeta za obavljanje poslova sudskog vještačenja, njihova prava i dužnosti, te visina nagrade i naknade troškova za rad vještaka.

Nadalje, novelama ZPP-a uvedene su neke izmjene i dopune odredaba o vještacima koje, među ostalim, imaju za cilj pooštriti odgovornost vještaka. Tako je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku („Narodne novine“, broj 88/08.), proširen krug razloga za sankcioniranje vještaka koji neuredno obnaša povjerenu mu dužnost, što bi trebalo onemogućiti potencijalna nesavjesna obnašanja vještačkih dužnosti, radi bržeg okončanja parničnog postupka, a posebno da ne ovisi više o diskreciji suda hoće li ili ne kazniti vještaka.

Treba spomenuti da je Vrhovni sud donio, tzv. Orijentacijske kriterije i iznose za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, koji se redovito primjenjuju na sve parnične postupke za naknadu nematerijalne štete u svim stupnjevima suđenja i na štetne događaje koji su se zbili prije i na one koji su se zbili nakon njihovog donošenja.

Značajna je i aktivna uloga Hrvatskog društva sudskih vještaka, kao udruge stalnih sudskih vještaka u koju se, radi unaprjeđenja i osiguranja javnog interesa na području vještačenja, udružuju sudski vještaci koji u Republici Hrvatskoj za područje pojedinog županijskog ili trgovačkog suda povremeno ili stalno obavljaju djelatnosti sudskih vještačenja. Glavne aktivnosti te udruge usmjerene su na sudjelovanje u donošenju propisa koji uređuju položaj sudskih vještaka, kao i permanentno stručno usavršavanje članova. Društvo je donijelo i svoj Etički kodeks koji sadrži moralna načela kao i pravila profesionalne etike kojih se u svom djelovanju trebaju pridržavati svi članovi Društva, kako bi time pridonijeli napretku stručnog i objektivnog pristupa svakom slučaju vještačenja i doprinosili unaprjeđenju i ugledu struke, unutar koje se provode vještačenja. Društvo redovito tiska časopis „Vještak“, u kojemu se objavljuju znanstveni i stručni članci, tematski vezani uz djelatnost vještačenja, vijesti o aktivnostima koje se provode na razini Društva kao i imenik članova.¹¹⁵

Kod vještačenja vještaka medicinske struke, svjedoci smo da rješavanje brojnih problema, pa i na području prava i medicine, nužno zahtijeva multidisciplinarni pristup i specijalizacije. U tom bi smislu bilo korisno da i sud i punomoćnici u

115 Podrobnije na web stranici <http://www.sudski-vjestaci.hr/>.

građanskim postupcima usavrše i steknu posebna stručna znanja iz onih područja znanosti koje je u okviru određene specijalizacije najpotrebnije poznavati, točnije suci iz područja medicine, a liječnici-vještaci iz područja prava. Zbog nedostatka organizirane edukacije vještaka, nepostojanja standarda te nepoznavanja elementarnih pravila procesnog prava i drugih propisa, dugo se zapažala velika razlika u ocjenama vještaka,¹¹⁶ što je rezultiralo neujednačenom sudskom praksom, a u krajnjoj liniji i stvaranjem pravne nesigurnosti i povredom načela zakonitosti u parničnom postupku. To se posebno odnosi na parnice u kojima je potrebna procjena pravične naknade neimovinske/nematerijalne štete, gdje su medicinska vještva nezaobilazna. Specijalizacija bi značajno povećala mogućnost suda da objektivno i pravilno ocjenjuje nalaz i mišljenje vještaka, a bitno bi mu olakšala i izbor vještaka. Suci-specijalisti ne bi morali nekritički i bezrezervno vjerovati vještacima niti stvarati dojmove o logičnosti i stručnosti nalaza, nego bi u najvećem dijelu mogli faktički ocijeniti nalaz i mišljenje vještaka i kao takvoga ga prihvatiti ili odbaciti.¹¹⁷ Zbog svoje interdisciplinarnosti vještačenje na području medicine vrlo je kompleksno, pa zahtijeva od pravnika (sudaca i odvjetnika) barem elementarno poznavanje medicinske problematike, ali i obrnuto. Posebno se naglasak postavlja na poznavanje medicinske prakse i visokih standarda i dostignuća u području medicinske djelatnosti. Osim što bi trebali biti posebno upoznati s pravnim propisima i pravnom praksom iz područja zdravstva pravnici (suci i odvjetnici) bi trebali biti barem na općenitoj razini upućeni u medicinsku problematiku. Temeljne spoznaje o tome bi mogli steći tijekom studiranja iz kolegija medicinsko (zdravstveno) pravo, sudska medicina i sudska psihijatrija. Na žalost, medicinsko/zdravstveno pravo, ne izučava se sustavno kao zasebni obvezni kolegiji na našim pravnim fakultetima, dok se, suprotno, pod raznim nazivima, s različitim sadržajem i opsegom, te s različitim nastavnim programima, često nalaze u studijskim programima medicinskih i nekih drugih stručnih, preddiplomskih, diplomskih i poslijediplomskih studija, što držimo iznimno značajnim i pozitivnim.¹¹⁸

116 Tako GNJIDIĆ, Ž. – BILIĆ, R. i dr., *Uvod u medicinsko vještačenje u građanskim parnicama*, Zagreb, 2008., str. 8.

117 Vidi MAROVIĆ, A. – MEDVIDOVIĆ, L. – ŠTIMAC, S., *Zaštita prava osobnosti*, Split, 2006., str. 76.

118 Značajan iskorak na planu izobrazbe stručnjaka iz područja medicinskog prava uradio je Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu ustrojavanjem **poslijediplomskog specijalističkog studija «Medicinsko pravo»**, koji ima za cilj obrazovanje specijalista medicinskog prava, kako bi mogli obavljati vodeće i najsloženije poslove u zdravstvenim ustanovama, pravosuđu, visokoškolskim i drugim obrazovnim ustanovama, institutima te državnim i drugim javnim institucijama. Polaznik stječe multidisciplinarno (pravno-medicinsko-etičko) znanje i vještine koje omogućuju kritičku analizu i sposobnost primjene stečenih specifičnih znanja iz područja medicinskog prava u praksi. Polaznici koji steknu diplomu moći će obavljati složene i zahtjevne poslove viših razina odgovornosti u: zdravstvu, pravosuđu, javnoj administraciji (lokalnog, regionalnog, nacionalnog i međunarodnog značenja), profesionalnim i strukovnim udruženjima, obrazovnim institucijama, institutima, ustanovama kao samostalni eksperti iz područja medicinskog prava i dr.

Nadalje, spoznalo se da je nužno postojanje, tzv. (orijentacijskih) medicinskih kriterija, a posebno da se u praksi primjenjuju jedinstveni kriteriji. Tako se u praksi primjenjuju medicinski kriteriji koji su kompatibilni s pravnim kriterijima Vrhovnog suda i sukladni novoj koncepciji neimovinske štete po odredbama ZOO/2005. Usto, za psihijatrijski dio vještačenje, uvažavaju se, tzv. psihijatrijski kriteriji, koji su također prilagođeni ZOO/2005. i spomenutim pravnim kriterijima Vrhovnog suda. Ovako kompletirani orijentacijski medicinski kriteriji u cijelosti odgovaraju potrebama zakonodavstva i sudske prakse, te jamče jednakost i sigurnost građanima, a ujedno predstavljaju i zaštitu oštećenima kod potraživanja neimovinske štete.

2/ Osnovna načela prema kojima se provodi trajna medicinska izobrazba propisana su člankom 2. Pravilnika o sadržaju, rokovima i postupku trajne medicinske izobrazbe i provjere stručnosti liječnika Hrvatske liječničke komore i njima je, među ostalim, obuhvaćeno i pravo na slobodan izbor u postupku trajne medicinske izobrazbe, odnosno mogućnost i pravo svakog liječnika na izbor sadržaja i oblika trajne medicinske izobrazbe. U tom smislu lako je uočiti uzlazni trend izbora usavršavanja zdravstvenih djelatnika upravo na području, tzv. medicinskog prava. Ovu tvrdnju možemo poduprijeti činjenicama da je veliki broj zdravstvenih djelatnika upisao poslijediplomski specijalistički studij „Medicinsko pravo“, da su bili sudionici ili referenti na nekoliko znanstvenih i stručnih skupova s tematikom iz područja medicinskog prava (kojima je pokrovitelj bio i ministar zdravstva), da se na medicinskim fakultetima izvodi ili se uvodi u studijske programe kolegij „Medicinsko/zdravstveno pravo“ (ili njegove inačice) i sl. Stečena znanja zdravstvenim djelatnicima omogućit će kvalitetnije pružanje pomoći pacijentima (*informed consent*), ali će im svakako koristiti kako bi upoznali i kvalitetnije zaštitili svoja prava (građanska i kaznena odgovornost, liječnička tajna, svjedok, itd.), u obavljanju upravljačkih funkcija i znanstvenog rada, pa i obavljanju funkcije stalnog sudskog vještaka.

Konačno, Hrvatska liječnička komora 2009. donijela je Pravilnik o provođenju izobrazbe kandidata za stalne sudske vještake, kojim se uređuje provođenje izobrazbe za liječnike – kandidate za stalne sudske vještake, postupak imenovanja mentora liječniku – kandidatu te prava i obveze kandidata i mentora. To bi među ostalim, trebalo značajno pridonijeti upoznavanju liječnika kandidata za stalne sudske vještake s pravnim pojmovima i terminologijom, kako bi potpunije i pravilno mogli shvatiti zadatak koji im je postavljen i razumljivo izložiti svoj nalaz i mišljenje za sud i druge sudionike u postupku.

Summary

ON EXPERT WITNESSING IN CIVIL PROCEDURE PAYING A SPECIAL ATTENTION TO EXPERT WITNESSING IN THE FIELD OF MEDICINE

The expert witnesses are third persons who are different from parties and judge(s) and who using their professional knowledge or special experience help the court to establish a certain fact. The court provides evidence by hearing testimony from expert witnesses to establish particular facts when there is a need for expert knowledge which the court does not dispose of itself. The author in the article points at certain aspects of the notion of expert witnessing and expert witness; appointment of expert witnesses; expert witness testimony given by legal and physical persons; duty to give a testimony as an expert witness; disqualification of expert witnesses; expert witnesses sanctioning; refunding and payment for the testimony given by the expert witness; summons issued for expert witnesses; instructions given to expert witnesses and their identification; court directing the expert testimony; findings and opinion of the expert witness; contradictions and failures associated with expert testimony; appeals against the court ruling to appoint an expert witness and on the notion of a special type of expert witnesses – the court interpreter. The author gives a special attention to the status and work of medical expert witnesses.

Key words: expert witness, civil procedure.

Zusammenfassung

SACHVERSTÄNDIGUNG IM ZIVILPROZESS UND DIE MEDIZINISCHE BEGUTACHTUNG

Im Gegensatz zu den Parteien und Richter nehmen die Sachverständigen an einem Zivilprozess als Drittpersonen, die mit ihren Fachkenntnissen oder ihrer Erfahrung das Gericht bei der Feststellung von Tatsachen unterstützen, teil. Wenn das Gericht über das für die Feststellung von Tatsachen erforderliche Fachwissen nicht verfügt, so werden Sachverständige eingesetzt. In der vorliegenden Arbeit macht der Autor auf einige Aspekte der Sachverständigung und der Sachverständigen aufmerksam, wie z.B.: die Bestimmung eines Sachverständigen, Ausübung der Sachverständigung von juristischen und natürlichen Personen; Pflichten der Sachverständigung; Ausschließung des Sachverständigen; Bestrafung des Sachverständigen; Vergütung und Honorar für den Sachverständigen; Vorladung des Sachverständigen; Auftrag und Identifikation des Sachverständigen; Verwaltung der Sachverständigung; Gutachten und Meinung des Sachverständigen; Widersprüche und Mängel im Gutachten und in der Meinung des Sachverständigen; Beschwerden

gegen die Bestimmung eines Sachverständigen und der Dolmetscher als eine Sonderform der Sachverständigen. Der Autor weist auch auf den Status und auf die Arbeit der medizinischen Gutachter hin.

Schlüsselwörter: Sachverständiger, Zivilprozess.

Riassunto

DELLE PERIZIE NEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO CON PARTICOLARE ATTENZIONE PER LE PERIZIE IN CAMPO MEDICO

I periti sono soggetti terzi, che si distinguono dalle parti e dal giudice, i quali grazie alle proprie conoscenze professionali oppure a particolari esperienze consentono al tribunale di conoscere determinati fatti. I periti vengono usati alla stregua di mezzi di prova, allorché il tribunale non disponga di determinate conoscenze professionali indispensabili per scoprire determinati fatti. Nel contributo l'autore illustra alcuni aspetti riguardanti: la nozione di perizia e di perito; la nomina del perito; l'espletamento della perizia da parte di persone giuridiche e fisiche; i doveri dei periti; l'esclusione del perito; il sanzionamento del perito; l'indennizzo e la gratifica per la perizia; la chiamata del perito; l'incarico del perito e la sua identificazione; la conduzione della perizia; l'analisi ed il parere del perito; la contraddittorietà e le lacune nell'analisi e nel parere del perito; i ricorsi avverso il provvedimento di nomina del perito e di particolare categoria di perito - interprete. In particolare ha prestato attenzione allo status ed all'operato dei periti nella professione medica.

Parole chiave: perito giudiziale, procedimento contenzioso.

POVREDE LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA KAO RAZLOG ZA PONAVLJANJE PARNIČNOG POSTUPKA ¹

Dr. sc. Vladimir Boranijašević, docent
Pravni fakultet Univerziteta u
Prištini sa privremenim sjedištem
u Kosovskoj Mitrovici

UDK: 347.91/.95
342.7:342.565.2
Ur.: 12. siječnja 2011.
Pr.: 2. ožujka 2011.
Izvorni rad

Sažetak

Autor u radu analizira povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao specifičan razlog za ponavljanje parničnog postupka. Zakon o parničnom postupku Republike Srbije iz 2004. godine doneo je novine u pogledu razloga za ponavljanje postupka, posebno predviđajući mogućnost ponavljanja postupka na osnovu presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu kojom je utvrđena povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda, donete protiv Republike Srbije. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2009. godine uvodi se još jedan razlog za ponavljanje postupka. Tako, ukoliko je Ustavni sud Republike Srbije u postupku po ustavnoj žalbi utvrdio postojanje povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda u parničnom postupku, na osnovu njegove odluke može doći do ponavljanja postupka. Autor obrađujući ove razloge za ponavljanje postupka ukazuje na teorijske dileme, rezultate ostvarene na normativnom planu kao i ciljeve i motive novih rešenja u zakonodavstvu Republike Srbije. Autor, u manjoj meri, posvećuje pažnju i zakonodavnim rešenjima u pogledu razloga za ponavljanje postupka u Republici Hrvatskoj, sa ciljem da se ukaže na identičnost određenih rešenja te njihovu različitost u određenim segmentima.

Ključne riječi: *parnični postupak, ponavljanje postupka, ljudska prava i osnovne slobode, Ustav, Evropski sud za ljudska prava, ustavna žalba, ustavna tužba.*

1. Institutu parnične procedure u Republici Srbiji regulisani su odredbama Zakona o parničnom postupku² koji je donet 2004. godine. Donošenje novog Ustava

1 Rad je pisan na srpskom jeziku kao izvornom jeziku autora.

2 Videti: „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 125/2004. U daljem tekstu: ZPP. Pravila po kojima se postupa u parničnom postupku sadržana u ZPP stupila su na snagu početkom naredne kalendarske godine.

Republike Srbije,³ kao najvišeg pravnog akta države, kao i niza zakona iz oblasti pravosuđa,⁴ ukazalo je na potrebu za usklađivanjem ZPP sa odredbama Ustava i novodonetih zakona. Ministarstvo pravde Republike Srbije formiralo je radnu grupu čiji je zadatak bio rad na reformi parnične procedure. Nacrt radne grupe koji je bio predmet javne i stručne rasprave i, takođe, objavljen na sajtu Ministarstva pravde, nije postao i zvanični tekst Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku Republike Srbije koji je donet krajem 2009. godine.⁵ Donošenje ZID ZPP označilo je kako usklađivanje pravila parnične procedure sa Ustavom tako i usklađivanje sa, u međuvremenu donetim, zakonima iz oblasti pravosuđa.

ZID ZPP iz 2009. godine predviđa nova procesna rešenja. Među njima se neka odnose i na razloge za ponavljanje postupka. Jedan od razloga za ponavljanje postupka koji je pretrpeo određene izmene i dopune je i predmet ovog rada.

2. Ponavljanje postupka, kao što je poznato, predstavlja vanredni pravni lek koji može biti izjavljen protiv odluka kojima je postupak okončan i koje su postale pravnosnažne. Ovim pravnim lekom se teži ukidanju nepravilne pravnosnažne odluke suda, ponovnom raspravljanju sporne stvari i donošenju nove meritorne odluke, a sa ciljem otklanjanja nepravilnosti odluke koja je uperena protiv svrhe parničnog postupka i koja predstavlja negaciju sudske zaštite prava.⁶

Stranka ima pravo da zahteva ponavljanje postupka koji je završen bilo kojom presudom parničnog suda.⁷ Stranka, takođe, ima pravo da traži i ponavljanje postupka koji je okončan donošenjem meritornog rešenja – platnog naloga ili rešenja u postupku u parnicama zbog smetanja državine.

Kao pravni lek, ponavljanje postupka ima određene karakteristike. To je nesuspendivan, remonstrativan, ograničen, prekluzivan, dvostran i supsidijaran

3 Videti: „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 83/2006. U daljem tekstu: Ustav.

4 U periodu od donošenja ZPP, pored Ustava, u Republici Srbiji su doneti i Zakon o uređenju sudova („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 116/2008), Zakon o sudijama („Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 116/2008), kao i novi Sudski poslovnik koji je donet 2009. godine.

5 Videti: „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 111/2009. U daljem tekstu: ZID ZPP.

6 Tako: Kamhi, S. – Građanski sudski postupak, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1961, str. 449.

7 Kako parnični sud može u toku postupka doneti različite vrste presuda, u pogledu pojedinih presuda postoje i specifičnosti u pogledu pobijanja predlogom za ponavljanje postupka. Tako se jednostrane presude – presuda zbog propuštanja, presuda na osnovu priznanja i presuda na osnovu odricanja mogu pobijati predlogom za ponavljanje postupka ali u granicama u kojima se te presude mogu pobijati i redovnim pravnim sredstvima. Specifično je pitanje da li se međupresuda, kao sudska odluka o elementu tužbenog zahteva, može pobijati predlogom za ponavljanje postupka. Smatra se da je i ovu presudu moguće pobijati predlogom za ponavljanje postupka jer je njome završen postupak u kome se odlučivalo o osnovanosti osnova tužbenog zahteva i zbog činjenice da i ova presuda ima ista pravna dejstva kao i druge zakonom predviđene presude; (O tome videti: Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 521; Požnić, B. – Međupresuda, Pravni život br. 11 – 12/1989, str. 1636; Triva, S. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 595. Videti i: Boranijašević, V. – Presude u parničnom postupku, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2009, str. 53.)

pravni lek. Ograničenost, kao obeležje ovog pravnog leka, ogleda se, kako u pogledu objekta pobijanja i rokova, tako i u domenu razloga za njegovo izjavljivanje.

Prema odredbama ZPP, predlog za ponavljanje postupka mora da ima određenu sadržinu, te se u njemu naročito moraju navesti: zakonski osnov po kome se traži ponavljanje (označenje razloga za ponavljanje postupka), okolnosti iz kojih proizlazi da je predlog podnesen u zakonskom roku i dokazi kojima se potkrepljuju navodi predlagača.⁸ Naravno, podrazumeva se da žalilac ima pravni interes za izjavljivanje ovog pravnog leka.

Ponavljanje postupka predstavlja kompleksan pravni institut. Postupak po predlogu za ponavljanje postupka se odvija u dve faze. U prvoj se ispituje dopuštenost i osnovanost predloga, te ukoliko je on takav, sud donosi odluku o ukidanju ranije pravnosnažne odluke koja je procesna smetnja ponovnom odlučivanju. U drugoj fazi postupka, sud ponavlja postupak i donosi novu meritornu odluku o glavnoj stvari.

3. Razlozi za ponavljanje postupka koji moraju biti označeni u predlogu za ponavljanje postupka taksativno su određeni u odredbi iz čl. 422. st. 1. t. 1 – 10. ZPP. Razlozi za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka mogu biti određene procesne povrede kao i određeni materijalni nedostaci, dok materijalnopravne povrede to ne mogu biti.

Uobičajeno je da se u literaturi procesnog prava razlozi za ponavljanje postupka klasifikuju u određene grupe. Iako zakonodavac nije ni u ovom zakonskom tekstu, kao ni u ranijim, klasifikovao razloge za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, u literaturi je zastupljena podela svih razloga u određene grupe. Broj grupa razloga za izjavljivanje ovog pravnog leka je varirao, u zavisnosti od broja razloga koji su zakonom bili i jesu propisani. Broj razloga za ponavljanje postupka predviđenih zakonom se vremenom menjao, tako da je ZPP doneo dva nova razloga, ujedno eliminišući jedan od ranije predviđenih razloga.⁹ Odredbama ZID ZPP uvodi se još jedan razlog za ponavljanje postupka koji se bazira na odluci Ustavnog suda Srbije donetoj u postupku po ustavnoj žalbi.

Svi razlozi za ponavljanje postupka svrstavaju se u četiri grupe. Prvu grupu razloga čine bitne povrede odredaba postupka, drugu protivpravne radnje učesnika u postupku – krivična dela, a treću nove činjenice i novi dokazi.¹⁰ Četvrtu grupu

8 Videti: čl. 425. st. 2. ZPP.

9 Detaljno: Boranijašević, V. – Razlozi za ponavljanje postupka, *Pravni život*, br. 12/2010, str. 144 – 147.

10 Podela razloga za ponavljanje postupka u tri grupe je u literaturi procesnog prava u velikoj meri bila prihvaćena. Tako: Stanković, G. – *Gradansko procesno pravo*, IP Justinijan, Beograd, 2004, str. 477; Palačković, D. – *Parnično procesno pravo*, Pravni fakultet, Kragujevac, 2004, str. 281 – 282; Poznić, B. – Rakić - Vodinelić, V. – *Gradansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1999, str. 318 – 319; Čizmović, M. – Đuričin, B. – *Gradansko procesno pravo*, Kulturno prosvetna zajednica, Podgorica, 1997, str. 292; Čalija, B. – *Gradansko procesno pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 1986, str. 617 – 618; Triva, S. – *Gradansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1978, str. 595 – 598; Kamhi, S. – *Gradanski sudski postupak*, IP Veselin Masleša, Sarajevo, 1961, str. 451. Iako je grupisanje razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka na ovaj način bilo prihvaćeno, to ne

razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka čine povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda koje su utvrđene odlukom Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi ili presudom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu.¹¹

4. Četvrtu grupu razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, prema ZPP, čine povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda. Neophodno je da su povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda utvrđene presudom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu¹² ili odlukom Ustavnog suda Srbije u postupku po ustavnoj žalbi. Ova grupa razloga za ponavljanje postupka nije bila zastupljena u ranije važećim procesnim režimima i rezultat je reforme parnične procedure u Republici Srbiji.

Stranka može zahtevati ponavljanje postupka ako je po pravnosnažno okončanom postupku pred domaćim sudom, ESLJP doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Republike Srbije.¹³ Pogrešna primena materijalnog ili procesnog prava koja je rezultirala povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda, u ovoj situaciji je bila povod za pružanje pravne zaštite pred ESLJP. Presudom ovog suda se postojanje povrede i utvrđuje, ukoliko ona postoji, pa će takva odluka suda i biti razlog za ponavljanje postupka.

ESLJP je sud koji je ustanovljen Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹⁴ Ovaj sud funkcioniše u cilju zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda koje svoj osnov nalaze u Konvenciji. Sud postupajući po individualnoj predstavi, u propisanom sastavu i kad su ispunjene procesne pretpostavke za dopuštenost suđenja, donosi sudsku odluku koja može biti razlog za ponavljanje postupka pred domaćim sudom. Aplikant se može obratiti sudu ukoliko smatra da je odlukom nacionalnog suda došlo do povrede ljudskih prava i sloboda i ukoliko je iskoristio sva pravna sredstva koja su mu bila na raspolaganju. Tada, ESLJP postupajući u propisanom postupku donosi sudsku odluku koja ima obaveznost snagu i koju je država potpisnica Konvencije dužna da izvrši.¹⁵

znači da pojedini autoru nisu na drugačiji način izvršili grupisanje razloga. Tako je u literaturi dostupna i podela razloga na dve grupe, pri čemu prvu grupu čine neke povrede postupka koje su bitne po samom zakonu, a drugu čine nove činjenice i novi dokazi. Druga grupa obuhvata, prema shvatanju autora, tri vrste razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka, i to: krivična dela koja su uticala na zakonitost pobijane odluke, postojanje odluke nekog drugog organa na kojoj je zasnovana odluka suda a koja je naknadno ukinuta, preinačena ili poništena, i nove činjenice i nove dokaze u opštem značenju pojma (Detaljno: Starović, B. – Keča, R. – Građansko procesno pravo, Pravni fakultet, Novi Sad, 1998, str. 449 – 451).

11 Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 521; Stanković, G. – Građansko procesno pravo, sveska prva, Parnično procesno pravo, Udruženje za Građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2007, str. 519.

12 U daljem tekstu: ESLJP.

13 Videti: čl. 422. st. 1. t. 10. ZPP.

14 Ova konvencija je doneta 1950. godine, a Republika Srbija je istu ratifikovala 2003. godine. U daljem tekstu: Konvencija.

15 Odluka nacionalnog suda kojom je, prema mišljenju aplikanta, povređeno određeno ljudsko pravo ne predstavlja objekat pobijanja, a ESLJP u odnosu na nju nema određena ovlašćenja - ni kasatorna ni reformatorna (Stanković, G. – Petrušić, N. – Novine u građanskom procesnom pravu, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2005, str. 7).

Ovaj razlog za ponavljanje postupka je uveden u našu parničnu sudsku proceduru iz više razloga. Jedan od osnovnih razloga je dužnost države članice Saveta Evrope da omogući izmenu odluke domaćeg suda. Ova mogućnost je uslovljena odlukom nadnacionalnog suda kojom se utvrđuje da je došlo do povrede osnovnih ljudskih prava koja su garantovana Konvencijom. S druge strane, ovo zakonsko rešenje je u vezi sa preporukom Saveta Evrope kojom se ukazuje državama članicama da je poželjno da obezbede mogućnost ponavljanja postupka pred domaćim sudom, ukoliko je, u određenoj pravnoj stvari, ESLJP utvrdio da je došlo do povrede ljudskog prava koje svoj osnov nalazi u Konvenciji.¹⁶ Pored toga, ponavljanje postupka treba omogućiti i ako stranka sama snosi posledice izrečene pred domaćim sudom a ne postoji mogućnost da se restitucija postigne na drugi način osim putem ponavljanja postupka.

Logičan zaključak koji sledi je da je stranci potrebna konačna presuda ESLJP koja je postala pravnosnažna, kao razlog za ponavljanje postupka. Potrebno je da je ESLJP doneo odluku kojom je utvrđeno da je došlo do povrede određenog ljudskog prava zagarantovanog Konvencijom. S druge strane, odredbom ZPP je predviđeno da je razlog za ponavljanje postupka odluka ESLJP o istom ili sličnom pravnom odnosu protiv Republike Srbije. To znači da će sud imati ulogu da ocenjuje da li se ta odluka odnosi na konkretan slučaj i da li se ona može prihvatiti kao razlog za ponavljanje postupka. U slučaju da odluka postoji i da se može prihvatiti kao osnov i razlog za ponavljanje postupka, sud će u propisanom postupku dozvoliti ponavljanje postupka.

Uvođenjem ovog razloga za ponavljanje postupka dolazi do prodora precedentnog prava u naš pravni sistem. Iako sudska praksa ne predstavlja izvor parničnog procesnog prava,¹⁷ u ovom slučaju, presuda ESLJP postaje izvor prava i razlog za ponavljanje postupka pred domaćim sudom.

Uvođenje novog razloga za ponavljanje postupka koji se zasniva na presudi ESLJP, može se sagledati sa više aspekata. U literaturi se smatra¹⁸ da se uvođenjem ovog razloga za ponavljanje postupka predupređuju budući postupci pred ESLJP,

16 Radi se o preporuci br. R (2000) 2 Komiteta ministara Saveta Evrope, upućenoj državama članicama za preispitivanje ili ponovno otvaranje određenih predmeta pred domaćim sudovima nakon izricanja presude ESLJP. Ova preporuka je dostupna na zvaničnom sajtu Saveta Evrope, www.coe.int.

17 U evropskokontinentalnim pravnim sistemima sudska praksa nije izvor prava. Iako se smatra da značaj presude neprestano raste, ona u ovim pravnim sistemima ne može da zameni zakon kao osnovni i primarni izvor prava. Takođe, smatra se da ni zakon ne može sudskoj presudi da porekne osobine sekundarnog pravnog izvora. Ukoliko se izvorima prava označe samo pravni akti koji su formalno obavezni za sudove i koji su ustavom predviđeni, sudska presuda ne predstavlja izvor prava. Međutim, ukoliko se izvorima prava smatraju akti efektivnog stvaranja pravnih normi, neophodno je presudu smatrati izvorom prava (Videti: Košutić, B. – Sudska presuda kao izvor prava, Savremena administracija, Beograd, 1973, str. 149, str. 154). O presudi kao aktu primene i stvaranja prava, videti i: Boranijašević, V. – Vrste presuda u parničnom postupku, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Niš, 2008, str. 12 – 18.

18 Stanković, G. – Petrušić, N. – Novine u građanskom procesnom pravu, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2005, str. 65.

ukoliko je taj sud već doneo odluku o istom ili sličnom pravnom pitanju. Stranka će moći pred domaćim sudom da zahteva ponavljanje postupka ukoliko je nadnacionalni sud doneo odluku o istom ili sličnom pravnom odnosu. Tako se stranka neće obraćati tom sudu već će pravnu zaštitu ponovo zatražiti pred domaćim sudskim organima. To će, svakako, doprineti manjem broju obraćanja pojedinaca ESLJP.¹⁹ Država se u ovom slučaju štiti i od odgovornosti za rad njenih organa, pored činjenice da se na još bolji način štite ljudska prava koja svoj osnov nalaze u Konvenciji.

Kada je u pitanju hrvatsko zakonodavstvo, instituti parnične procedure regulisani su odredbama Zakona o parničnom postupku.²⁰ Iako ih zakon ne grupiše, razlozi za ponavljanje postupka su u teoriji procesnog prava klasifikovani u određene grupe. Tako se ističe da se razlozi zbog kojih se može tražiti ponavljanje postupka svrstavaju u tri grupe: neke naročito teške povrede procesnog prava, neka kaznena djela koja su mogla biti od uticaja na sadržaj odluke koja je postala pravnosnažna i nove činjenice i novi dokazi na osnovu kojih je za stranku koja traži ponavljanje postupka mogla biti doneta povoljnija odluka da su te činjenice ili dokazi bili upotrebljeni u ranijem postupku.²¹

Iako se ne pominje četvrta grupa razloga za ponavljanje postupka, sigurno je da presuda ESLJP kojom je utvrđena povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda, doneta protiv Republike Hrvatske, može biti razlog za ponavljanje postupka. Novelom ZPP RH iz 2003. godine predviđeno je da se može tražiti ponavljanje postupka, a samim tim i izmena pravnosnažne sudske odluke, ukoliko je nadnacionalni sud utvrdio povredu ljudskih prava ili osnovnih sloboda. Potrebno je da je ESLJP utvrdio povredu u odluci protiv Republike Hrvatske u postupku koji je inicirala jedna od stranaka iz postupka pred nacionalnim hrvatskim sudom u kome je do takve povrede i došlo.²²

5. ZID ZPP proširuje listu razloga za ponavljanje postupka. U odredbe iz čl. 422. st. 1. ZPP, pored postojećih deset tačaka u kojima su sadržani razlozi za ponavljanje postupka, uvodi se i tačka 11, u kojoj se propisuje da se ponavljanje

19 Ima mišljenja da veliki broj predstavki koji stiže u ESLJP na neki način dovodi u pitanje poverenje u sistem zaštite ljudskih prava i da postoje dva osnovna razloga za to - povećanje broja članica Saveta Evrope i strukturna neprilagođenost sistema koji je nastao pre pola veka novim zahtevima evropskog društva. Stoga, smatra se da je neophodna reforma ESLJP (Detaljno: Banovčanin-Heuberger, I. – Reforma Evropskog suda za ljudska prava, Evropsko zakonodavstvo, br. 9 – 10/2004, str. 74 – 75).

20 Videti: „Narodne novine“ br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08. U daljem tekstu: ZPP RH.

21 Tako: Triva, S. – Dika, M. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 742.

22 Zahtev se podnosi u roku od trideset dana od dana konačnosti presude ELJSP odnosno u roku od 30 dana od dana dostavljanja takve presude stranci u čiju je korist i doneta. Rok je prekluzivne prirode. Zahtev se podnosi prvostepenom sudu koji je sudio u postupku u kome je povreda ljudskog prava i osnovnih sloboda i nastala. Podrazumeva se da sud u postupku koji se sprovodi po pravilima o ponavljanju postupka mora poštovati pravna stanovišta sadržana u odluci evropskog suda (Videti: čl. 428. a ZPP RH. O tome i: Triva, S. – Dika, M. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 84).

postupka može tražiti „ako je u postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku“.

Na ovom mestu je, čini se, potrebno ukazati na određene segmente nadležnosti Ustavnog suda Srbije te mogućnosti izjavljivanja ustavne žalbe.

Ustavni sud Srbije predstavlja instituciju koja „štiti ustavnost i zakonitost i ljudska i manjinska prava i slobode“.²³ Novim Ustavom, Ustavni sud Srbije dobija još jednu nadležnost – odlučivanje o ustavnim žalbama.²⁴

Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ukoliko su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu ljudskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom.²⁵ Iz ove odredbe Ustava proizlazi da je potrebno ispunjenje određenih uslova da bi se podnela ustavna žalba. To su sledeći uslovi: da je došlo do povrede ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčenog Ustavom; da je povreda izvršena pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno vršenje javnih ovlašćenja, i da su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu povređenih prava. U literaturi se ističe da ustavna žalba predstavlja dopunsko pravno sredstvo koje obezbeđuje nemogućnost stranaka da se neposredno obraćaju Ustavnom sudu i na taj način izbegnu redovan put pravne zaštite pred sudovima i, s druge strane, omogućuje da nijedno Ustavom zajemčeno ljudsko i manjinsko pravo ne ostane pravno nezaštićeno.²⁶

Analizom uslova dolazi se do zaključka da se stranka može obratiti Ustavnom sudu uvek kada smatra da joj je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo. Podrazumeva se da se radi o ljudskim i manjinskim pravima koja su predviđena Ustavom i čiju zaštitu Ustav omogućuje i garantuje. Kada se govori o pojedinačnom aktu ili radnji državnog organa ili organizacije kojoj je povereno vršenje javnih ovlašćenja, nesumnjivo je da odluka suda predstavlja akt državnog organa, specijalizovanog za pružanje pravne zaštite.

Kad je u pitanju uslov koji se odnosi na iscrpljenost pravnih sredstava ili pak, njihovo nepostojanje, postavlja se pitanje da li su stranke, potencijalni podnosioci ustavne žalbe, sposobne da ocene da li su pravna sredstva iscrpljena i na koji će način Ustavni sud o tome odlučiti. Takođe, pitanje je da li će stranka moći da se obrati Ustavnom sudu ustavnim žalbom i pokuša da izdejstvuje odluku koja će biti povod za ponavljanje parničnog postupka, ukoliko nije iscrpela sva pravna sredstva. Tačnije, ukoliko se nije pokazalo da su postojeća pravna sredstva nedovoljna u

23 Čl. 166. st. 1. Ustava.

24 Istorijски, o žalbenoj nadležnosti Ustavnog suda, detaljno: Nenadić, B. – Ustavni sud Srbije kao žalbeni sud, *Pravna riječ*, br. 10/2007, str. 176 – 180; Nenadić, B. – Ustavna žalba pred Ustavnim sudom Srbije, *Izbor sudske prakse*, br. 12/2007, str. 9.

25 Videti: čl. 170. Ustava.

26 Nenadić, B. – Ustavna žalba pred Ustavnim sudom Srbije, *Izbor sudske prakse*, br. 12/2007, str. 13.

postupku pružanja pravne zaštite. Striktno poštujući odredbe Ustava, iscrpljenost pravnih sredstava pred redovnim sudovima jedan je od osnovnih uslova za izjavljivanje ustavne žalbe. Stranka se može obratiti sudu putem žalbe ali će je sud odbaciti zbog neispunjenja procesnih pretpostavki.

Pošto je notorna činjenica da odredbama Ustava, a ni odredbama Zakona o Ustavnom sudu²⁷ nije propisano kada se smatra da su iscrpljena pravna sredstva za zaštitu ljudskih ili manjinskih prava i sloboda, Ustavni sud je zauzeo stav o ovom pitanju. Ističe se da je Ustavni sud izvršio detaljnu analizu pravnih sredstava koja su predviđena odredbama pojedinih procesnih zakona, pa je na osnovu njihove dostupnosti i delotvornosti zauzeo stav o tome kada su iscrpljena pravna sredstva za zaštitu ljudskih i manjinskih prava i sloboda.²⁸

Kad je u pitanju parnični postupak, smatra se da je poslednje delotvorno pravno sredstvo iscrpljeno donošenjem odluke po reviziji. S druge strane, kada revizija nije zakonom predviđena, donošenjem odluke po žalbi na presudu ili žalbi na rešenje, smatra se da je iscrpljeno poslednje delotvorno pravno sredstvo pre izjavljivanja ustavne žalbe.²⁹

Proizlazi zaključak da se stranka može obratiti Ustavnom sudu, putem ustavne žalbe, tražeći da se utvrdi povreda ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku, tek pošto je iscrpljeno i poslednje pravno sredstvo – kada je doneta odluka u postupku po reviziji. Odluka Ustavnog suda doneta po ustavnoj žalbi, ukoliko je ona i usvojena, predstavlja razlog za ponavljanje postupka.

Zakonodavac propisuje da se ponavljanje postupka može tražiti „ako je u postupku po ustavnoj žalbi, Ustavni sud utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom u parničnom postupku“. Evidentno je da je zakonodavac samo preuzeo formulaciju o ustavnoj žalbi sadržanu u Ustavu, ne vodeći računa o činjenici da se u parničnom postupku mogu povrediti ili uskratiti ljudska prava i osnovne slobode ali da to nije moguće kada su u pitanju manjinska prava. Pored osnovnih ljudskih prava i sloboda koja su zajemčena svim građanima, pripadnicima nacionalnih manjina jemče se i posebna individualna i kolektivna prava. Ustavom je propisana zabrana diskriminacije nacionalnih manjina, ravnopravnost u vođenju javnih poslova, zabrana nasilne asimilacije, pravo na očuvanje posebnosti, kao i pravo na udruživanje i saradnju sa sunarodnicima. Ova manjinska prava se u parničnom postupku ne mogu povrediti niti uskratiti. Jedini izuzetak od pravila je da se u parničnom postupku može povrediti pravo na upotrebu

27 Videti: „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 109/2007. U daljem tekstu: ZUS.

28 Nenadić, B. – Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji, rad je dostupan na sajtu www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=383%3Austavna-alba-kao-pravno-sredstvo-za-zastitu-ljudskih-prava-i-osnovnih-sloboda-u-republici-srbijilink&catid=83%Itemid=1

29 Videti: Stavovi Ustavnog suda u postupku ispitivanja i odlučivanja po ustavnoj žalbi, usvojeni na sednicama Ustavnog suda od 30. oktobra 2008. g. i 2. aprila 2009. godine. Stavovi su dostupni na zvaničnom sajtu Ustavnog suda Srbije, www.ustavni.sud.rs.

jezika manjine. Kako je pravo na upotrebu jezika i samo proklamovano nizom odredaba Ustava,³⁰ kao osnovno ljudsko pravo, čini se da je u prilikom redakcije ovog razloga za ponavljanje postupka, trebalo izostaviti povrede manjinskih prava u parničnom postupku.

Pored činjenice da je pravo na upotrebu jezika propisano i zajemčeno Ustavom, u prilog iznetom zaključku ide i konstatacija da je pravo na upotrebu jezika na adekvatan način zaštićeno u parničnom postupku. Naime, poznato je da se žalba protiv presude može izjaviti zbog određenih razloga koji su propisani zakonom. Jedan od razloga su povrede odredaba parničnog postupka, koje mogu biti apsolutno bitne i relativno bitne. Apsolutno bitne povrede odredaba parničnog postupka su one povrede koje po samom zakonu imaju karakter bitnih povreda i o kojima sud vodi računa po službenoj dužnosti. Jedna od tih povreda je u vezi sa pravom na jezik. Tako, bitna povreda odredaba parničnog postupka uvek postoji ako je sud protivno zakonskim odredbama odbio zahtev stranke da u postupku slobodno upotrebljava svoj jezik i pismo.³¹ U tom smislu, ako je i došlo do povrede pravila o pravu na jezik, takva povreda se može sanirati u postupku kontrole zakonitosti prvostepene odluke. Interesantna je i činjenica da su članovi radne grupe za reformu pravila po kojima se postupa u parničnoj proceduri, kad je u pitanju ovaj razlog za ponavljanje postupka, predložili da se ponavljanje postupka može tražiti ukoliko je odlukom Ustavnog suda utvrđena povreda ljudskog prava zajemčenog Ustavom, ne pominjući manjinska prava kao predmet povrede u parničnom postupku. Nisu poznati razlozi zbog kojih ovakvo rešenje nije prihvaćeno u nadležnom ministarstvu.³²

Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi, ukoliko je usvoji, može da poništi pojedinačni pravni akt kojim je povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, može da zabrani dalje vršenje ili narediti vršenje određene radnje, ili odrediti da se u određenom roku uklone štetne posledice nastale usled primene pojedinačnog akta ili radnje.³³ Mogućnost da Ustavni sud u postupku po ustavnoj žalbi može da poništi odluku redovnog suda, ukoliko žalbu usvoji, dovela je do polemike u naučnoj i stručnoj javnosti. Prema jednom od preovlađujućih mišljenja, smatra se da odluka Ustavnog suda kojom se usvaja ustavna žalba i kojom se nesumnjivo utvrđuje povreda prava zajemčenog Ustavom, može biti razlog za ponavljanje postupka, dok sudsku odluku može preispitivati i ukinuti samo nadležni sud.³⁴

30 Odredbama iz čl. 10. Ustava je propisano da su u Republici Srbiji u službenoj upotrebi srpski jezik i ćirilično pismo, a da se službena upotreba drugih jezika i pisama uređuje zakonom, na osnovu Ustava. Takođe, u okviru prava na pravično suđenje, kao jednog od ljudskih prava zajemčenih Ustavom, propisano je da je svakom zajemčeno pravo na besplatnog prevodioca ukoliko ne govori ili ne razume službeni jezik u sudu (čl. 32. st. 2. Ustava).

31 Videti: čl. 361. st. 2. t. 8. ZPP.

32 Materijal u vidu radnih verzija ZPP i ZID ZPP dostupan je na sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>.

33 Videti: čl. 89. st. 2. ZUS.

34 O iznetim shvatanjima povodom zakonom propisane mogućnosti Ustavnog suda da poništi pojedinačni akt, detaljno: Nenadić, B. – Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih

Ako rezimiramo, stranka se može putem ustavne žalbe obratiti Ustavnom sudu, tvrdeći da su joj povređena ili uskraćena ljudska prava zajemčena Ustavom, pod uslovom da su iscrpljena pravna sredstva pred redovnim sudovima koji pružaju pravnu zaštitu. U domenu parničnog postupka, ukoliko je doneta odluka u postupku po reviziji, pravna sredstva su iscrpljena. Sud može usvojiti žalbu i doneti odluku kojom utvrđuje povredu zajemčenog ustavnog prava. Takva odluka Ustavnog suda može biti razlog za ponavljanje postupka.

Odredbama ZUS predviđena su određena zakonska rešenja koja Ustav ne sadrži. Odredbama ZUS je propisano da se ustavna žalba može izjaviti i ako nisu iscrpljena sva pravna sredstva, u slučaju kad je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Ovom odredbom ZUS ustvari, propisuje izuzetak koji Ustav nije predvideo.³⁵

Na prvi pogled, moglo bi se zaključiti da razlog za ponavljanje parničnog postupka može biti i odluka Ustavnog suda, donesena u postupku po ustavnoj žalbi koja sudu može biti izjavljena iako nisu iscrpljena sva pravna sredstva, kojom je utvrđena povreda prava na suđenje u razumnom roku, No, takav zaključak nije ispravan i ponavljanje postupka se ne može zahtevati na osnovu odluke Ustavnog suda donete u postupku po žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku.³⁶ Osnovni razlog za ovakvo shvatanje nalazi se u činjenici da takvu povredu nije moguće reparirati i sanirati ponavljanjem parničnog postupka. U napred pomenutom materijalu koji je svojevremeno pripremila radna grupa za reformu ZPP, odluka Ustavnog suda u postupku po ustavnoj žalbi zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku nije bila predviđena kao razlog za ponavljanje postupka. Tačnije, bilo je predloženo da se ponavljanje postupka može tražiti zbog odluke Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda ljudskog prava zajemčenog Ustavom, osim zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Evidentno je da i ovaj predlog nije postao deo važećih odredba ZID ZPP.

Ukoliko je u postupku po ustavnoj žalbi utvrđeno postojanje povrede prava na suđenje u razumnom roku, Ustavni sud ima mogućnost da, u okviru svojih ovlašćenja, odluči na različit način, u zavisnosti od toga da li je pre podnošenja ustavne žalbe parnični postupak bio završen ili nije.

Kada sud usvoji ustavnu žalbu, njegova odluka se očituje u dva smera. Ukoliko je žalba bila izjavljena zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku, a radilo se o parničnom postupku koji nije završen, sud odlukom nalaže parničnom sudu da se

prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji, rad je dostupan na sajtu www.bgcentar.org.rs.

35 O pravnom osnovu za korišćenje ustavne žalbe i: Slavnić, Lj. – Neki aspekti ustavne žalbe i uloga Ustavnog suda, *Pravni život*, br. 14/2009, str. 914 – 915. Praksa Ustavnog suda je pokazala da se u velikom broju slučajeva žalilac obraća putem ustavne žalbe Ustavnom sudu upravo po osnovu povrede prava na suđenje u razumnom roku u parničnom postupku. Motivi žalilaca su bili različiti – predugo trajanje postupka i činjenica da postupak nije okončan, ili pak, činjenica da je postupak predugo trajao te da se radi o povredi zagarantovanog prava na suđenje u razumnom roku.

36 Stanković, G. – *Građansko procesno pravo*, sveska prva, *Parnično procesno pravo*, Pravni fakultet, Niš, 2010, str. 523.

postupak okonča i omogućava stranci naknadu štete.³⁷

Ukoliko je parnični postupak bio završen pre podnošenja žalbe, Ustavni sud može utvrditi da je postupak predugo trajao i da je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, te dosuditi pravo na naknadu štete i odluku objaviti u Službenom glasniku Republike Srbije.³⁸ Može se zaključiti da naknada štete u ovim slučajevima ustvari predstavlja izvesnu satisfakciju podnosiocu ustavne žalbe zbog povređenog prava na suđenje u razumnom roku.

6. Odredbama ZPP RH koji taksativno propisuje razloge za ponavljanje postupka, nije predviđeno da stranka može zahtevati ponavljanje postupka ukoliko je povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom Republike Hrvatske³⁹ utvrđena u postupku pred Ustavnim sudom.

Međutim, u hrvatskom pravu je predviđen jedan specifičan institut – ustavna tužba. Razlikuju se redovna i izvanredna ustavna tužba, koje su normativno uređene odredbama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske.⁴⁰ Ustavna tužba se u literaturi procesnog prava u Republici Hrvatskoj označava kao pravni lek dvojake prirode: ona je pravni lek *sui generis* u slučaju kontrole pojedinačnih odluka, dok je pravno sredstvo u širem smislu kada predstavlja sredstvo kontrole načina vođenja postupka.⁴¹

Redovna ustavna tužba⁴² protiv pojedinačnih pravnih akata podnosi se Ustavnom sudu RH ukoliko su iscrpljeni svi drugi putevi pravne zaštite, ukoliko je pojedinačnim aktom tela državne vlasti, tela jedinice lokalne i regionalne samouprave ili pravne osobe sa javnim ovlašćenjima, kojim je odlučeno o pravima i obavezama, povređeno ljudsko pravo ili osnovna sloboda predviđena Ustavom RH.⁴³ Izvanredna ustavna tužba se, s druge strane, može podneti Ustavnom sudu i pre iscrpljenja drugih pravnih puteva zaštite pod određenim uslovima. U slučaju da nisu iscrpljeni svi dostupni putevi pravne zaštite, izvanredna ustavna tužba može biti podneta ukoliko se o pravima i obavezama stranke u postupku pred sudom nije odlučilo u razumnom roku ili ako se osporenim pojedinačnim pravnim aktom grubo vređaju ustavna prava a „potpuno je razvidno“ da bi nepokretanjem ustavnosudskog

37 Videti: Odluka o usvajanju ustavne žalbe u predmetu Už – 31/2008; Odluka o usvajanju ustavne žalbe u predmetu Už – 147/2009, www.ustavnisud.rs.

38 Videti: Odluka o usvajanju ustavne žalbe u predmetu Už – 193/2008, objavljena je u „Službenom glasniku Republike Srbije“ br. 17/2009.

39 Videti: „Narodne Novine“ br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10. U daljem tekstu: Ustav RH.

40 Videti: „Narodne novine“ br. 99/99, 29/02, 49/02. U daljem tekstu: UZUS RH.

41 Tako: Triva, S. – Dika, M. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 74.

42 Termini „redovna“ i „izvanredna“ ustavna tužba nisu termini koji su zastupljeni u odredbama UZUS RH ali su prihvaćeni u jednom delu procesne literature (Videti: Triva, S. – Dika, M. – Građansko parnično procesno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2004, str. 74 - 78).

43 Videti: čl. 62. st. 1 – 2. UZUS RH. Kada je u pitanju parnični postupak, smatra se da su iscrpljeni putevi pravne zaštite onda kada je doneta odluka u postupku po reviziji (čl. 62. st. 3. UZUS RH).

postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posledice.⁴⁴ Odlučujući u postupku po izvanrednoj ustavnoj tužbi, Ustavni sud donosi odluku i određuje nadležnom sudu rok za donošenje odluke kojom će na meritoran način odlučiti o pravima i obavezama podnosioca ustavne tužbe. Taj rok počinje da teče narednog dana od dana objavljivanja odluke suda u Narodnim novinama.⁴⁵ Prilikom odlučivanja, Ustavni sud RH određuje i primerenu naknadu u novčanom iznosu koja pripada podnosiocu ustavne tužbe zbog povrede ustavnog prava na suđenje u razumnom roku. Naknada se isplaćuje iz državnih sredstava u roku od tri meseca od dana podnošenja zahteva za njenu isplatu.

Proizlazi zaključak da su ustavna žalba u Republici Srbiji i ustavna tužba u Republici Hrvatskoj identični instituti osim u domenu uticaja na parnični postupak. U hrvatskom pravu, odluka doneta u postupku po redovnoj ustavnoj tužbi kojom se utvrđuje povreda ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom RH ne može biti razlog za ponavljanje parničnog postupka. Takav zaključak proizlazi iz činjenice da odluka Ustavnog suda RH o povredi ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih ustavom nije poseban propisan razlog za ponavljanje parničnog postupka. Međutim, odredbama UZUS RH predviđeno je da ukoliko Ustavni sud usvoji ustavnu tužbu, dolazi do ukidanja osporavanog i napadanog akta. Tada je sud koji je doneo takav akt dužan da donese novi akt, novu sudsku odluku. Sa tim ciljem, Ustavni sud predmet vraća na ponovni postupak telu koje je donelo ukinuti akt.⁴⁶ Moglo bi se, možda, zaključiti da u ovoj situaciji dolazi do ponavljanja postupka ali ne na predlog stranke već po službenoj dužnosti, na nalog Ustavnog suda RH.

Odluka doneta u postupku po izvanrednoj ustavnoj tužbi ne može biti razlog za ponavljanje postupka zbog nepoštovanja načela o suđenju u razumnom roku. Ovakav stav zakonodavca i pravne teorije je u potpunosti ispravan.⁴⁷

7. Evidentno je da je zakonodavac u Republici Srbiji proširio listu razloga za ponavljanje postupka i da je na taj način želeo da postigne određene ciljeve. Pored težnje da unapredi sistem pružanja pravne zaštite i poboljša ostvarivanje principa vladavine prava, zakonodavac je nastojao da se kroz uvođenje novih razloga za

44 Videti: čl. 63. st. 1. UZUS RH.

45 Videti: čl. 63. st. 2. UZUS RH.

46 Videti: čl. 76. st. 2. UZUS RH.

47 Izvanredna ustavna tužba je u hrvatsko zakonodavstvo uvedena kao delotvoran pravni lek. Nakon samo nekoliko godina primene pokazalo se da je broj tužbi koje stižu u sud preveliki, da su postupci predugački te da se ne ostvaruje i osnovna namena ovog instituta. Tako je Zakonom o sudovima („Narodne novine“ br. 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 116/10, 122/10) nadležnost Ustavnog suda RH u postupku po ustavnoj tužbi zbog povrede načela o suđenju u razumnom roku prebačena na redovne sudove. Institut menja ime i dobija naziv „zahtev za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku“ (čl. 27 – 30. ZUS RH; O tome: Lilić, S. – Da li je ustavna žalba efikasan pravni lek za suđenje u razumnom roku“, *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LV, 2/2007, str. 83). Identični zahtevi se javljaju i u srpskoj teoriji i praksi, jer se postavlja pitanje da li Ustavni sud može da ostvari efikasnu pravnu zaštitu građana po ovom osnovu s obzirom na veliki broj ustavnih žalbi, mali broj sudija u sudu te preširoko postavljenu nadležnost samog suda.

ponavljanje postupka strankama omogućiti efikasna zaštita ljudskih prava u državi. Takođe, zakonodavac je novim rešenjima u pogledu razloga za izjavljivanje predloga za ponavljanje postupka nastojao da umanja broj obraćanja Evropskom sudu za ljudska prava i zaštiti državu od odgovornosti za rad njenih organa. Najzad, motivi zakonodavca za propisivanje određenih rešenja mogu se naći i u implementaciji preporuka Saveta Evrope i početnim koracima na planu harmonizacije našeg prava sa principima i standardima evropskog prava. S druge strane, analiza zakonskih pravila u Republici Hrvatskoj ukazuje na to da su ciljevi zakonodavca bili identični onima u Republici Srbiji, uz određena odstupanja u domenu normativnog regulisanja razloga za ponavljanje parničnog postupka. Da li će u praksi i biti ostvareni ciljevi zakonodavca, ostaje da se vidi tokom buduće primene procesnih pravila u praksi sudova.

Summary

VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AND BASIC FREEDOM AS A REASON FOR A RETRIAL

A retrial represents an extraordinary legal remedy that can be lodged against the legally effective decisions. This legal remedy is lodged with the aim to quash irregular court decisions that became legally effective, to repeat a discussion of a disputed matter and for the court to deliver a new, relevant decision.

A party may file a motion for a retrial only in cases explicitly defined by law. Although the legislator did not distinguish grounds upon which a retrial may commence, according to the theory of civil procedure the grounds are divided into certain groups. The first group consists of essential violations of provisions governing the civil proceedings. The second group comprises illegal actions committed by persons participating in civil procedure (criminal offences), while the third group encompasses new facts and new evidences.

The fourth group concerns the violation of human rights and basic freedoms, determined by judgment of the Constitutional Court of the Republic of Serbia upon the constitutional complaint and by judgment of the European Court for Human Rights in Strasbourg.

The author in the article devotes a special attention to aforesaid violations due to the fact that they represent a specific and new ground for a retrial. He points at reasons which led to its implementation in civil proceedings and discusses results achieved on the normative level with respect to goals set with the new legislative solutions. The author stresses legislative inconsistencies, especially these regarding the constitutional appeal and implications of the Constitutional Court judgment for civil proceedings. He also analyses legislative solutions allowing retrial in the Republic Croatia with the aim to single out common provisions and point at normative discrepancies.

Key words: *civil procedure, retrial, human rights and fundamental freedoms, Constitution, European Court for Human Rights, constitutional appeal, constitutional complaint.*

Zusammenfassung

VERLETZUNG DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN ALS GRUND FÜR WIEDERAUFNAHME DES ZIVILPROZESSES

Die vorliegende Arbeit analysiert Verletzungen der Menschenrechte und Grundfreiheiten als einen Sondergrund für die Wiederaufnahme des Zivilprozesses. Die Zivilprozessordnung der Republik Serbien aus dem Jahr 2004 brachte Neuigkeiten in Bezug auf die Wiederaufnahmegründe. Unter anderem wurde die Möglichkeit der Prozesswiederaufnahme auf Grund einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg gegen Republik Serbien, die eine Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten festgestellt hat, eingeräumt. Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Zivilprozessordnung aus dem Jahr 2009 führt einen weiteren Grund für die Verfahrenswiederaufnahme ein. Insofern das Verfassungsgericht der Republik Serbien im Verfahren wegen Verfassungsbeschwerde eine Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Zivilprozess festgestellt hat, so kann dieses Gericht eine Entscheidung zur Wiederaufnahme des Prozesses treffen. Der Autor beschäftigt sich mit den Wiederaufnahmegründen und macht auf ein theoretisches Dilemma und auf Ergebnisse an der normativen Ebene, wie auch auf die Motive für die neuen gesetzlichen Regelungen der Republik Serbien aufmerksam. Dabei weist er auch auf die kroatische Regelung über die Wiederaufnahmegründe und vergleicht diese mit der serbischen Regelung.

***Schlüsselwörter:** Zivilprozess, Prozesswiederaufnahme, Menschenrechte und Grundfreiheiten, Verfassung, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Verfassungsbeschwerde und Verfassungsklage.*

Riassunto

VIOLAZIONE DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI QUALE MOTIVO DI RINNOVAZIONE DEL PROCEDIMENTO CONTENZIOSO

Nel contributo l'autore analizza le violazioni dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali quale specifico motivo di ripetizione del procedimento contenzioso. La legge sul procedimento contenzioso della Repubblica di Serbia del 2004 ha introdotto delle novità con riguardo ai motivi per la rinnovazione del procedimento; in particolare, prevedendo la possibilità di rinnovare il procedimento sulla base della pronuncia della Corte europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo, avversa alla Repubblica di Serbia, con la quale è stata accertata la violazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Con la legge di modifica ed integrazione della legge sul procedimento contenzioso del 2009 viene introdotto ancora un motivo di rinnovazione del procedimento. Così, qualora la Corte costituzionale della Repubblica di Serbia accerti su presentazione di ricorso l'esistenza di una violazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel procedimento contenzioso, in base alla sua pronuncia può avere luogo la rinnovazione del procedimento. L'autore, nel valutare tali motivi per la rinnovazione del procedimento, individua le antinomie teoriche, i risultati raggiunti sul piano normativo, come anche i fini e le motivazioni delle nuove soluzioni nella legislazione della Repubblica di Serbia. Per quanto in misura minore, l'autore presta attenzione anche alle soluzioni legislative concernenti i motivi per la rinnovazione del procedimento nella Repubblica di Croazia con l'intento di dimostrare l'uguaglianza di determinate soluzioni, ma anche la loro diversità con riguardo ad alcuni segmenti.

Parole chiave: *procedimento contenzioso, rinnovazione del procedimento, diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Costituzione, Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso costituzionale, azione costituzionale.*

PRAVILNIK O POSTUPKU REGISTRACIJE I SADRŽAJU REGISTRA UGOVORA O RADU POMORACA I RADNIKA NA POMORSKIM RIBARSKIM PLOVILIMA

Dr. sc. Marinko Đ. Učur, redoviti profesor,
Vanja Smokvina, mag. iur., asistent,
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.793 : 349.22
Ur.: 20. prosinca 2010.
Pr.: 11. ožujka 2011.
Stručni rad

Sažetak

Dana 17. lipnja 2010. stupio je na snagu Pravilnik o postupku registracije i sadržaju registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima. U našem pravnom sustavu, preciznije u propisima o radnim odnosima, dosta je dugo posebno postojala obveza registracije ugovora o radu pomoraca i ribara. To je zahtjev konvencija Međunarodne organizacije rada (MOR-a, ILO, OIT), ali i pravne stečevine Europske unije. Navedenim pravilnikom propisuje se postupak registracije i sadržaj registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima. Radnopravni pojmovi i kategorije koje su predmet sadržaja ovoga Pravilnika potvrđuju izrazitu specifičnost radnih odnosa pomoraca i ribara, kao dijela radnih odnosa u djelatnostima morske tehnologije. Posebno se naglašavaju javnopravne karakteristike tih odnosa.

Ključne riječi: *ugovor o radu, pomorac, radnik na pomorskim ribarskim plovilima, registracija.*

1. UVOD

Uvažavajući brojne specifičnosti i javnopravne karakteristike radnog odnosa pomoraca i ribara, Zakon o radu¹ je u odredbama čl. 12. st. 6. i 7. propisao: „Ugovor o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima mora se registrirati pri uredu državne uprave u županiji, odnosno Grada Zagreba nadležnom za poslove rada, a postupak registracije i sadržaj registra propisat će posebnim pravilnikom ministar nadležan za rad.“²

1 Zakon o radu, NN br. 149/09, objavljen 15. 12.2009. godine, a stupio na snagu s danom 01.01.2010. godine.

2 Zakon o radu, cit., čl. 12. st. 6. i 7.

Pozivom na odredbe čl. 12. st. 7. Zakona o radu (što u nomotehničkom smislu predstavlja „vizu“, odnosno pravnu osnovu za donošenje propisa³) ministar gospodarstva, rada i poduzetništva donio je Pravilnik o postupku registracije i sadržaju registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima (u nastavku: Pravilnik).⁴ „Ovim se Pravilnikom utvrđuje postupak registracije i sadržaj registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima (u daljnjem tekstu: ugovor).“⁵

Ovaj je Pravilnik umjesto riječi „ribara“, u skladu s navedenim odredbama Zakona o radu, pravilnije napisao riječi „radnika na pomorskim ribarskim plovilima“.⁶

U konvenciji Međunarodne organizacije rada (u nastavku: MOR) br. 114. o ugovoru o zapošljavanju ribara (1959.), u čl. 2., dat je drugi pojam ribar, kao „svaka osoba koja je zaposlena ili primljena na brod u bilo kojem svojstvu na ribarskom brodu i koja je upisana u registar posade“.⁷ No, zbog drugih „definicija“, koje se daju u drugim propisima, uputno je bilo odvojiti pojam „ribar“ od pojma „radnika na ribarskim pomorskim objektima“.⁸

Dana 10. studenog 1921. godine MOR (ILO, OIT) donijela je posebnu Rezoluciju (na konferenciji) da se status ribara i režim rada na ribarskim brodovima izdvoji iz režima kojim se uređuje život i rad pomoraca. Iza toga su uslijedile konvencije i preporuke MOR-a. Tako je donesena Preporuka br. 7. (1920.), kojom se ograničava (određuje) radno vrijeme ribara. Zatim je Međunarodni ured (biro) rada dao mišljenje, 20. siječnja 1924. godine, da se konvencije o pomorcima (donijete u Ženevi) ne mogu primjenjivati u industriji za preradu riba ni na ribarskim brodovima. Zakon o radu osnovni je propis o ribarima, uz zakon i konvencije, te svakako i pravo EU-a, koje taj status uređuju.⁹ No, svakako treba navesti i Zakon o morskom ribarstvu¹⁰, koji također regulira navedenu problematiku.

Od ribara – radnika na pomorskim ribarskim plovnim objektima očekuje se znanje o dostignućima iz oblasti tehnike ulova, primjene novih ribolovnih alata i metoda ribolova i pratećih djelatnosti. Ribarski posao je vještina uz stečena znanja

3 Vidi o tomu opširnije, UČUR, Marinko, Nomotehnika, Veleučilište, Rijeka, 2007.

4 Pravilnik o postupku registracije i sadržaju registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima NN br. 70/10 od 09.06.2010.

5 Isto; članak 1.

6 Isto; vidi Zakon o radu, cit., čl. 12. st. 6. i 7., kao i čl. 3. st. 1.

7 UČUR, Marinko, LALETA, Sandra, Konvencije MOR-a s komentarima, Pravni fakultet Rijeka i TIM-press, Zagreb, 2007.; KYOVSKI, RADOVAN, Konvencije i poročila MOR-a, Ljubljana, 1975., str. 275-278.

8 Vidi Zakon o morskom ribarstvu NN br. 56/10; UČUR, Marinko, Pitanja rada i radnih odnosa u Zakonu o morskom ribarstvu, Radno pravo, 7-8/10 Zagreb, 2010. str. 40 i dr.

9 Konvencije br. 112 (1959) o minimalnoj starosti za prijem na ribarske brodove; br. 113 (1953) o zdravstvenom pregledu ribara br. 114 (1959) o ugovoru o zapošljavanju ribara br. 125 (1966.) o dokazima za obrazovanje ribara i br. 126 (1966.) o stručnom usavršavanju ribara, vidi u UČUR, Marinko, LALETA, Sandra, op. cit.

10 Zakon o morskom ribarstvu, NN br. 56/10.

u školama.¹¹ To obavljaju: zapovjednik ribarskog broda, upravitelj stroja i vođa ribolova i drugi članovi posade ribarskoga broda u morskom ribarstvu.¹²

Europsko pravo je već sada, unatoč skorom ulasku Republike Hrvatske u Europsku uniju, nezaobilazan čimbenik reguliranja pitanja ribara i pomoraca. Svakako valja istaknuti Zajedničku ribolovnu politiku EU-a¹³, za koju pravna osnova leži u čl. 38.-44. Ugovora o funkcioniranju EU-a¹⁴ (bivši čl. 32.-38. Ugovora o europskoj zajednici). Zajednička ribolovna politika EU trenutno se nalazi u fazi reformiranja i postavljanja novih ciljeva do 2020. godine, sa zacrtanim rokom donošenja zakonodavnog akta u prvoj polovici 2011. godine, kako bi učinkovitije osigurala ekonomsku održivost europske flote, očuvanje ribljih zaliha, integrirajući se s pomorskom politikom u pružanju kvalitetne hrane za potrošače.¹⁵

Akti EU-a, prije svega uredbe i direktive EU-a dio su pravne stečevine EU-a¹⁶ i njima su usklađeni propisi o ribarima u morskom ribarstvu (upravljanje resursima, nadzor), kao dio zajedničke jedinstvene politike EU-a o morskom ribarstvu¹⁷. Nezaobilazan čimbenik u oblikovanju i tumačenju europskoga prava je sudska praksa Europskog suda, koji se također bavio i pitanjima pomoraca i ribara.¹⁸ Jedinstvene su mjere u sustavu politike EU-a o morskom ribarstvu. Ribari su

- 11 Konvencija MOR-a br. 126 (1966) o stručnom obrazovanju (usavršavanju) ribara.
- 12 To mogu biti: priučeni radnik, ribar, specijalizirani stručni radnik – brodovođa ribarskog broda (mala obalna plovidba), motorist, stručni radnik brodovođa ribarskog broda (velika obalna plovidba), ribonautičar, strojovođa ribarskog broda, brodstrojar. (Vidi ALFIERVIĆ, S., Kadrovi kao faktor razvoja malog ribarstva, Problemi i unapređenje morskog ribarstva, (Zbornik), Punat, 1980.
- 13 Zajednička ribolovna politika, Ured službenih izdanja Europskih zajednica, Luxembourg, 2009., dostupno na: http://ec.europa.eu/fisheries/documentation/publications/pcp2008_en.pdf, posjećeno 28.02.2011.
- 14 Ugovor o funkcioniranju Europske Unije, (Treaty on the Functioning of the European Union), Official Journal of the European Union (dalje u tekstu: OJ), C 83/47, od 30.03.2010.
- 15 Zelena knjiga o reformi zajedničke ribarske politike, od 22.04.2009., dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0163:FIN:EN:PDF>, posjećeno: 28.02.2011.
- 16 STEINER, Josephine, WOODS, Lorna; EU Law, New York, Oxford University Press, 2009., str. 110., vidi još i HERDEGEN, Matthias, Europsko pravo, Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002., ČAPETA, Tamara, ĐURĐEVIĆ, Zlata, GOLDNER LANG, Iris, LAPAŠ, Davorin, MATAIJA, Mislav, PERIŠIN, Tamara, PODOLNJAK, Robert, RODIN, Siniša, SELANEC, Goran, VASILJEVIĆ, Snježana, Reforma Europske unije Lisabonski ugovor, Zagreb, Narodne novine, 2009.
- 17 U pogledu navedenog više u: Deklaracija Vijeća od 30.05.1980 o Zajedničkoj ribolovnoj politici, OJ C158, od 27.06.1980., str. 2.; Uredba Vijeća br. 2371/2002 od 20.12.2002 o očuvanju i održivom iskorištavanju ribolovnih resursa sukladno Zajedničkoj ribolovnoj politici, OJ L358, 31.12.2002., str. 59.-80.; Direktiva 2006/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 06.09.2006. o kvaliteti svježih voda koje zahtijevaju zaštitu i poboljšanje kako bi se poduprlo morski život (konsolidirana verzija), L 264/20 od 25.09.2006.
- 18 Vidi opširnije Odluku Europskog suda C 438/05 International Transport Workers's Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, od 11.12.2007., ICR 741, također: Horak, H., BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, HORAK, Hana, More liberal and economic and less social approach (Impact of the recent ECJ rulings), Croatian Yearbook of European Law and Policy, No. 4., 2008., str. 49.-74.

poslodavci i posloprimci. Za obavljanjeorskog ribolova moraju ispunjavati uvjete. Ribolov na moru prate brojne isprave, evidencije, uvjeti (povlastice, ribolovni alati i dr.). Plovila koja čine ribarsku plotu određena su s obzirom na snagu pogonskoga stroja i tonažu plovila.

Za okvir ove teme, prvenstveno je bitan gospodarski ribolov kao „djelatnost lova i sakupljanja morskih organizma koji se obavlja temeljem povlastica za gospodarski ribolov zbog stjecanja dobiti“.

Ribar je uvijek fizička osoba, bez obzira je li riječ o poslodavcu ili posloprimcu. Pojmovi u ovom Pravilniku, navedeni u njegovom sadržaju raspoređenom u odredbama jedanaest (11) članaka, su: registracija, registar, ugovor o radu, pomorac, radnik na pomorskim ribarskim plovilima, ured državne uprave nadležan za poslove rada, poslodavac – ribar, pomorska ribarska plovila, registar, imenik i dr.

U čl. 2. Pravilnik određuje stvarnu i mjesnu nadležnost za registraciju ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima. To je ured državne uprave u županiji, odnosno ured Grada Zagreba nadležan za postave rada. Tu stvarnu nadležnost treba tumačiti u skladu s propisima o državnoj upravi.¹⁹ Mjesna nadležnost je „prema sjedištu poslodavca kod kojega pomorac ili radnik na pomorskom ribarskom plovilu zasniva radni odnos“. Budući da poslodavac može biti i fizička i pravna osoba, mjesna nadležnost će se određivati prema sjedištu pravne osobe, odnosno prebivalištu fizičke osobe.²⁰ Ostali pojmovi objašnjavaju se u drugom dijelu rada. Vezuju se uz pojam ugovora o radu (shodno Zakonu o radu), pojam pomorca (prema Pomorskom zakoniku), pojam ribara (shodno Zakonu o morskom ribarstvu i drugim propisima), pojam broda, odnosno pomorskoga ribarskog plovila (prema Pomorskom zakoniku i Zakonu o morskom ribarstvu) i dr.

2. REGISTRACIJA UGOVORA O RADU POMORCA I RIBARA

2.1. Uvodno o registraciji

Pomorci i ribari na moru su članovi posade broda. Obavljanje prestacije rada vrši se nakon ukrcanja na brod, bez obzira što ugovor o radu može biti sklopljen, i u pravilu i jest, prije toga dana. Radnopravni status pomorca i ribara prate brojne registracije. Time se naglašava jedna od brojnih javnopravnih značajki ovoga radnoga odnosa.²¹

19 Zakon o sustavu državne uprave, NN br. 75/93, 92/96, 48/99, 15/00, 127/00, 59/01, 190/03 (pročišćeni tekst) 199/03, 79/07; Uredba o unutarnjem ustrojstvu Ministarstva gospodarstva, rada i poduzetništva, NN br. 41/08, 119/08.

20 Zakon o trgovačkim društvima, NN br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09; Zakon o obrtu, NN br. 77/93, 90/96, 102/98, 64/01, 71/01, 49/03 (pročišćeni tekst), 68/07, 79/07.

21 Pomorski zakonik, NN br. 181/04. 76/07 i 146/08 i Konvencija Međunarodne organizacije rada br. 22 o ugovoru o najmu pomorca (1926.), NN - Međ. ugovori, br. 2/94., dostupno i na službenim internet stranicama MOR-a: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, posjećeno dana 27.11.2010. godine.

Registracija ugovora o radu pomorca i ribara je da bi se zaštitili život i rad pomoraca i ribara, ali i sigurnost plovidbe i ribolova u vrlo složenim uvjetima rada.

Specifičnost ove registracije jest u obliku, načinu, ovlasti, mjestu i vremenu registracije ugovora o radu s pomorcem i ribarom.

2.2. O registraciji ugovora o radu – općenito

Registracija ugovora o radu s pomorcem i ugovora o radu s ribarom, kao radnika na pomorskim ribarskim plovnicima zahtijeva se zbog tri osnovna razloga: specifičnosti statusa pomorskog trgovačkog broda i ribarskoga plovnog objekta, specifičnosti brodarica i ribara kao poslodavca, te složene specifičnosti radnopravnoga i socijalno-pravnog položaja pomorca i ribara kao zaposlenika.

Registracija predstavlja jedan od elemenata javnopravnoga karaktera radnog odnosa pomorca i ribara. Iako se obavlja prije ukrcanja pomorca i ribara na brod, to se čini i zbog uvjeta rada na brodu i posebnih okolnosti koje taj rad prate u plovidbi. Ne treba zanemariti zahtjeve sigurnosti broda i plovidbe, kao i posebne zaštite pomorca.

Registracija je identifikacija pomorca i ribara, ali i poslodavca. Pomorac se identificira sa svojstvom člana posade: u službi palube, službi stroja ili općoj službi. Ribar se identificira u onom svojstvu u kome će raditi na ribarskom plovnom objektu. Još je Zakon o radnim odnosima, NN br. 25/92, u odredbi čl. 105. propisivao da se ugovor o zaposlenju pomorca, odnosno odluka o izboru radnika-pomorca za obavljanje poslova u svojstvu člana posade broda u pomorskom prometu i pomorskom ribarstvu i njegova pismena izjava o prihvaćanju prava i obveza u radnom odnosu podnosi na registraciju općinskom tijelu uprave nadležnom za rad i radne odnose prema sjedištu organizacije, odnosno poslodavca u roku od osam dana nakon stupanja radnika na rad.

Radi se o javnopravnom karakteru radnog odnosa pomorca i ribara, jer država i na ovaj način pokazuje “svoj” interes u ovim radnim odnosima, ali obavlja i nadzor pri sklapanju, trajanju i prestanku ugovora o radu s ovim kategorijama zaposlenika. To je precizno bilo uređeno Pravilnikom o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru radnika-pomorca za člana posade broda i njegove pismene izjave o prihvaćanju prava i obveza u radnom odnosu.²²

No, ističe se da se ne radi samo o registraciji radi evidencije. Registracija znači i pravo državnog tijela uprave da obavlja uvid, kontrolu i traži ispravak ugovora o radu koji ne sadrži sve bitne uglavke određene Zakonom i podzakonskim aktima o ugovoru o radu. Radi se o tzv. neposrednom nadzoru države nad zakonitošću ovih ugovora, pa registracija istodobno znači svojevrsnu “potvrdu” zakonitosti tih ugovora.

22 Zakon o radnim odnosima, NN br. 25/92 i Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru odnosno ugovora o zapošljavanju radnika pomoraca kao člana posade broda, NN br. 73/94.

U smislu odredbe čl. 250. Zakona o obveznim odnosima²³, moglo bi se reći da se radi o odobrenju, jer se “za zaključenje ovoga ugovora” daje suglasnost trećeg, u ovom slučaju državnog tijela, i to “poslije njegovog zaključenja”. Nadalje, ovo odobrenje “mora biti dato u obliku propisanom za ugovore za čije se zaključenje daje”. Međutim, ovdje nadležno tijelo državne uprave izravno ne daje odobrenje za sklapanje ugovora o radu s pomorcem, odnosno s ribarom.

Nesporno je da se radi o posebnom obliku ugovora o radu. Zahtjev zakona da ugovor bude zaključen u određenoj formi vrijedi i za sve naknadne (kasnije) izmjene ili dopune ugovora” (čl. 286. st. 2. Zakona o obveznim odnosima). Primjena “općih propisa obveznoga prava” u ovom ugovoru temelji se i na odredbi čl. 6. Zakona o radu.²⁴

2.3. BRODOVI KOJI VIJU ZASTAVU POGODNOSTI I PRATEĆA PROBLEMATIKA

Zastavu pogodnosti (FOC) viju vlasnici brodova čiji je interes novac, pa svojim brodovima daju lažnu državnu pripadnost. Brodovi koji viju zastave pogodnosti nemaju veze sa zemljom čiju zastavu viju (“jeftina”, “povlaštena” zastava u zemljama-državama poput Liberije, Hondurasa, Paname, Cipra, Bahama i dr.). Na njima se ne poštuju ni najmanji standardi za rad pomoraca na brodu. Pomorci primaju male plaće, žive u lošim uvjetima rada i života na brodu, nemaju odmora niti odgovarajuće zdravstvene zaštite i medicinske pomoći, često im se ne dopušta izlazak u luci, a i brodovi su nesigurni za plovidbu. Često se uštežu troškovi repatrijacije.

Javlja se i problem manjkavih ugovora, koji se i ne registriraju. To je uočio i MOR intervenirajući s dvije preporuke 1958. godine, i to Preporukama br. 107 i 108, o uvjetima života, rada i sigurnosti pomorca u vezi s upisom brodova.

Prema Konvenciji MOR-a (ILO, OIT) br. 147, iz 1976. godine²⁵, vlasti pomorske luke svake države koja je ratificirala tu Konvenciju imaju pravo, odnosno ovlasti, nadzora svakog broda koji pristane u tim lukama. Nadzor se obavlja ne samo zbog utvrđivanja poštivanja međunarodnih normi sigurnosti plovidbe na moru, već i socijalnopravnih i radnopravnih uvjeta rada i života pomoraca. Lučke vlasti mogu poduzimati odgovarajuće mjere na mjestu događaja.²⁶

23 Zakon o obveznim odnosima, NN br. 35/05, 41/08.

24 Zakon o obveznim odnosima, cit.; Zakon o radu, NN br. 149/09.

25 Dostupno na službenim internet stranicama Međunarodne organizacije rada: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm>, posjećeno dana: 28.11.2010. godine.

26 Zastave pogodnosti – ITF-ova kampanja, ITF Seafarer’s Bulletin, International Transport Workers’ Federation, London, 1990, uz ITF Standard Collective Agreement, 1990.

2.4. Pravna regulativa pitanja registracije ugovora o radu s pomorcem i ribarom

Prema Konvenciji MOR-a (ILO, OIT) br. 22 o ugovoru o najmu pomoraca (1926.), pomorcu se mora omogućiti da ispita sadržaj ugovora prije nego što bude potpisan. Uvjeti pod kojima pomorac (mornar) potpisuje ugovor utvrđuju se nacionalnim zakonodavstvom i nadziru ih nadležne vlasti radi zaštite interesa brodovlasnika i mornara.

Ovu poruku i normu iz navedene Konvencije pratilo je radno zakonodavstvo u nas, a napose provedbeni propisi. Tako je Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru radnika-pomorca za člana posade broda i njegove izjave o prihvaćanju prava i obveza u radnom odnosu²⁷, propisivao koji se podaci upisuju u poseban registar. Osnova za donošenje i primjenu navedenoga Pravilnika bila je u čl. 106. Zakona o radnim odnosima²⁸.

Posebni registar vodili su općinska tijela uprave nadležna za rad prema sjedištu organizacije, odnosno poslodavca. Ugovor je morao sadržavati jedanaest podataka, točno navedenih u tom Pravilniku. Sadržaj je morao biti sukladan Zakonu, kolektivnom ugovoru i općim aktima organizacije brodara.

Međunarodni karakter plovidbe morem i posebnost radnog odnosa pomorca, o uvjetima i načinu rada i zasnivanja radnog odnosa, te specifična prava i obveze brodara i pomorca, kao i načina prestanka radnog odnosa, razlogom su za ovako precizno heteronomno uređivanje sadržaja i načina registracije ugovora s pomorcem.²⁹

Tako je u Narodnim novinama br. 73/94 od 14. listopada 1994. godine, objavljen Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru, odnosno ugovora o zapošljavanju radnika-pomorca kao člana posade broda. Za registraciju je nadležan županijski ured za rad, zdravstvo i socijalnu skrb, sukladno odredbama Uredbe o ustrojavanju županijskih ureda.³⁰

Donošenje Pravilnika iz 1994. godine uslijedilo je kao obveza u provedbi odredbe čl. 105. Zakona o radnim odnosima³¹. Ta odredba glasi: "Ugovor o zaposlenju pomorca odnosno odluka o izboru radnika-pomorca za obavljanje poslova u svojstvu člana posade broda u pomorskom saobraćaju i pomorskom ribarstvu i njegova pismena izjava o prihvaćanju prava i obveza u radnom odnosu, podnosi se na registraciju općinskom organu uprave nadležnom za rad i radne odnose prema sjedištu organizacije, odnosno poslodavca u roku od osam dana nakon stupanja radnika na rad. Republički organ uprave nadležan za rad propisivat će sadržaj i način registracije iz stavka 1. ovoga članka." Registriraju se sve izmjene i dopune ugovora.

27 Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru radnika-pomorca za člana posade broda i njegove izjave o prihvaćanju prava i obveza u radnom odnosu, SL br. 35/79.

28 Zakon o radnim odnosima, SL br. 11/78.

29 UČUR, Marinko, Polazišta i konvencije u uređivanju radnopravnog statusa pomoraca, Pomorski zbornik, knjiga 31/93, str. 171-188.

30 Uredba o ustrojavanju županijskih ureda, NN br. 116/93.

31 Zakon o radnim odnosima, NN br. 25/92.

Posebnom odredbom ovoga Pravilnika propisana je dužnost organizacija i poslodavaca, ako to do sada nisu učinili, da ugovore dostave na registraciju u roku od 30 dana od stupanja Pravilnika na snagu.

Dana 8. veljače 1996. godine stupio je na snagu Pravilnik o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomorca i ribara.³² Prema odredbama čl. 11. st. 6. i 7. Zakona o radu, NN br. 38/96: "Ugovor o radu pomorca i ribara mora se registrirati pri županijskom uredu nadležnom za poslove rada. Ministar nadležan za rad će pravilnikom utvrditi sadržaj i način registracije ugovora o radu pomoraca i ribara." Upravo pozivom na ove odredbe Ministar rada je donio taj Pravilnik. Danom stupanja na snagu ovoga Pravilnika prestaje biti na snazi Pravilnik o sadržaju i načinu registracije odluke o izboru, odnosno ugovora o zapošljavanju radnika-pomorca kao člana posade broda, NN br. 73/94.

Iz odredbe čl. 10. Pravilnika o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomoraca i ribara zaključuje se da su brodari-poslodavci dužni podnijeti na registraciju sve do tada registrirane ugovore, koji će biti usklađeni sa Zakonom o radu do dana 31. ožujka 1996. godine, prema odredbi čl. 241. st. 1. toga Zakona.³³

Sada je na snazi Pravilnik, koji je predmet ovoga rada.³⁴

2.5. Određenje pojmova i kategorija sadržanih u Pravilniku

U Pravilniku se koriste pojmovi i kategorije koje nisu ili su nedovoljno definirane. Zbog toga se mora potražiti objašnjenje u drugim propisima i pravnoj teoriji.

Sadržaj ugovora o radu pomorca i ribara čine obvezatni uglavci toga dvostranog pravnog akta. Izraz je volje poslodavca i zaposlenika, determinirane heteronomnim i autonomnim normama. Sadržaj čine prava, obveze i odgovornosti subjekata toga ugovora (subjekata radnog odnosa). Sadržaj stvara pravni odnos, odnosno u tako uspostavljenom pravnom odnosu nalazi se heterogeni sadržaj, sačinjen od brojnih pravnih činjenica. Na njima i zbog njih nastaje, mijenja se i prestaje ugovor o radu (o čemu se piše u nastavku).

Registracija je unošenje u registar ugovora podataka, tj. upisivanje (bilježenje, uknjižavanje) onih činjenica koje u čl. 3. određuje Pravilnik. To je popis ugovora o radu pomoraca i ribara (registar, upisnik, knjiga) i smatra se javnom ispravom. Ima snagu kao i drugi javni registri (zemljišne knjige, matične knjige, knjige dionica i sl.). To je registar ugovora, zbirki, isprava i abecedni imenik.³⁵

Nadležno tijelo je ured državne uprave u županijama nadležan za poslove rada prema sjedištu poslodavca kod kojega pomorac ili ribar zasniva radni odnos (čl. 2. Pravilnika). To je tijelo koje obavlja određene upravne, stručne i druge poslove.

32 Pravilnik o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomoraca i ribara, NN br. 8/96, objavljen dana 31. siječnja 1996. godine.

33 UČUR, Marinko, Ugovor o radu u Prijedlogu Zakona o radu RH, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 14 (1993.), str. 143.-158.

34 Zakon o radu, cit. i Pravilnik, cit. poz. bilj. br. 1. i 2.

35 Pravilnik, cit., čl. 5. st. 1.

Poslodavac je osoba koja zapošljava pomorca ili ribara. Poslodavac je fizička ili pravna osoba koja zapošljava radnika i za koju zaposlenik u radnom odnosu obavlja određene poslove (čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 2. Zakona o radu). Poslodavac je brodar (vlasnik broda, naručitelj prijevoza u brodarskom ugovoru i poslovođa pomorskog broda) kod koga je pomorac sklopio ugovor o radu i ukrcan je za člana posade.³⁶ Poslodavac je vlasnik ili korisnik ribarskoga broda (namijenjenog morskome ribarstvu) koji zapošljava ribara.

Radnik - zaposlenik je pomorac ili ribar. Pomorac je zaposlenik koji je dobrovoljno, po ugovoru o radu, sukladno konvencijama i preporukama, zakonu, podzakonskim aktima, kolektivnim ugovorima i pravilnicima poslodavca zasnovao radni odnos na brodu kao član posade, kroz određeno vrijeme, obavlja u vidu zanimanja i uz plaću službu koju mu odredi poslodavac, ako za to ispunjava uvjete. Ribar je osoba i radnik na pomorskom ribarskom plovilu.

Pomorski zakonik³⁷ definira posadu broda ovako: "Posadu broda čine osobe ukrcane za obavljanje poslova na brodu i upisane u popis posade" (čl. 125). Zatim, "za obavljanje poslova kojima se osigurava plovidba brod mora imati propisani broj članova posade s odgovarajućim valjanim svjedodžbama o osposobljenosti i dopunskoj osposobljenosti (čl. 130.). Pomorac je pojam koji se koristi za svaku osobu (muškarca ili ženu) zaposlenu na pomorskom brodu.

Ribar je svaka osoba koja je zaposlena ili primljena na rad u bilo kojem svojstvu na ribarskom brodu i koja je upisana u registar posade (čl. 2. Konvencije MOR-a br. 114 o ugovoru o zapošljavanju ribara iz 1959. godine).³⁸

Naziv broda ili brodova na kojem ili na kojima pomorac ili ribar preuzima obvezu raditi jedan je od obveznih uglavaka ugovora o radu s pomorcem ili ribarom.

Postupak započinje pregledom broda. To je tzv. osnovni pregled, kao obvezni pregled kojem podliježe postojeći brod prije početka korištenja broda "prigodom upisa u upisnik brodova i izmjene namjene, granica plovidbe ili drugih svojstava broda na koje se odnose odredbe tehničkih pravila" (čl. 80. Pomorskog zakonika).

Ime broda upisuje se u upisni list što ga izdaje Lučka kapetanija (čl. 98. Pomorskog zakonika). Brod mora imati ime (čl. 183. Pomorskog zakonika). Dva broda ne mogu imati isto ime. Rješenje o određivanju imena broda donosi Ministarstvo pomorstva.

Ostali uglavci ugovora o radu pomoraca i ribara, a koji se odnose na vrstu i narav posla, očekivano trajanje ugovora, godišnji odmor, plaću, otkazne rokove i drugo objašnjavaju se u nastavku rada pozivanjem na Zakon o radu i radnopravnu teoriju i praksu.

36 Pomorski zakonik, NN br. 181/04, 76/07, 146/08, čl. 5. st. 1., t. 32. i 33., i čl. 385.-429.; Tako je bilo uređeno i čl. 405. Pomorskog zakonika, NN br. 17/94.

37 Isto, cit. čl. 125.-164.

38 Konvencija br. 114 o ugovoru o zapošljavanju ribara (1959.) u Priručniku Konvencije in preporučila MOR, Kyovski – Radovan, Ljubljana, 1975., str. 275.-278., UČUR, Marinko, LALETA, Sandra, poz. bilj. br. 5.

2.6. Pomorska knjižica

Pomorac je zaposlenik koji, osim radne knjižice, ima i pomorsku knjižicu (matriculu, moreplovnicu). Pomorac mora imati pomorsku knjižicu prilikom ukrcaja na brod. Ima snagu javne isprave i služi umjesto putovnice. Njome se pomorac služi prilikom ukrcaja na sve brodove: domaće i strane. Izdaje je nadležno državno tijelo - lučka kapetanija, nakon "imatriculacije" pomorca u registar pomoraca. Ona se izdaje radi dokazivanja svojstva pomorca, njegovoga prava na plovidbu, stručne kvalifikacije i položaja (statusa).

Prema odredbi čl. 137. Pomorskog zakonika:³⁹ kao član posade na brodu može se ukrcati samo osoba koja ima pomorsku knjižicu ili odobrenje za ukrcavanje. Pomorska je knjižica isprava kojom se dokazuje zdravstvena sposobnost, svojstvo u kojemu je član posade ukrčan na brod te trajanje plovidbene službe.

Koja je veza pomorske knjižice i ugovora o radu pomorca? Pomorska knjižica je isprava koja zamjenjuje putovnicu. Posjedovanje pomorske knjižice samo je preduvjet da bi se s osobom, koja ispunjava uvjete za sklapanje ugovora o radu pomorca taj ugovor mogao sklopiti. Radna knjižica nije uvjet za sklapanje ugovora o radu (za zasnivanje radnog odnosa). Pomorska knjižica jest uvjet za ukrčaj člana posade na brod.

Zakon o radu govori o zasnivanju radnog odnosa u čl. 8., pa kaže: "Ugovorom o radu zasniva se radni odnos". Pomorski zakonik u čl. 137. st. 2. navodi da se pomorskom knjižicom, uz ostalo, dokazuje "trajanje zaposlenja na brodu", a u čl. 138. govori o "trajanju zaposlenja" i "prestanku zaposlenja". Pomorski zakonik, u čl. 144. st. 2., govoreći o brodolomu, uređuje da: "član posade koji je zaposlen kod brodarara, u slučaju brodoloma, ima pravo na naknadu za svaki dan stvarnog trajanja nezaposlenosti, u visini plaće koju mu je trebalo isplatiti prema ugovoru, time da ukupni iznos naknade, koja mu se ima isplatiti, ne može premašiti iznos dvomjesečne plaće".

Plaća je radnopravna kategorija. Ona je bitan element radnog odnosa kao pravnog odnosa. Kako Pomorski zakonik govori o plaći, zaposlenju i nezaposlenosti, riječ je o ugovoru o radu, odnosno radnom odnosu. Uostalom, to proizlazi i iz odredbe čl. 993., koji glasi "Za radne odnose članova posade brodova mjerodavno je pravo koje su stranke izabrale, a ako stranke nisu izabrale mjerodavno pravo, mjerodavno je pravo državne pripadnosti broda ako okolnosti ne upućuju na neko drugo pravo koje je činjenično ili pravno u bližoj vezi sa spornim odnosom i strankama"⁴⁰.

Elementi pomorske knjižice zadani su i nalaze se na 74 stranice te javne isprave. Bitni elementi ugovora o radu zadani su odredbama čl. 13. Zakona o radu, a Pravilnik to proširuje i precizira:

1. Na prvoj strani matricule pored ostalog je i naziv akta na hrvatskom i engleskom jeziku.

39 Prije je bio čl. 153. Pomorskog zakonika, NN br. 17/94.

40 Stari Pomorski zakon, NN br. 17/94 u čl. 993. propisivao je da je mjerodavno pravo države pripadnosti broda.

2. Na drugoj strani su podaci o pomorcu: ime i prezime pomorca, datum, godina i mjesto rođenja i državljanstvo pomorca. U ugovoru o radu, prema članku 13. Zakona o radu, jedan od uglavaka je o strankama te njihovom prebivalištu, odnosno sjedištu (za zaposlenika su to navedeni osobni podaci, uz koje se obično navodi OIB ili JMBG, a Zakon uređuje i oznaku prebivališta).

3. Treća strana pomorske knjižice služi za unošenje osobnog opisa pomorca s fotografijom 6x4,5 cm, a ispod je potpis vlasnika dokumenta, vrijeme izdavanja, naziv organa koji je izdao pomorsku knjižicu, datum i godina izdavanja i klasifikacijski broj. Radna knjižica nema fotografiju zaposlenika jer ne služi kao putovnica, kao što je slučaj s matriculom. Ugovor o radu potpisuju stranke ugovora, određenog dana.

4. U četvrtu, petu i šestu stranicu upisuju se podaci iz breveta, tj. podaci o stečenom zvanju. U ugovoru o radu navodi se uglavak o “nazivu, naravi ili vrsti rada na koji se zaposlenik zapošljava ili kratak popis ili opis poslova”.

5. Na ostalim stranicama pomorske knjižice upisuju se podaci o ukrcaju ili iskrcaju pomorca i imena brodova na kojima je pomorac plovio s nazivima njihovih brodara. U ugovoru o radu to je “mjesto rada, a ako ne postoji stalno ili glavno mjesto rada, onda napomenu da se rad obavlja na različitim mjestima”.

2.7. Uglavci ugovora o radu pomoraca i ribara

Obvezni sadržaj pisanog ugovora o radu, odnosno pisane potvrde o sklopljenom ugovoru o radu, propisuje Zakon o radu u članku 13.

1. Ugovor o radu mora sadržavati uglavak o strankama te njihovom prebivalištu, odnosno sjedištu (čl. 13. st.1. t.1.). Ugovor o radu pomorca i ribara mora sadržavati uglavak o “nazivu, tvrtki i sjedištu poslodavca”; ime i prezime, datum rođenja, OIB, mjesto rođenja i prebivalište pomorca ili radnika na pomorskom ribarskom plovilu” (čl. 3. st. 1. t. 1. i 2. Pravilnika).

Ugovor o radu je pisani pravni akt. Dvostran je i s oneroznim titulusom. On je osnova radnog odnosa - pravnog odnosa *intuitu personae* (osobnopravni odnos). Stranke ugovora su poslodavac i radnik (zaposlenik). Na strani poslodavca može biti i pravna i fizička osoba: brodar ili ribar-poslodavac, a na strani radnika (zaposlenika) samo fizička osoba: pomorac ili ribar – osoba radnik na pomorskom ribarskom plovilu.

Ako je poslodavac pravna osoba, onda se na tvrtku i sjedište odnose odredbe o tvrtki i sjedištu kako ih propisuje Zakon o trgovačkim društvima i kako su upisane u trgovački registar. Tvrtka i sjedište se u pravnom prometu mogu samo tako koristiti kako su u registru upisane.

Poslodavac-fizička osoba može biti i obrtnik sukladno Zakonu o obrtu i ribarska zadruga po Zakonu o zadrugama pod uvjetima utvrđenim Zakonom o morskom ribarstvu.

U pogledu podataka za pomorca, odnosno ribara, to su slijedeći podaci: ime i prezime, OIB, datum rođenja, mjesto rođenja i prebivalište pomorca ili ribara.

Podatke o pomorcu nalazimo i u pomorskoj knjižici, u kojoj se, uz navedeno, upisuje i državljanstvo pomorca. Uputno je u ugovore unositi i podatak o jedinstvenom matičnom broju građana (JMBG) radi propisanih evidencija i potpunih podataka za pomorca, odnosno ribara. U najvećem broju slučajeva to zamjenjuje OIB.

Svaki građanin može imati samo jedno prebivalište kao stalno mjesto boravka. Poslodavac ga može prepisati iz osobne iskaznice.

2. Mjesto i datum sklapanja ugovora je uglavak kojega određuje čl. 3. st. 1. t. 3. Pravilnika, a Zakon o radu to označava kao “dan početka rada” (čl. 13. st. 1. t. 4.). To nisu isti pojmovi, jer se dan sklapanja ugovora ne mora “poklapati” s danom otpočinjanja rada. Kod pomorca i ribara to u pravilu nije slučaj (vidi čl. 3. st. 1. t. 7. Pravilnika). U tom smislu bolja je odredba čl. 3. st. 1. t. 3. Pravilnika. U pravilu, mjesto sklapanja ugovora je u sjedištu poslodavca, a može biti i drugo mjesto u kome se za to ukaže potreba, na kome ili u kome poslodavac obavlja registriranu djelatnost. Tako, npr. to će biti u mjestu u kome zapovjednik broda mora popuniti sastav članova posade broda, pa makar i sa stranim državljaninom.⁴¹

3. U čl. 3. st. 1. t. 4. Pravilnika određeno je da ugovor mora imati uglavak o “nazivu broda ili brodova na kojem ili na kojima pomorac ili ribar preuzima obvezu raditi”, a u čl. 13. st. 1. t. 2. Zakona o radu to je uglavak o “mjestu rada, a ako ne postoji stalno ili glavno mjesto rada, onda napomenu da se rad obavlja na različitim mjestima”. Time se postiže individualizacija broda, odnosno brodova.

Svaki brod mora imati posadu koja mu po broju i kvalifikacijama pripada (odgovara), radi sigurnosti života na moru i poštivanja odredbi koje se odnose na radno vrijeme, sprječavanje prevelike opterećenosti posade i svodeći na minimum prekovremeni rad. (Konvencija MOR-a br. 109 o plaćama, radnom vremenu na brodu i brojnomo stanju posade, revidirana 1958. godine).⁴²

U analiziranim ugovorima o radu (*labour contract*), sklopljenim između brođara i pomorca, redovito se unosi ovaj uglavak: *The vessel* (brod), *Name* (ime), *Official no.* (službeni broj), *Flag* (zastava) i *Port of registry* (luka upisa).

U Konvenciji MOR-a br. 114 o uvjetima za zapošljavanje ribara iz 1959. godine u čl. 6. st. 3. t. c) upisuje se u ugovor i podatak o ribarskom brodu ili brodovima na kojima ribar preuzima obvezu raditi.

4. U čl. 3. st. 1. t. 5. Pravilnika označen je i uglavak o “načinu, naravi ili vrsti poslova na koje se pomorac ili ribar zapošljava”, a prema čl. 13. st. 1. t. 3. Zakona o radu, ugovor o radu mora sadržavati uglavak o “načinu, naravi ili vrsti rada na koji se zaposlenik zapošljava ili kratak popis ili opis poslova”.

U Konvenciji MOR-a br. 114 o uvjetima za zapošljavanje ribara (1959.) u čl. 9. st. 3. t. e) to se precizira kao “posao kojega ribar bude obavljao”.

U ugovorima naših brođara upisuje se: svojstvo pomorca (zvanje, *position*) a

41 UČUR, Marinko, Javnopravne karakteristike zapošljavanja i zaštite pomoraca, Pomorski zbornik 32 (1994.) str. 237-258. Zakon o obrtu, NN br. 77/93, 90/96, 102/92, 64/01, 71/01, 49/03, 68/07, 79/07, Zakon o zadrugama, NN br. 36/95, 67/01, 12/02.

42 International Labour Conventions and Recommendations 1919-1991 (Vol. I. i II), Int. Labour Office, Geneva, 1992., str. 664.

tako piše i u kolektivnom ugovoru za pomorce. Osim zapovjednika, to su: časnici palube, vođa palube, kormilari, upravitelj stroja, časnik stroja, telegrafist, mehaničar, konobar, kuhar, mazač, mornar, čistač, mladić palube i dr.

Zvanja na brodu su različita, ali se pojam pomorci najčešće vodi uz članove posade broda na palubi i u stroju broda, ali brodsku posadu čini i opća ili pomoćna služba, odnosno članovi posade na tim radnim mjestima na brodu.

Zvanja članova posade stječu se položenim odgovarajućim ispitom za određeno zvanje. Osim ovoga, članovi posade moraju stjecati i posebna ovlaštenja, jer se smatra da je brod sposoban za plovidbu, između ostalog, “ako ima propisan broj stručno osposobljenih članova posade” na poslovima: navigacije, kretanja i iskrcavanja tereta, održavanja čistoće na brodu, ličenja broda, rada s mehaničkim uređajima, upravljanja pogonskim i pomoćnim strojevima i drugim mehaničkim uređajima.

Brod mora imati određeni broj članova posade odgovarajuće životne dobi, odgovarajućega zvanja i odgovarajućih ovlaštenja. To se odnosi na “kvalificiranost i kompetentnosti posade” kao sastavni dio standarda na trgovačkim brodovima, prema Konvenciji MOR-a br. 147 o minimalnim standardima na trgovačkim brodovima (1976.) i Preporuci br. 155 (1976.) o trgovačkoj mornarici (poboljšanju standarda).

U svemu se moraju poštivati opći i posebni uvjeti za sklapanje ugovora o radu s pomorcem: liječnički pregledi o posebnoj zdravstvenoj sposobnosti, državljanstvo, stručna sprema i plovidbeni staž, te ovlaštenja za obavljanje određenih poslova na brodu, prema Konvencijama MOR-a br. 53 (1936.) o minimumu stručne sprema zapovjednika i časnika trgovačke mornarice; Konvencija MOR-a br. 69 (1946.) o diplomi brodskih kuhara; Konvencija MOR-a br. 74 (1946.) o kvalifikacijama mornara i drugima.⁴³

5. Kako je već navedeno u članku 13. st. 1. t. 4. Zakona o radu, kao obvezni uglavak ugovora o radu navodi se i “dan početka rada”. U praksi će se pojaviti problem jer poslodavac treba reći i u koji sat je zaposlenik dužan započeti (otpočeti) rad (zbog rada u smjenama, kliznoga radnog vremena, preraspodjele, noćnog rada i sl.). U Pravilniku se to definira kao “putovanje ili putovanja koja će se poduzeti ako se taj podatak može dati u vrijeme sklapanja ugovora”, odnosno “mjesto i dan kada se pomorac ili ribar mora javiti na brod radi otpočinjanja rada, ako se ti podaci mogu dati u vrijeme sklapanja ugovora” (čl. 3. st. 1. t. 6. i 7. Pravilnika).

U Konvenciji MOR-a br. 114 o uvjetima za zapošljavanje ribara (1959.) u čl. 6. st. 3. t. d) piše “putovanje ili putovanja koja će se poduzeti, ako je to moguće dati u vrijeme sklapanja ugovora”, a u čl. 6. st. 3. t. f) navodi: “po mogućnosti mjesto i datum, kada se mora ribar javiti na brod radi otpočinjanja rada”.

Nositelj plovidbenog pothvata je brodar (poslodavac). Plovidbeni pothvat je i međunarodno putovanje “prema plovidbenom planu iz bilo koje hrvatske luke u stranu luku i obratno” (čl. 5. t. 26. i 29. Pomorskog zakonika). Plovidbeni pothvat

43 UČUR, Marinko, Kolektivni ugovor za pomorce, Zbornik Pravnog fakulteta, Rijeka, 16. (1), 1995. i UČUR, Marinko, LALETA, Sandra, op. cit., te UČUR, Marinko, Radnopravni status pomoraca, Pravni fakultet, Rijeka, 2003.

je i trajanje - određeno putovanje broda, kad se sklapa ugovor o radu na određeno vrijeme.

U ugovoru se u praksi mora označiti dan kada otpočinje rad na brodu ili način kako će se to odrediti. Bitno je naznačiti i prava prije ukrcaja, od dana kada putovanje pomorca ili ribara započne iz njegovog mjesta prebivališta (ili boravka, ako je tako ugovoreno). Slijedi plovidba svim morima (ili samo nekim, za ribare), sukladno općeprihvaćenim običajima plovidbe na moru. U ugovorima se navodi i vrijeme stupanja na dužnost (*Estimat-ed time of taking up position*) i luka stupanja na dužnost (*Port where posi-tion is taken up*).

6. S prethodnom točkom vezan je i čl 3. st. 1. t. 8. Pravilnika da ugovor o radu mora sadržavati uglavak o: "očekivanom trajanju ugovora, u slučaju ugovora na određeno vrijeme utvrđeno na način da se odredi dan kada ugovor prestaje ili luka odredišta i rok po isteku kojega pomorcima ili ribaru nakon dolaska u luku odredišta prestaje radni odnos".

Već je navedeno da u čl. 10. Zakon o radu određuje kad se može sklopiti ugovor o radu na određeno vrijeme, pa i kad se radi o "ostvarenju određenoga poslovnog pothvata ili ukrcaju posade na brod".

Posljednjih godina praksa je naših brodara da sklapaju ugovore s pomorcima na određeno vrijeme, na šest, a najviše devet mjeseci. "Ugovor o radu prestaje, ako je sklopljen na određeno vrijeme, istekom roka određenog tim ugovorom." Međutim, poslodavci neće moći duže od tri godine zasnivati radni odnos sklapanjem ugovora o radu na određeno vrijeme "osim, ako je to zakonom ili kolektivnim ugovorom dopušteno" (čl. 10. st. 3. Zakona o radu). Međutim, i tu je Zakon o radu nedosljedan jer "prekid kraći od dva mjeseca ne smatra se prekidom razdoblja od tri godine...", a zapravo brodari prave "duži" prekid i time idu na štetu pomorcima i ribarima.

Sličnu odredbu ima Zakon o radu u čl. 13. st. 1. t. 5., po kojoj ugovor o radu mora sadržavati uglavak o "očekivanom trajanju ugovora, u slučaju ugovora o radu na određeno vrijeme". Radni odnos na određeno vrijeme, ne samo što je iznimka već i jedno vrlo složeno pravno pitanje i pravni odnos.

Sukladno čl. 6. st. 3. t. i) Konvencije MOR-a br. 114 (1959.) o ugovoru o radu ribara, ponavlja se odredba st. 1. toga članka (da se ugovor o radu s ribarom sklapa u pravilu na određeno vrijeme, za određeno putovanje, ili ako to dopušta nacionalno zakonodavstvo, na neodređeno vrijeme), pa se o trajanju ugovora kaže: "ako je sklopljen na određeno vrijeme - određuje se i točan dan prestanka ugovora; ako je ugovor sklopljen za određeno putovanje, treba se sporazumjeti o očekivanom završetku posla i o danu kada će ribar po povratku u matičnu luku ili određeno mjesto prestatu raditi. Ako je ugovor o radu sklopljen na neodređeno vrijeme, svaka strana može otkazati ugovor u otkaznom roku, tako da taj otkazni rok za vlasnika ribarskog broda ne može biti kraći nego za ribara.

7. Slijede odredbe ugovora o radu s pomorcem ili ribarom, koje mogu biti precizno uglavljene. Ako to nije slučaj, onda umjesto tih uglavaka "može se u ugovoru uputiti na odgovarajuće zakone, druge propise, kolektivne ugovore ili pravilnike o radu koji uređuju ta pitanja" (čl. 3. st.1. t. 9., 10. i 11., te st.2.

Pravilnika).

“Ta pitanja”, odnosno uglavci ugovora o radu su sljedeći: “trajanje plaćenog godišnjeg odmora na koji pomorac ili ribar ima pravo”; “osnovna plaća, dodaci na plaću, novac u kojem će se isplaćivati, te razdoblja isplate”; otkazni rokovi kojih se mora pridržavati pomorac ili ribar, odnosno poslodavac...”. Slično rješenje ima i Zakon o radu u čl. 13., st. 1. t. 6., 7., 8. i 9., tako da u t. 6. govori o godišnjem odmoru; t. 7. - otkaznim rokovima; t. 8. - osnovnoj plaći; a u t. 9. o trajanju redovitog radnog dana ili tjedna (ove odredbe u Pravilniku nema).

Trajanje godišnjeg odmora određuje Zakon o radu, u svakoj kalendarskoj godini “od najmanje četiri tjedna” (čl. 55. st. 1.). Maksimum nije određen. Ostale odredbe o godišnjem odmoru u Zakonu o radu su sadržane u čl. 56.-64. U čl. 63. st. 4. propisano je, pored ostalog, da član posade broda “može godišnji odmor u cijelosti koristiti u sljedećoj kalendarskoj godini”.

Godišnji odmor pomorca uređuje Konvencija MOR-a br. 91 (1949.) o plaćenom godišnjem odmoru pomoraca. Broj dana godišnjeg odmora određen je u čl. 3. za zapovjednika i časnike, odnosno za druge članove posade.

Otkazni rokovi vrijede kod ugovora o radu na neodređeno vrijeme, a mogu se ugovoriti i kod ugovora o radu određenog trajanja (čl. 110. Zakona o radu).

Prema kolektivnom ugovoru za pomorce, zaposlenje pomorca može prestati: istekom ugovora o zaposlenju, na zahtjev pomorca i prema odluci poslodavca-brodara. Zaposlenje po zahtjevu pomorca prestaje, uz otkazni rok od 30 dana, u točno određenim slučajevima, a može prestati i uz obostranu suglasnost brodara i pomorca. Ukoliko se dogodi slučaj potpunog ili izvanrednoga gubitka broda, prodaje ili rashodovanja, te ako poslodavac ne može osigurati pomorcu zaposlenje pod istim uvjetima (ugovorenim), pomorac može raskinuti ugovor bez, za sebe, štetnih posljedica, a poslodavac snosi troškove repatrijacije. Svaki raskid ugovora o radu mora se s pomorcem ili ribarom pisano potvrditi.

Najsloženije i najosjetljivije pitanje u ugovoru o radu je plaća, kao “određeni novčani iznos” na kojega pomorac i ribar imaju pravo za izvršeni rad kod poslodavca. Plaća se utvrđuje zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu i ugovorom o radu. Odredbe o plaći sadržane su u Zakonu o radu u odredbama čl. 82. - 89.

U ugovoru o radu s pomorcem i ribarom mora se upisati osnovna plaća, dodaci na plaću, novac u kojem će se isplaćivati, te razdoblja isplate plaće. “Plaća se isplaćuje nakon obavljenog rada” (čl. 84. st. 1. Zakona o radu). Posebno se ugovara ili upućuje na kolektivni ugovor kad se radi o troškovima ukrcaja i repatrijacije, koje snosi poslodavac. Nadalje, zbog posebnih uvjeta rada na brodu ugovaraju se: radno vrijeme, prekovremeni rad, držanje straže, naknada za rad subotom i nedjeljom i dr.

Na kolektivni ugovor treba uputiti kad se ugovaraju pitanja: zdravstvene skrbi, naknade za bolovanje, gubitak života, smrti za vrijeme službe, službe u područjima ratnih i ratu sličnih operacija, onesposobljenosti, prehrane, smještaja, komfora i dr.

U ugovorima o radu upisuje se novac u kojemu će se isplaćivati, a u kolektivnom ugovoru za pomorce navedene su tablice najniže plaće na brodu. Isplata plaće obavlja se u gotovini i li na račun banke koju pomorac ili ribar odredi.

Za izvanredne poslove na brodu ugovara se posebna naknada. Posebne naknade pripadaju pomorcima za rad na posebnim brodovima (ORE-BULK-OIL brodovi, tanker i sl).

Ponovimo, odredbe o trajanju plaćenoga godišnjeg odmora, osnovnoj plaći i otkaznim rokovima nalaze se u zakonu, konvencijama, pravilnicima i kolektivnim ugovorima, pa se u ugovoru o radu na njih može uputiti (čl. 3. st. 2. Pravilnika). To su vrlo složena pitanja s brojnim detaljima, i uputnije je to tako napisati u ugovoru o radu.⁴⁴

8. Ugovor o radu pomorca i ribara mora sadržavati i “uglavak da je poslodavac upoznao pomorca ili ribara s pravilima i obvezama koje proizlaze iz ugovora, te da ih je pomorac ili ribar prihvatio ili da je pri sklapanju ugovora bio nazočan predstavnik sindikata” (čl. 3. st. 1. t. 12. Pravilnika).

9. U čl. 6. st. 3. t. j Konvencije MOR-a br. 114 (1959.) o radu ribara pro-pisano je da ugovor sadrži i “sve druge podatke koje zahtijeva nacionalno zakonodavstvo”.

U tom smislu uputno je, prilikom sklapanja tih ugovora, utvrditi obveze iz Pomorskoga zakonika, Zakona o radu, Zakona o zaštiti na radu, kolektivnog ugovora za pomorce i drugih akata i na njih uputiti sukladno odredbi stavka drugog čl. 3. Pravilnika. Tu se misli na pitanja naknade za nezaposlenost zbog brodoloma, mirovinama, zaštiti na radu, minimalnim standardima i drugo. U tom smislu sigurnu pomoć nalazimo u konvencijama i preporukama MOR-a.

2.8. Postupak registracije ugovora o radu

“Ugovor na registraciju nadležnom tijelu podnosi poslodavac u tri primjerka u roku osam dana od dana kada je pomorac ili radnik na pomorskom ribarskom plovilu započeo raditi” (čl. 4. Pravilnika).

Zašto je zakonodavac odredio taj rok i zašto je propisao da to bude nakon što “je pomorac ili ribar započeo raditi”, nije jasno. Prema tomu, poslodavac sklapa s pomorcem ili ribarom ugovor o radu, obavlja se ukrcaj na brod, upisuje se u sastav posade broda, a onda poslodavac podnosi ugovor o radu na registraciju. Ako to poslodavac ne obavi, čini prekršaj i može biti kažnjen od 10.000 do 30.000 kuna (čl. 292. st. 1. t. 3. Zakona o radu). “Poslodavac je dužan u roku od osam dana prijaviti nadležnom tijelu svaku promjenu ugovora”, koje se registriraju kao i ugovor. “Nadležno tijelo dužno je registrirati ugovor ili promjenu ugovora u roku osam dana od dana podnošenja ugovora ili njegove promjene na registraciju” (čl. 9. Pravilnika).

Nadležno tijelo za registraciju vodi tri knjige: registar ugovora, zbirku isprava i abecedni imenik. “Redni broj pod kojim je ugovor upisan u registar stalan je i svaka promjena tog ugovora registrira se pod tim brojem”. (čl. 5. st. 4. Pravilnika).

U Registar ugovora unose se podaci, prema čl. 5. st. 2. Pravilnika. To je posebna knjiga sa slijedećim podacima: Republika Hrvatska, županija (npr.

⁴⁴ O tome vidi više: Nacionalni kolektivni ugovor za hrvatske pomorce na brodovima u međunarodnoj plovidbi, NN 59/08.

Primorsko-goranska), Ured za rad; redni (registarski) broj pod kojim je ugovor upisan (nakon upisa podataka iz ugovora u registar, na ugovor se upisuje taj broj); naziv, tvrtka i sjedište poslodavca; ime i prezime, OIB, datum rođenja, mjesto rođenja i prebivalište pomorca ili ribara: mjesto i dan sklapanja ugovora; vrijeme na koje je ugovor sklopljen (određeno ili neodređeno vrijeme).

Osim tih podataka u Upisniku (Registru) u Uredu za rad vode se i podaci: oznaka broda ili brodova na kojima je pomorac obvezan raditi kao član posade (npr. plovna dizalica, remorker, ribarski brod i sl.); naziv službe, odnosno radnoga mjesta na kojem radnik radi kao član posade broda (npr. zapovjednik, kormilar, I. časnik, strojar, mazač, upravitelj stroja, mornar, motorista i sl.); približna prosječna plaća za redovni, prekovremeni i noćni rad; nadnevak i mjesto u kojem po iskrcaju prestaju prava iz radnog odnosa zasnovanog na određeno vrijeme ili mimo volje radnika (npr. istekom plovidbenoga zahvata); trajanje otkaznog roka (obvezatnog) kod prestanka radnog odnosa; trajanje godišnjeg odmora; pojedina posebna važnija prava (dio plaće u stranoj valuti, uvjeti za premještaj), prava u svezi sa stručnim usavršavanjem ili obrazovanjem, plaćeni dopust i dr.; izmjene ugovora o zapošljavanju i odluke kojima su izvršene promjene u vrsti i opsegu pojedinih prava i obveza, te promjena uvjeta za njihovo ostvarivanje.

Na svaki primjerak ugovora stavlja se potvrda o registraciji koja obvezno sadrži podatke iz čl. 6. Pravilnika. Tako je, npr. u Županiji Primorsko-goranskoj u Uredu za rad, izrađena "Prijava za registraciju" sa svim traženim podacima koje tom tijelu daje podnositelj prijave, a na ugovorima piše: "Potvrđuje se da je Ugovor o zapošljavanju radnika-pomorca, član posade broda ".....", ime i prezime pomorca:....., upisana u upisnik podataka ovoga Ureda pod registarskim brojem.....Oslobođeno od plaćanja upravne pristojbe. Primjerak isprave ostaje u zbirci isprava. Slijedi: mjesto, datum i potpis ovlaštenog radnika".

"Nakon izvršene registracije nadležno tijelo dostavlja svakoj od stranaka po jedan primjerak ugovora" (čl. 6. st. 2. Pravilnika).

U Zbirku isprava polaže se po jedan primjerak registriranog ugovora.

U abecedni imenik upisuje se: ime i prezime, OIB, prebivalište pomorca ili ribara i redni broj pod kojim je ugovor upisan.

U Pravilniku nema odredbi kojima se uređuje čuvanje ovih isprava i registara. U odredbama čl. 34. Zakona o radu, koje reguliraju zaštitu privatnosti zaposlenika propisano je da "osobni podaci za čije čuvanje više ne postoje privatni ili stvarni razlozi moraju se brisati ili na drugi način ukloniti". To može biti predmetom reguliranja provedbenim propisima uz Pomorski zakonik shodno čl. 1021. i 1022. toga Zakonika.

3. Zaključak o Pravilniku o registraciji ugovora

1. Opća koncepcija radnih odnosa sadržana je i u radnopravnom statusu pomorca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima. Međutim, različitost od drugih radnih odnosa je naglašena. Bitna različitost i javnopravna karakteristika toga statusa jest i u registraciji ugovora o radu ribara i pomorca.

2. Radni odnos pomorca i ribara kroz ugovor o radu i njegovu registraciju je izrazito odnos *intuitu personae* - vezan uz brodaru i ribara, kao poslodavce, ali i uz brod kao mjesto rada (i života dok plovidbeni ili ribarski pothvat traje). Time se ističe i profesionalnost i inkorporacija pomorca i ribara u sastav posade trgovačkog ili ribarskog broda.

Sklopanje ugovora o radu s ribarom i pomorcem uvjetovano je prethodnim ispunjavanjem brojnih posebnih uvjeta za upis u popis posade i ovlaštenjima za službu na brodu *stricto iure* radi sigurnosti plovidbe i zaštite pomorca i ribara.

3. U praksi su to ugovori o radu na određeno vrijeme "radi određenog poslovnog pothvata ili ukrcaja posade na brod". No, i za to vrijeme, oblikom i registracijom ugovora, želi se postići sigurnost plovidbe i sigurnost života i rada na brodu - pomorca i ribara. Time se pokazuje interes države (javne vlasti) za ove radne odnose, a i pravo nadzora sklopljenih ugovora o radu.

4. Registracijom se utvrđuje i sadržaj ugovora te su određeni njegovi bitni elementi. Analiza sadržaja pokazuje da oni odgovaraju po nazivu i broju onima koje zahtijeva ITF standard, dakako, uz pretpostavku da postoji sklopljen kolektivni ugovor. To se odnosi, pored ostalog na: radni dan, trajanje ukrcaja, troškove repatrijacije, isplatu plaće, radno vrijeme, zaštitu na radu, zdravstvenu zaštitu i dr.⁴⁵ U tom je smislu neophodno "ažurirati" sadržaj kolektivnog ugovora za pomorce, kojega predlaže Sindikat pomoraca Hrvatske brodarima čiji brodovi viju hrvatsku zastavu. Analogna rješenja mogu se naći i za ribare.

5. Propisi o pomorcima i ribarima nisu uredili na primjeren način njihov radnopravni i socijalnopravni status. *De lege ferenda* treba više i kvalitetnije urediti pitanje zapošljavanja (pa i posebne burze za zapošljavanje pomoraca), zatim zdravstvenog i mirovinsko-invalidskog osiguranja pomoraca i ribara, čime će se postići cilj evidencija (registracija) i urediti taj izrazito specifičan radni i socijalni status, sukladno zahtjevima međunarodnoga pomorstva i ribarstva i standardima koje zahtijevaju konvencije i preporuke Međunarodne organizacije rada (ILO, OIT).

6. Pravilnik je stupio na snagu dana 17. lipnja 2010. godine, kada je prestao vrijediti Pravilnik o sadržaju i načinu registracije ugovora o radu pomoraca i ribara, NN br. 8/96.

7. Pored brojnih konvencija i preporuka te drugih propisa (regionalnih i nacionalnih), u primjeni ovoga Pravilnika treba imati u vidu i Pravilnik o radnom vremenu, odmorima i dopustima radnika na pomorskim ribarskim plovilima, NN br. 82/10 koji je stupio na snagu dana 9. svibnja 2010. godine.

45 Vidi supra 21.

Summary

ORDINANCE ON THE PROCEDURE OF REGISTRATION OF AND THE CONTENT OF THE REGISTER OF EMPLOYMENT CONTRACTS FOR SEAMEN AND WORKERS ON MARITIME FISHING VESSELS

The Ordinance on the Procedure of Registration of and the Content of the Register of Employment Contracts for Seamen and Workers on Maritime Fishing Vessels entered into force on 17th of June, 2010. In our legal system, more precisely in regulations on working relations, the obligation to register employment contracts for seamen and fishermen has existed for a long period of time. The obligation has been imposed by the international labour organisation conventions (MOR, ILO, OIT), and *acquis communautaire* as well. The aforesaid Ordinance regulates the procedure of registration of and the content of the register of employment contracts for seamen and workers on maritime fishing vessels. Legal notions and categories regulated by this Ordinance confirm a significant specificity of working relations of seamen and fishermen as a part of working relations within the maritime technology activities. The public legal character of these relations is highly emphasized in the article.

Key words: employment contract, seaman, worker on maritime fishing vessels, registration.

Zusammenfassung

DIE DIENSTVORSCHRIFT ÜBER DAS EINTRAGUNGSVERFAHREN UND REGISTER VON ARBEITSVERTRÄGEN DER SEELEUTE UND ARBEITER AN FISCHERBOOTEN

Am 17. Juni 2010 tritt die Dienstvorschrift über das Eintragungsverfahren und Register von Arbeitsverträgen der Seeleute und Arbeiter an Fischerbooten in Kraft. In kroatischem Rechtssystem, bzw. in den Bestimmungen über Arbeitsverhältnisse gilt lange die Registereintragungspflicht für Arbeitsverträge der Seeleute und Fischer. Dieser Anspruch wurde auch im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO, OIT) wie auch in der EU-Gesetzgebung gemacht. Die genannte Dienstvorschrift schreibt das Eintragungsverfahren und den Inhalt des Registers von Arbeitsverträgen der Seeleute und Arbeiter an Fischerbooten vor. Arbeitsrechtliche Begriffe und Kategorien aus dieser Dienstvorschrift bestätigen geradezu die Besonderheit von Arbeitsverhältnissen der Seeleuten und Fischern, die ein Teil der Arbeitsverhältnisse im Bereich der Meerestechnik darstellen.

Schlüsselwörter: Arbeitsvertrag, Seemann, Arbeiter an den Fischerbooten, Eintragung.

Riassunto

REGOLAMENTO RIGUARDANTE IL PROCEDIMENTO DI REGISTRAZIONE ED IL CONTENUTO DEL REGISTRO DEI CONTRATTI DI LAVORO DEI MARINAI E DEI LAVORATORI SUI PESCHERECCI

In data 17 giugno 2010 è entrato in vigore il regolamento riguardante il procedimento di registrazione ed il contenuto del registro dei contratti di lavoro dei marinai e dei lavoratori sui pescherecci. Nel nostro sistema giuridico, in particolare nella normativa concernente i rapporti di lavoro per un tempo piuttosto lungo è esistita la previsione di una registrazione specifica del contratto di lavoro dei marinai e dei pescatori; un tanto quale conseguenza delle convenzioni internazionali dell'organizzazione del lavoro (OIL, ILO, OIT), come pure dell'acquis dell'Unione europea. Il menzionato regolamento disciplina il procedimento di registrazione ed il contenuto del registro dei contratti di lavoro dei navigatori e lavoratori su pescherecci. Le nozioni giuslavoriste e le categorie che rappresentano oggetto del presente regolamento confermano l'alto grado di peculiarità dei rapporti di lavoro dei marinai e dei pescatori, come pure dei rapporti di lavoro nel settore delle attività riguardanti la tecnologia marina. In particolare viene rimarcato l'aspetto pubblicistico di tali rapporti.

Parole chiave: *contratto di lavoro, marinaio, lavoratore su pescherecci, registrazione.*

RASPOLAGANJE POLJOPRIVREDNIM ZEMLJIŠTEM U VLASNIŠTVU DRŽAVE

Mr. sc. Jasna Brežanski, sutkinja
Vrhovni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.243:351.71
Ur.: 17. veljače 2011.
Pr.: 10. ožujka 2011.
Stručni rad

Sažetak

Svrha je ovog rada izložiti sadržaj odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz 2008. godine koje se odnose na raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države.

Stoga se uz opće odredbe o pojmu i statusu poljoprivrednog zemljišta najveći dio referata odnosi na osnove i načine raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države (zakup, prodaja, dugotrajni zakup, koncesija).

Znatan dio zakonskih odredaba (gotovo polovica) koje se odnose upravo na ta raspolaganja jasno pokazuje na značaj poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države u ostvarivanju nacionalne politike o gospodarenju, a posredno i okrupnjavanju poljoprivrednog zemljišta s obzirom na nesumnjiv međusobni utjecaj raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države i onog u privatnom vlasništvu, uz stalno prisutno pitanje prihvatljive razmjernosti između javnog i privatnog interesa.

Najčešće se pri tomu ističe pitanje zaštite privatnog vlasništva (kako ga naziva zakonodavac) poljoprivrednoga zemljišta od mogućih ograničavanja.

S tim u svezi autorica je uvodno izložila, za primjenu zakonskih odredaba u cjelini izuzetno važne izmjene i dopune koje su uslijedile ubrzo nakon donošenja Zakona o poljoprivrednom zemljištu, kao i pokrenuti postupak za ocjenu ustavnosti nekih njegovih odredaba. Posebno se osvrnula i na okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta, ostvarivanje ciljeva, ali i onih u okviru Europske unije.

Ključne riječi: *poljoprivredno zemljište, vlasništvo države.*

1. UVOD

Predmet je ovog rada raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske koje je uređeno Zakonom o poljoprivrednom zemljištu (NN 152/08, 25/09, 21/10 – dalje u tekstu: Zakon o poljoprivrednom zemljištu ili ZPZ uz pojedine članke).

Donoseći citirani Zakon o poljoprivrednom zemljištu zakonodavac je istakao¹ da se u primjeni do tada važećeg Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN 66/01, 87/01, 48/05, 90/05) “pokazalo da postoje brojne zapreke koje usporavaju proces raspolaganja poljoprivrednim zemljištem putem prodaje, zakupa i koncesije” pri čemu je navedeno niz brojevanih podataka koji govore u prilog takvog zaključivanja.

Posebno je naglašeno, da poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu njegov, promet i raspolaganje, nisu do tada bili uređeni postojećim zakonom koji se odnosio na poljoprivredno zemljište već su se na to zemljište primjenjivali opći propisi koji uređuju vlasništvo.

To je, prema daljnjem obrazloženju zakonodavca, imalo za posljedicu “stalni trend usitnjavanja parcela i smanjivanje površina zemljišta poljoprivrednih gospodarstava.”²

Raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u državnom vlasništvu ne može se uvijek i u potpunosti odvojiti od procesa koji se odvijaju u raspolaganju poljoprivrednim zemljištem.

Stoga, iako je predmet našeg razmatranja raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države obuhvatit ćemo jednim dijelom i pitanja vezana uz raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u privatnom vlasništvu.

To posebno iz razloga jer su se već prije donošenja, a i prilikom primjene sada važećeg Zakona o poljoprivrednom zemljištu, javila sporna pitanja u svezi s mogućnošću i opsegom ograničenja prava vlasništva vezano uz raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u privatnom vlasništvu, a koja su zakonska rješenja nedvojbeno od utjecaja na primjenu Zakona u cjelini.

Vezano s time smatrali smo nužnim i korisnim, uvodno, pobliže navesti sadržaj Zakona o poljoprivrednom zemljištu jer pokazuje, s jedne strane, namjeru zakonodavca o sveobuhvatnom uređenju raspolaganja poljoprivrednim zemljištem, i onog u državnom i onog u privatnom vlasništvu, a s druge, vidljivo upućuje na značaj tih nekretnina u državnom vlasništvu budući da se gotovo polovica zakonskih odredaba odnosi upravo na raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države.

Nadalje, uvažavajući upravo izložena polazišta uvodno ćemo izložiti već izvršene izmjene i dopune važećeg Zakona o poljoprivrednom zemljištu kao i osvrnuti se na pokretanje postupka ocjene ustavnosti nekih njegovih odredaba neovisno o tome što se većim dijelom odnose na zakonske odredbe o raspolaganju

1 Obrazloženje uz Konačni prijedlog Zakona o poljoprivrednom zemljištu od 21. studenog 2008., str. 33

2 Obrazloženje Konačnog prijedloga, str. 33. i 34.

poljoprivrednim zemljištem u privatnom vlasništvu. Budući da nam se čini, u naprijed obrazloženom smislu, da imaju šire značenje na raspologanje poljoprivrednim zemljištem u cjelini.

1.1. Zakonom o poljoprivrednom zemljištu određen je predmet ugovora uređenja zaštita, korištenje i promjena namjene poljoprivrednog zemljišta, raspologanje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske, osnivanje i djelatnost Agencije za poljoprivredno zemljište, promet privatnog poljoprivrednog zemljišta te upravni i inspekcijski nadzor (čl. 1. ZPZ).

Sadrži niže navedene odredbe pod sljedećim nazivima:

- Opće odredbe (Glava I. – čl. 1. do čl. 4.),
- Održavanje i zaštita poljoprivrednog zemljišta (Glava II. – čl. 5. do čl. 14.),
- Korištenje poljoprivrednog zemljišta (Glava III. – čl. 15. do čl. 20.),
- Promjena namjene poljoprivrednog zemljišta i naknada (Glava IV. – čl. 21. do čl. 25.),
- Raspologanje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države (Glava V. – čl. 26. do čl. 76.),
- Agencija za poljoprivredno zemljište (Glava VI. – čl. 77. do čl. 80.),
- Raspologanje privatnim poljoprivrednim zemljištem (Glava VII. – čl. 81. do čl. 85.),
- Nadzor (Glava VIII. – čl. 86. do čl. 91.),
- Kaznene odredbe (Glava IX. – čl. 92. do čl. 96.),
- Prijelazne i završne odredbe (Glava X. – čl. 97. do čl. 110.),

Izmijenjen je, odnosno dopunjen Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN 21/10 – dalje u tekstu: ZID ZPZ/10).

Prema obrazloženju zakonodavca³ svrha navedenih izmjena i dopuna, bila je spriječiti negativne posljedice do kojih bi došlo zbog nemogućnosti raspologanja poljoprivrednim zemljištem u državnom i privatnom vlasništvu. Odnosno omogućiti nesmetano daljnje raspologanje tim zemljištem, s obzirom na propisanu nadležnost Agencije za poljoprivredno zemljište (dalje u tekstu: Agencija), i činjenicu da, tada, navedena Agencija još nije bila započela s radom.

Zakon o poljoprivrednom zemljištu uvodi kao novinu⁴ osnivanje Agencije s ciljem obavljanja poslova okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta i unaprjeđenja gospodarenja poljoprivrednim zemljištem.

Odredbama ZID ZPZ/10 izmjenjuju se i dopunjuju odredbe Zakona o poljoprivrednom zemljištu koje se dijelom odnose na poljoprivredno zemljište u vlasništvu države, a dijelom na poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu.

Tako se brišu odredbe čl. 77. st. 2. podst. 11. i čl. 78. st. 3. ZPZ, koje se odnose na potrebnu suglasnost Agencije za parcelaciju, poljoprivredna zemljišta i obrazlaže se time “da za suglasnost Agencije za parcelaciju katastarskih čestica

3 Obrazloženje uz Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu od 28. siječnja 2010.

4 Agencija za poljoprivredno zemljište osnovana je Uredbom Vlade Republike Hrvatske (NN 39/09).

poljoprivrednog zemljišta koja su bila predviđena u citiranim odredbama nisu bili propisani kriteriji.“

Pitanje parcelacije poljoprivrednog zemljišta, i s tim u svezi i suglasnost Agencije za parcelaciju od izuzetnog je značaja i potaklo je niz spornih pitanja u primjeni Zakona o poljoprivrednom zemljištu, koja su sada otklonjena u tom dijelu kojim se tražila suglasnost Agencije za parcelaciju.⁵

Nadalje, dodane su odredbe koje se odnose na obveze i rokove u odnosu na jedinice lokalne samouprave, za donošenje programa o raspolaganju poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države (čl. 3. ZID ZPZ/09).

Dodane su i odredbe o raspolaganju poljoprivrednim zemljištem u privatnom vlasništvu (čl. 4. ZID ZPZ/09).

Prema daljnjim odredbama Agencija za poljoprivredno zemljište sve poslove u okviru svoje djelatnosti počinje obavljati 1. srpnja 2010. godine.

Važna je i odredba da će se privatnim poljoprivrednim zemljištem raspolagati do 1. srpnja 2010. sukladno općim propisima koji uređuju raspolaganje nekretninama.

Vrednovan je i pravni status ugovora o zakupu i prodaji poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu koji su sklopljeni od 1. siječnja 2010. do stupanja na snagu ovoga Zakona na način da se oni smatraju pravno valjanima ukoliko nema pravnih nedostataka.

To je svakako značajna odredba jer je otklonjena pravna nesigurnost za ugovore o prodaji i zakupu poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu sklopljene od 1. siječnja 2010. do stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu, kojih je u tom razdoblju prema obrazloženju zakonodavca, sklopila povelik broj.

Međutim, na opisani način navedena odredba odnosi se ipak na jedno ograničeno razdoblje pa je na njenu primjenu od mogućeg utjecaja odlučivanje Ustavnog suda Republike Hrvatske o prijedlogu za ocjenu ustavnosti pojedinih odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu o kojem govorimo nastavno.

1.2. U svezi s primjenom Zakona o poljoprivrednom zemljištu od bitnog je utjecaja i Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske (dalje u tekstu: Ustavni sud RH) U-I-763/2009 od 7. srpnja 2009. o privremenoj obustavi od primjene pojedinih odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

Ustavni sud je navedenom odlukom riješio da se:

- pokreće postupak za ocjenu suglasnosti s Ustavom čl. 15. st. 1. i 2., čl. 16., čl. 25. st. 1., 2., 3., 4. i 5. i čl. 81., 82., 83., 84. i 85. Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

- obustavlja izvršenje svih pojedinačnih akata i radnji koje poduzimaju Agencija za poljoprivredno zemljište i druga nadležna tijela na temelju članka Zakona o poljoprivrednom zemljištu iz točke I. izreke ovog rješenja i Uredbe o osnivanju Agencije za poljoprivredno zemljište (NN 36/09) do donošenja konačne

5 Aleksandra Maganić: "Parcelacija i razvrgnuće suvlasništva poljoprivrednog zemljišta", Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 31, br. 1 (2010.), Suppl.

odluke o suglasnosti s Ustavom navedenih odredaba zakona o poljoprivrednom zemljištu,

- do donošenja konačne odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske privatnim poljoprivrednim zemljištem raspolaže sukladno općim propisima koji uređuju raspolaganje nekretninama.⁶

Smatramo korisnim navesti razloge za pokretanje postupka za ocjenu ustavnosti spomenutih odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu jer su i u ovoj fazi odlučivanja od nesumnjivog značaja u primjeni i tumačenju odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

Predlagatelji, smatraju da se pojedinim odredbama Zakona o poljoprivrednom zemljištu, ograničava pravo vlasništva poljoprivrednog zemljišta koje je u privatnom vlasništvu. Navodi se niz primjera vezano uz određene zakonske odredbe (oduzimanje prava raspolaganja pod određenim pretpostavkama, ograničavanje prava davanja u zakup pri provođenju postupka jedinica lokalne samouprave u ime i za način Agencije za poljoprivredno zemljište koja ima i pravo prvokupa određivanjem načina postupanja s neobrađenim poljoprivrednim zemljištem, oduzimanje iz posjeda poljoprivrednog zemljišta obraslog višegodišnjim raslinjem, oduzimanje zakupnine u korist države u određenim slučajevima, načinom određivanja naknade kod promjene namjene poljoprivrednog zemljišta, zatim ograničenjem prava vlasništva s obzirom na predviđeni način prodaje poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu i prisiljavanje vlasnika da poljoprivredno zemljište proda državi, s obzirom na predviđeno pravo prvokupa i dr.).

Prihvaćajući prijedlog predlagatelja Ustavni sud RH zaključuje, između ostalog “da razlozi zbog kojih predlagatelji predlažu pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti navedenih odredaba ZPZ-a s člancima 16., 48., 50. i 52. Ustava, otvaraju niz ozbiljnih pitanja koja zahtijevaju podrobno ispitivanje u svjetlu temeljnih ustavnih vrednota i zaštićenih ustavnih dobara...”.

Nadalje, u svjetlu navoda predlagatelja i posljedica koje proizvode osporene odredbe ZPZ-a, Ustavni sud je u ovom postupku posebno razmotrio članak 4. stavak 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN 21/10 – u nastavku teksta: ZID ZPZ), koji glasi: “Agencija za poljoprivredno zemljište sve poslove u okviru svojih djelatnosti počinje obavljati 1. srpnja 2010.”.

Uzimajući u obzir poslove koji su ZPZ-om stavljeni u nadležnost Agencije za poljoprivredno zemljište i drugim nadležnim tijelima, Ustavni je sud, radi sprječavanja mogućih teških i nepopravljivih posljedica, koje bi u praksi mogle nastati zbog primjene spornih odredaba ZPZ-a, ocijenio potrebnim privremeno obustaviti izvršenje svih pojedinačnih radnji i akata koje su Agencija za poljoprivredno zemljište i druga tijela ovlaštena poduzimati na temelju navedenih osporenih odredaba ZPZ-a, do konačne odluke Ustavnog suda.

Budući da članak 4. stavak 2. ZID ZPZ-a glasi: “do 1. srpnja 2010. privatnim poljoprivrednim zemljištem raspolagat će se sukladno općim propisima koji uređuju

6 Robert Peček: “Privremena obustava od primjene nekih odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu”, Informator, broj 5891-5892 od 21. i 25. kolovoza 2010., str. 5. i 6.

raspolaganje nekretninama”, navedena zakonska odredba prestala je važiti protekom roka koji je u njoj propisan (1. srpnja 2010.). Stoga, zbog izbjegavanja pravne neizvjesnosti koja bi mogla nastupiti radi nepostojanja izričitog pravila o propisima koji će se primjenjivati do konačne odluke Ustavnog suda u odnosu na raspolaganje privatnim poljoprivrednim zemljištem, Ustavni je sud, u skladu s člankom 31. stavkom 5. Ustavnog zakona, odredio i način provedbe toga rješenja, uvažavajući pravilo iz navedene odredbe ZID ZPZ-a. Zbog toga je Ustavni sud odredio da će se do donošenja njegove konačne odluke, privatnim poljoprivrednim zemljištem raspolagati sukladno općim propisima koji uređuju raspolaganje nekretninama. To znači da će privatni vlasnici moći i nadalje slobodno prodavati i davati u zakup svoje poljoprivredno zemljište drugim hrvatskim fizičkim i pravnim osobama, bez provedbe postupka prvokupa i prodaje preko Agencije za poljoprivredno zemljište.

Ponovno naglašavamo da, iako je predmet ovoga rada raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države, smatrali smo potrebnim uvodno izložiti neke prisutne dvojbe odnosno pitanja koja su se javila nakon donošenja Zakona o poljoprivrednom zemljištu. Na neka od tih pitanja nastojao je odgovoriti zakonodavac donošenjem ZID ZPZ/10, a na neka će odgovor dati Ustavni sud RH u naprijed izloženom smislu i okvirima.

Nužno je ponovno naglasiti da će raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u državnom vlasništvu biti vezano uz raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u privatnom vlasništvu. Pri tomu je posebno prisutan značajan nacionalan interes, ali i ciljevi prava Europske unije za okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta (o čemu pobliže govorimo u daljnjem izlaganju) u gospodarenju tim zemljištem. Pri tomu nije uvijek jednostavno uspostaviti ravnotežu između javnog i privatnog interesa.

2. RASPOLAGANJE POLJOPRIVREDNIM ZEMLJIŠTEM U DRŽAVNOM VLASNIŠTVU

2.1. Općenito

Navedeno raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u državnom vlasništvu Zakon o poljoprivrednom zemljištu sadrži u posebnim odredbama članka 26. do 76.

Okolnost da se gotovo polovica zakonskih odredaba, kako je to već uvodno navedeno, odnosi na raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države jasno pokazuje naglašenu važnost tim nekretninama određenih temeljem dva bitna kriterija:

- radi se o poljoprivrednom zemljištu,
- poljoprivredno zemljište je državno vlasništvo.

Međutim, osim navedenih posebnih odredaba (čl. 26. do čl. 76. ZPZ) pojam i status poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države određen je i općim odredbama, u širem smislu, Zakona o poljoprivrednom zemljištu. Dakle, pored onih pod nazivom

“opće odredbe” (čl. 1. do čl. 5. ZPZ) i onima koje se općenito odnose, primjerice, na održavanje i zaštitu poljoprivrednog zemljišta, korištenje, primjenu, namjenu i dr.

U izloženom smislu u nastavku izlaganja govorimo o pojmu i statusu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države.

2.2. O pojmu i statusu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države

U općim odredbama Zakona o poljoprivrednom zemljištu prvenstveno i izričito se propisuje da je poljoprivredno zemljište dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu posebnu zaštitu.

Opće odredbe o dobru od interesa za Republiku Hrvatsku sadrži i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (NN 1/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, dalje u tekstu Zakon o vlasništvu ili ZV uz pojedine članke).⁷

Prema odredbama čl. 4. st. 1. ZV-a stvari za koje je na temelju Ustava Republike Hrvatske posebnim zakonom određeno da su dobra od interesa za nju pa imaju njezinu osobitu zaštitu, a nisu opća dobra, sposobne su biti objektom prava vlasništva i drugih stvarnih prava.

Nadalje, prema odredbama čl. 4. st. 2. ZV-a vlasnici i ovlaštenici drugih prava na stvarima iz st. 1. ovog članka smiju se služiti tim svojim pravima u skladu sa zakonom određenim načinom uporabe i iskorištavanja tih stvari, a za ograničenja kojima su time podvrgnuti, pripada im pravo na naknadu određenu zakonom.

Prema čl. 2. st. 2. ZPZ-a poljoprivredno zemljište pravnim poslom ne mogu stjecati strane pravne i fizičke osobe osim ako među navedenim ugovorom nije drukčije predviđeno, a u suprotnom radi se o ništavom pravnom poslu.

Na taj način zabrana raspolaganja vlasništvom poljoprivrednog zemljišta za strane osobe ograničena je na stjecanje pravnim poslom. Za razliku od takvoga zakonskog rješenja ranije važeći Zakon o poljoprivrednom zemljištu zabranjivao je stranim osobama stjecanje vlasništva tih nekretnina neovisno o osnovu stjecanja.

Prema odluci Županijskog suda u Dubrovniku Gž 107/2010. od 1. travnja 2010. “premda se odredbe čl. 354. do čl. 358. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ne odnose na državljane i pravne osobe iz država članica Europske unije, te osobe ne mogu steći pravo vlasništva na čest. zem. oznakom kulture vrt, budući da je vrt prema čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu poljoprivredno zemljište, te bi stjecanje prava vlasništva navedenih osoba na takvoj čestici bilo u suprotnosti s odredbom iz čl. 358a. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.”

U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

“Predlagatelj je državljanin iz države članice Europske unije pa se, prema odredbi čl. 358a. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (dalje: ZV) na njega ne odnose odredbe o stvarnim pravima stranih osoba iz čl. 354. do 358. toga Zakona.

⁷ Martin Vedriš, Petar Klarić, Gradansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 1998., str. 79 i dalje.

Međutim, prema odredbi čl. 258a. st. 2. istoga Zakona odredba st. 1. toga članka ne odnosi se na nekretnine u izuzetnim područjima, na poljoprivredno zemljište određeno posebnim zakonom i na zaštićene dijelove prirode prema posebnom zakonu.

Prema izvješću o knjižnom stanju u spisu predmetna čest. zem. 1554. k.o. V. je vrt, a prema potvrdi upravnog tijela od 26. kolovoza 2009. nalazi se izvan građevinskog područja, područje posebnih uvjeta korištenja, seosko naselje, kontaktna zona – zaštita okolnog prostora kulturnog dobra. Prema čl. 3. Zakona o poljoprivrednom zemljištu (NN 152/08) vrtovi se smatraju poljoprivrednim zemljištem, a prema čl. 2. toga Zakona poljoprivredno je zemljište dobro od interesa za Republiku Hrvatsku i ima njezinu osobitu zaštitu. Prema tom propisu vlasništvo poljoprivrednog zemljišta ne mogu pravnim poslom stjecati strane pravne i fizičke osobe, osim ako međunarodnim ugovorom nije drukčije određeno, a pravni poslovi sklopljeni protivno tome su ništavi.

Postoji dakle zapreka za dopuštenje zatraženog upisa u smislu čl. 108. st. 1. podst. 1. Zakona o zemljišnim knjigama.”

Pojam poljoprivrednog zemljišta određen je na način (čl. 3. ZPZ) da su poljoprivredne površine: oranice, vrtovi, livade, pašnjaci, voćnjaci, maslinici, vinogradi, ribnjaci, trstici i močvare kao i drugo zemljište koje se može privesti poljoprivrednoj proizvodnji.

Dakle, pojam poljoprivrednog zemljišta određenih poljoprivrednih površina, određuje se:

- obuhvaćanjem i svih drugih zemljišta koje može biti privedeno poljoprivrednoj proizvodnji.

U smislu zakonskih odredaba nije odlučno nalazi li se poljoprivredno zemljište na području građevinskog zemljišta ili izvan te zone.

Također je predviđeno da Ministarstvo nadležno za poljoprivredu uspostavi Informacijski sustav podataka o poljoprivrednom zemljištu u Republici Hrvatskoj u svrhu učinkovitijeg gospodarenja poljoprivrednim zemljištem i praćenja tržišta poljoprivrednim zemljištem.

2.2.1. Održavanje i zaštita, korištenje i promjena namjene poljoprivrednog zemljišta

Odredbe Zakona o poljoprivrednom zemljištu koje imaju karakter općih odredaba o održavanju i zaštiti (čl. 5. do čl. 15. ZPZ), korištenju (čl. 15. do čl. 20. ZPZ) i promjeni namjene poljoprivrednog zemljišta (čl. 21. do čl. 25. ZPZ) odnose se i na poljoprivredno zemljište u vlasništvu države.

Stoga, smatramo potrebnim nastavno izložiti bitni sadržaj tih odredaba.

2.2.1.1. Održavanje i zaštita poljoprivrednog zemljišta (čl. 5. do čl. 14. ZPZ)

Poljoprivredno zemljište mora se održavati (čl. 5. do čl. 14. ZPZ) sposobnim za poljoprivrednu proizvodnju. Vlasnici i ovlaštenici poljoprivrednog zemljišta

dužni su poljoprivredno zemljište obrađivati sukladno agrotehničkim mjerama ne umanjujući njegovu vrijednost.

Utvrđeno je zbog čega se provodi i na koji način, zaštita poljoprivrednog zemljišta od onečišćavanja.

Radi zaštite poljoprivrednog zemljišta od onečišćavanja provodi se ispitivanje i trajno praćenje stanja onečišćenosti poljoprivrednog zemljišta štetnim tvarima. Te poslove obavlja javna ustanova Zavod za tlo.

Pravne ili fizičke osobe koje onečiste poljoprivredno zemljište štetnim tvarima, dužni su platiti naknadu štete vlasnicima ili ovlaštenicima zemljišta.

Pravne ili fizičke osobe dužne su pratiti stanje poljoprivrednog zemljišta koje koriste i u slučaju onečišćenja o svom trošku obaviti sanaciju poljoprivrednog zemljišta na način i u roku koji rješenjem utvrdi Ministarstvo na temelju stručnoga mišljenja Zavoda.

Utvrđeno je što se smatra agrotehničkim mjerama u svrhu zaštite poljoprivrednog zemljišta od erozije.

Ovlaštenici i vlasnici poljoprivrednog zemljišta dužni su održavati dugogodišnje nasade i višegodišnje kulture podignute radi zaštite od erozije na tom zemljištu.

Općinsko, odnosno gradsko vijeće, a za Grad Zagreb gradska skupština, propisuje mjere za uređivanje i održavanje poljoprivrednih rudina.

2.2.1.2. Korištenje poljoprivrednog zemljišta

U okviru tih odredaba (čl. 15. do čl. 20. ZPZ) nalaze se i one o korištenju poljoprivrednog zemljišta u prvotnom vlasništvu koje su naprijed citiranom odlukom Ustavnog suda RH privremeno obustavljene od primjene, tj. odredbe čl. 15. i 16. ZPZ.

Prema odredbama čl. 15. ZPZ-a poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu koje se ne obrađuje sukladno agrotehničkim mjerama i nije obrađeno u prethodnom vegetativnom periodu može se dati u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi najduže na rok od tri godine, uz naknadu zakupnine vlasniku zemljišta.

Poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu koje je obraslo višegodišnjim raslinjem može se dati u zakup fizičkim ili pravnim osobama na rok do deset godina.

Prema odredbama čl. 16. utvrđena je isplata sredstava ostvarenih od zakupa poljoprivrednog zemljišta u privatnom vlasništvu koja se moraju isplatiti vlasniku.

Pašnjacima i livadama u vlasništvu Republike Hrvatske koji se nalaze u zaštićenim područjima u nacionalnim parkovima i parkovima prirode raspolaže javna ustanova na čijem području zaštite se predmetno zemljište nalazi, u skladu s posebnim propisom.

Na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države može se osnovati pravo služnosti u svrhu izgradnje vodovoda, kanalizacije, plinovoda, električnih vodova, eksploatacije mineralnih sirovina i sl.

Na poljoprivrednom zemljištu u svrhu izgradnje sustava za odvodnjavanje i

navodnjavanje mogu se osnivati služnosti sukladno posebnom propisu.

Planovi upravljanja vodnim područjem i programi raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu Republike Hrvatske međusobno se usklađuju.

2.2.1.3. Promjena namjene

Promjena namjene poljoprivrednog zemljišta (čl. 21. do čl. 25. ZPZ) u nepoljoprivredne svrhe provodi se u skladu s dokumentima prostornog uređenja i drugim propisima.

Utvrđeno je što je u smislu ovog Zakona osobito obradivo i vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište te kada se izuzetno može koristiti u nepoljoprivredne svrhe.

Utvrđeno je kada pravna ili fizička osoba plaća jednokratnu naknadu zbog umanjnja vrijednosti i površine poljoprivrednog zemljišta kao dobra od interesa za Republiku.

Promjenom namjene poljoprivrednog zemljišta smatra se i eksploatacija pijeska, šljunka, kamena, gline, površinski kopovi, te stvaranje odlagališta otpada, izgradnja sportskih terena i objekata u smislu posebnoga zakona.

Utvrđeno je kada investitor ne plaća naknadu zbog umanjnja vrijednosti i površine poljoprivrednog zemljišta.

Propisan je način plaćanja naknade za promjenu namjene poljoprivrednog zemljišta i tko donosi rješenje o promjeni namjene.

Utvrđen je raspored sredstava ostvaren od naknade za promjenu namjene i upravo su u tom dijelu sadržane i odredbe čl. 25. st. 1., 2., 3. i 4. koje su odlukom Ustavnog suda RH privremeno obustavljene od primjene, kako je to naprijed (toč. I.2.) pobliže obrazloženo.

Te odredbe glase:

“Naknada se plaća prema površini građevne čestice stambene ili druge građevine.

Za poljoprivredno zemljište koje se na dan stupanja na snagu ovoga zakona nalazi izvan granica građevinskog područja, a nakon izmjene prostornog plana je obuhvaćeno granicama građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 50% od prosječne cijene zemljišta unutar granica građevinskog područja.

Za osobito vrijedno obradivo ili vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište koje se na dan stupanja na snagu ovoga zakona nalazi izvan granica građevinskog područja, a nakon izmjene prostornog plana je obuhvaćeno granicama građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 100% od prosječne cijene zemljišta unutar granica građevinskog područja.

Za poljoprivredno zemljište koje se nalazi unutar granica građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 25% prosječne cijene zemljišta.

Za osobito vrijedno obradivo ili vrijedno obradivo poljoprivredno zemljište koje se nalazi unutar granica građevinskog područja visina naknade određuje se u iznosu od 50% od prosječne cijene zemljišta.”

Prema odluci Upravnog suda Republike Hrvatske Us 9/2007 od 6. svibnja 2010. "namjena zemljišta određuje se prema prostorno-planskoj dokumentaciji neovisno o namjeni upisanoj u zemljišnim knjigama.

Iz obrazloženja proizlazi:

"Iz podataka spisa predmeta dostavljenog Sudu uz odgovor na tužbu proizlazi da je tuženo tijelo pravilno postupilo kada je osporenim rješenjem odbilo žalbu tužitelja izjavljenu protiv naprijed citiranog rješenja upravnog tijela prvog stupnja, kojim je odbijen zahtjev tužitelja za izdavanje lokacijske dozvole za građenje objekta sporta i rekreacije na kč. br. 661/16 k.o. P. Naime, tužitelj tužbenim navodima u bitnome niti ne dovodi u sumnju utvrđenje tuženog tijela da se prema Prostornom planu Istarske županije (Službene novine Istarske županije br. 2/02, 1/05), kartografski prikaz 1. Korištenje i namjena prostora, predmetna čestica na kojoj bi se gradilo odnosno na koju se odnosi zahtjev za izdavanje lokacijske dozvole za građenje, nalazi se unutar zone "šuma posebne namjene" pa je pravilno pozivom na čl. 122. st. 2. u svezi čl. 146. navedenog Prostornog plana zahtjev odbijen."

Glede tužbenog navoda koji je identičan žalbenom valja reći da je već tuženo tijelo odgovorilo da namjenu zemljišta određenu u zemljišnim knjigama treba razlikovati od namjene u prostorno-planskom smislu, te se i promjena gospodarske namjene utvrđuje na temelju prostorno-planske dokumentacije.

U odnosu na izmijenjeno doneseno novo Idejno rješenje tužitelja se upućuje na podnošenje novog zahtjeva koji će biti razmotren glede važećih kako zakonskih tako i podzakonskih odredaba.

2.2.1.4. Okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta

Okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta jedna je od bitnih odrednica Zakona o poljoprivrednom zemljištu.

To nedvojbeno proizlazi iz niza odredaba kojima je svrha i cilj omogućavanje i provođenje okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta. Odredbama čl. 78. ZPZ-a određeno je što se smatra okrupnjavanjem poljoprivrednog zemljišta.

Prema tim odredbama okrupnjavanje posjeda je postupak kupoprodaje, zamjene i zakupa poljoprivrednog zemljišta radi:

- povećanja ukupne površine poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu ili posjedu fizičke ili pravne osobe koja je upisana u Upisnik poljoprivrednih gospodarstava i
- grupiranja katastarskih čestica poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu ili posjedu fizičke ili pravne osobe, koja je upisana u Upisnik poljoprivrednih gospodarstava u veće i pravilnije proizvodne parcele, radi ekonomičnijeg iskorištavanja i stvaranja povoljnijih uvjeta za obradu.

Agencija okrupnjava poljoprivredno zemljište u postupku kupoprodaje, zamjene i zakupa poljoprivrednog zemljišta.

Propisano je da se katastarske čestice poljoprivrednog zemljišta ne mogu parcelacijom dijeliti, osim uz suglasnost Agencije, brisane su odredbama čl. 1. ZID ZPZ/10, iako je to naprijed izloženo (točka I.1.).

Osnivanje specijalizirane ustanove javnog prava, Agencije za poljoprivredno zemljište, predviđeno radi “obavljanja poslova okrupnjavanja i gospodarenja poljoprivrednim zemljištem” (čl. 77. st. 1. ZPZ).

Vlada Republike Hrvatske donijela je Uredbu o osnivanju Agencije za poljoprivredno zemljište (NN 39/09) kojom je kao djelatnost Agencije između ostalog, navedeno i okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta (čl. 3. st. 1. navedene Uredbe).

Iz obrazloženja koje je dao zakonodavac prilikom donošenja Zakona o poljoprivrednom zemljištu izričito je navedeno da je zakonom obuhvaćeno i poljoprivredno zemljište u privatnom vlasništvu jer se htjelo spriječiti njegovo daljnje usitnjavanje, odnosno postići okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta što se izričito i navodi u svezi s pojedinim slučajevima raspolaganja, primjerice, kod zamjene (čl. 76. ZPZ).

Štoviše, zakonodavac je okrupnjavanje poljoprivrednog zemljišta ocijenio kao nacionalnu politiku kako se to izričito navodi u nekim međunarodnim dokumentima od kojih ćemo spomenuti Ugovor između Vlade Republike Hrvatske i Vlade Kraljevine Švedske koji se odnosi na provedbene faze projekta “okrupnjavanja” poljoprivrednog zemljišta u Hrvatskoj (NN 4/08).

Opisana međunarodna suradnja u skladu je i s ciljem i politikom okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta u okviru Europske unije.

Zanimljiv je i podatak da je u ostvarivanju toga cilja Hrvatska ispred nekih zemalja članica Europske unije, primjerice, Italije i Slovenije.

Provođenjem ostvarivanja okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta neizbježno se javlja kao osnova ograničenja prava vlasništva, kad se radi o poljoprivrednom zemljištu u privatnom vlasništvu.

Iako u takvim slučajevima osnova ograničenja, sama po sebi, ne bi trebala biti sporna, način i opseg ograničenja može biti itekako sporan što se može zaključiti na temelju naprijed citirane odluke Ustavnog suda RH.

2.3. Osnove raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države

Zakonom o poljoprivrednom zemljištu predviđene su neke načelne odredbe za raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države i to kako slijedi:

a) Tim se zemljištem raspolaze prema odredbama Zakona o poljoprivrednom zemljištu, a prema općim propisima o raspolaganju nekretninama samo ako tim Zakonom nije određeno drukčije.

b) Odlukom kojom se odlučuje o vlasničkim i drugim stvarnim pravima na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države obvezno se osigurava zaštita i unaprjeđenje gospodarskih, ekoloških i drugih interesa Republike Hrvatske i njezinih građana. Ta odluka nije upravni akt osim odluka o davanju koncesije na ribnjak.

c) Poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države raspolaze se na temelju Programa raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države (u daljnjem tekstu: Program). Programe donosi jedinica lokalne samouprave i Grad Zagreb za svoje područje uz suglasnost Ministarstva.

Programom raspolaganja ne mogu se umanjivati poljoprivredne površine koje su u funkciji proizvodnje. Posebno je uređeno izlaganje Programa na javni uvid, mogućnost i rokovi prigovora zainteresiranih osoba, kao i odlučivanje o primjeni.

d) Poljoprivredno zemljište u vlasništvu države prodaje se, daje u zakup, dugogodišnji zakup i koncesiju za ribnjake fizičkim ili pravnim osobama na temelju Programa. Također je propisano što program sadržava.

2.3.1. Zakup i prodaja

Zakup i prodaja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države uređeni su odredbama čl. 32. do 54. ZPZ-a.

To se zemljište daje u zakup ili prodaje fizičkim ili pravnim osobama na temelju Programa koje donose jedinice lokalne samouprave i Grad Zagreb, za svoje područje i koje prije donošenja Programa ne mogu raspolagati tim zemljištem.

Za ove slučajeve raspolaganja, a radi ubrzanja postupka prodaje i zakupa, nije potrebna suglasnost vlasnika.

Prodaja i davanje u zakup provode se javnim natječajem kojeg raspisuje i odluku o najboljem ponuditelju donosi vijeće, odnosno skupština jedinica lokalne samouprave na čijem se području nalazi nekretnina.

Zakonskim odredbama definirani su prioriteti u raspolaganju poljoprivrednim zemljištem i ciljne skupine poljoprivrednih gospodarstava.

Predviđeno je prvenstveno pravo kupnje ili zakupa prema zakonom propisanom redoslijedu i propisima za fizičku ili pravnu osobu pod uvjetom da prihvati najvišu cijenu koju je ponudio bilo koji od ponuđača i koji ispunjava natječajne uvjete te je priložio gospodarski program korištenja poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države.

Početna cijena na natječaju utvrđuje se sukladno propisu koji donosi Ministar uz suglasnost Ministra financija, a ugovor o prodaji, odnosno zakupu sklapaju načelnik, odnosno gradonačelnik u ime RH te podnositelj ponude. Ukoliko kupac poljoprivrednog zemljišta uplati u cijelosti cijenu ostvaruje pravo na popust od 20%, ali deset godina ne smije otuđiti nekretninu o čemu se vrši zabilježba u zemljišne knjige. Moguće je i obročno plaćanje na rok od najduže 15 godina, kod čega se kao mjera osiguranja zasniva hipoteka na nekretnini u korist RH.

Važna je odredba da ugovor o zakupu ili prodaji mora biti sklopljen u pisanom obliku, jer je u protivnom bez pravnog učinka.

Na temelju odluke o izboru najpovoljnije ponude na natječaju za prodaju ili zakup, općinski načelnik, odnosno gradonačelnik u ime Republike Hrvatske i podnositelj ponude sklapaju ugovor o prodaji ili ugovor o zakupu.

Kupac poljoprivrednog zemljišta ostvaruje pravo na popust u visini od 20% od postignute prodajne cijene kod uplate prodajne cijene u cijelosti.

U tom slučaju kupac ne može kupljeno poljoprivredno zemljište otuđiti u roku od deset godina od dana sklapanja ugovora o prodaji.

Zabrana otuđenja upisat će se u zemljišne knjige istodobno s upisom prava vlasništva kupca.

Ugovor o prodaji s obročnom otplatom mora sadržavati odredbu kojom se dopušta uknjižba prava vlasništva na ime kupca samo uz istodobnu uknjižbu založnog prava u korist Republike Hrvatske radi osiguranja naplate glavnice, kamata i troškova.

Rok obročne otplate ne može biti dulji od 15 godina.

Na iznos cijene, koji nije plaćen u roku, plaća se zakonska zatezna kamata.

Prema odluci Vrhovnog suda RH Rev 1192/2006-2 od 11. srpnja 2007. (objavljena u "Izboru odluka Vrhovnog suda RH" broj 1/2009) "nakon što je poništen javni natječaj za kupnju poljoprivrednog zemljišta, sud nije ovlašten odlučivati o pravu ponuđača na kupnju poljoprivrednog zemljišta niti naložiti sklapanje kupoprodajnog ugovora".

U obrazloženju se, između ostalog, navodi:

"Revizija u odnosu na pravomoćnu presudu o tužbenim zahtjevima kojima tužitelj traži da se utvrdi da ima prvenstveno pravo kupnje određenih nekretnina, te da je tuženik s njim dužan sklopiti ugovor o kupoprodaji je neosnovana.

Gore navedene zahtjeve tužitelj temelji na odredbama čl. 22., 23., 25. i 26. Zakona o poljoprivrednom zemljištu ("Narodne novine", broj: 66/01 i 78/02 – ZPZ).

Sudovi su primijenivši gore navedene propise s osnovom odbili tužbene zahtjeve tužitelja, te njihov pravni zaključak u cijelosti prihvaća i ovaj revizijski sud.

Nesporna je činjenica da je riječ o poljoprivrednom zemljištu čiji je vlasnik Republika Hrvatska, te da se takvo zemljište prodaje javnim natječajem na temelju čl. 23. st. 1. ZPZ-a.

Nije također sporno da je tuženica postupajući u smislu čl. 23. st. 1. ZPZ-a raspisala javni natječaj u dva navrata za sporno zemljište na koje se javio tužitelj, ali odluka o izboru najpovoljnije ponude nije donijeta (koju odluku donosi Općinsko odnosno gradsko vijeće na čijem se području zemljište nalazi i to uz suglasnost Ministarstva poljoprivrede na temelju čl. 23. st. 2. ZPZ-a), jer su oba natječaja u odnosu na sporne nekretnine poništena.

Stoga kada je javni natječaj poništen, dakle kada nije ni donijeta odluka o izboru najpovoljnije ponude tužitelj se neosnovano poziva na povredu iz čl. 26. ZPZ-a, jer citirani propis, a niti bilo koja druga odredba ZPZ-a ne ovlašćuje sud da bez prethodno provedenog natječaja i propisanog postupka utvrđuje prvenstveno pravo kupnje ponuđača prema određenom odnosno zakonom propisanom redoslijedu, a niti ovlašćuje da svojom odlukom naloži sklapanje takvog ugovora o kupnji poljoprivrednog zemljišta."

Prema odluci Županijskog suda u Koprivnici Gž 1068/2009-2 od 26. studenog 2009. (objavljena u "Izboru odluka Vrhovnog suda RH" broj 2/2009) "općina nema aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe protiv zakupnika radi plaćanja tog dijela neplaćene zakupnine već tu legitimaciju ima Republika Hrvatska kao zakupodavac."

Iz obrazloženja proizlazi:

"Iz podataka i dokaza provedenih u spisu nije sporno da je tuženik ugovor o

zakupu poljoprivrednog zemljišta zaključio s Republikom Hrvatskom koja je i vlasnik poljoprivrednog zemljišta i to na rok od 10 godina. Prema odredbama Zakona o poljoprivredi dio zakupnine koja se ostvari zakupom poljoprivrednog zemljišta doista je prihod jedinica lokalne samouprave, međutim, taj prihod nakon što se uplati zakupnina od strane Republike Hrvatske se doznajuje na račune jedinica lokalnih samouprava i u konkretnom slučaju kraj činjenice da tužitelj zakupninu nije dužan plaćati tužitelju već na račun državnog proračuna ne može se prihvatiti pravni stav prvostupanjskog suda da je tužitelj aktivno legitimiran od tužitelja potraživati onaj dio zakupnine koji bi lokalna jedinica odnosno tužitelj dobio od države nakon što bi zakupnina bila plaćena. S obzirom na to da je ugovor o zakupu poljoprivrednog zemljišta zaključen između Republike Hrvatske kao zakupodavca i tuženika kao zakupoprimca isključivo je Republika Hrvatska ovlaštena tužbom potraživati platež zakupnine ukoliko je tuženik nije platio, a na to nije ovlašten tužitelj samo zbog činjenice što bi to trebao biti dio njegovih prihoda koje bi trebao dobiti od Republike Hrvatske. Prema tome, nije pravilan pravni stav prvostupanjskog suda u odnosu na aktivnu legitimaciju i po ocjeni ovoga suda tužitelj nije aktivno legitimiran za podnošenje ove tužbe jer nije ugovorena strana u tom ugovoru o zakupu, a niti je tim ugovorom između ugovornih strana ugovoreno da će se uplata zakupnine vršiti tužitelju.”

Poljoprivredno zemljište u vlasništvu države iznimno se može prodati neposrednom pogodbom, ali po dvostrukoj cijeni i ako je takva prodaja u interesu RH. Interes na zahtjev zainteresirane osobe i na prijedlog Ministarstva utvrđuje Vlada RH.

Poljoprivredno zemljište u vlasništvu RH daje se u zakup fizičkoj ili pravnoj osobi koja se bavi poljoprivrednom djelatnošću, a zakupnik zemljište ne može dati u podzakup niti može prenijeti svoje pravo iz ugovora o zakupu. To se zemljište daje u zakup na rok od dvadeset godina, a tako propisuje obvezatne odredbe koje ugovor o zakupu mora sadržavati, kada prestaje odnosno kada zakupodavac može raskinuti ugovor zakupu, te koja su prava zakupnika nakon raskida ugovora o zakupu i dr.

Taj ugovor sadrži obvezne odredbe koje se odnose na:

- predmet zakupa,
- podatke iz zemljišne knjige i katastra zemljišta, odnosno katastra nekretnina o poljoprivrednom zemljištu,
- vrijeme trajanja zakupa,
- visinu i rok plaćanja zakupnine,
- opis i vrijednost objekata, uređaja i nasada te način njihova održavanja,
- vrijeme amortizacije nasada,
- prava i obveze zakupnika,
- namjenu korištenja zakupljenog zemljišta,
- razloge za odustanak od ugovora te
- razloge za raskid ugovora.

Što se tiče prestanka ugovora o zakupu na određeno vrijeme, prestaje istekom vremena na koji je sklopljen.

Od ugovora o zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države može se u svako vrijeme sporazumno odustati.

Ugovor o zakupu raskida se ako zakupljeno poljoprivredno zemljište prestane biti poljoprivredno zbog promjene namjene ili ako se zemljište koristi suprotno odredbama ugovora ili ovoga Zakona.

Ugovor se smatra raskinutim danom dostave obavijesti o raskidu zakupoprimcu. U obavijesti mora biti određen rok u kojem zakupnik ima pravo skinuti usjeve, odnosno plodove.

Zakupnik je dužan u roku od 6 mjeseci od dana prestanka ugovora o zakupu predati zemljište u posjed vlasniku posredstvom Povjerenstva iz članka 41. ovoga Zakona.

Zakupodavac mora raskinuti ugovor o zakupu u slučaju ako zakupnik:

- ne plati zakupninu dva puta uzastopno, osim u slučaju više sile,
 - ne koristi poljoprivredno zemljište u vlasništvu države kao dobar gospodar,
 - ne ostvaruje gospodarski program,
 - obrađuje poljoprivredno zemljište suprotno odredbama sklopljenog ugovora,
 - daje zakupljeno zemljište u podzakup,
 - bez odobrenja zakupodavca izvrši investicijske radove na poljoprivrednom zemljištu koji prelaze granice uobičajenoga gospodarenja ili promijeni način korištenja poljoprivrednog zemljišta te
- obavlja aktivnosti suprotno propisima o zaštiti prirode ili radnje koje imaju negativan utjecaj na bogatstvo ili stanje prirodnog područja, te ako na bilo koji način ugrožava opstanak prirodnih vrijednosti.

Zakupnik nema pravo na povrat neamortizirane vrijednosti trajnih nasada na poljoprivrednom zemljištu u vlasništvu države, ako se ugovor o zakupu raskida na njegov zahtjev ili njegovom krivnjom.

Po raskidu ugovora o zakupu zakupnik može u roku od 6 mjeseci:

- uzeti one dijelove opreme i građevine koje je podigao,
 - tražiti naknadu stvarne vrijednosti opreme koja se može utvrditi za opremu koju nije moguće odnijeti, vegetacije koju je zasadio, te instalacija i zahvata za zaštitu zemljišta koji su poboljšali kakvoću poljoprivrednog zemljišta, ako je zasadio nasade i postavio navedene uređaje i objekte uz suglasnost zakupodavca i
- ako nije postignut dogovor sa zakupodavcem srušiti i ukloniti na vlastiti trošak bez potraživanja naknade građevinske objekte privremenog karaktera koje je podigao. U slučaju neizvršenja ove obveze, rušenje ili uklanjanje može izvršiti zakupodavac na teret zakupnika.

Ako zakupnik zasadi nasade ili izgradi uređaje i objekte bez odobrenja zakupodavca, nema pravo na povrat neamortizirane vrijednosti nasada raskidom ugovora o zakupu.

Raskidom ugovora o zakupu zakupodavac ima pravo na zasađene nasade, uređene i izgrađene objekte i uređaje, a zakupniku mora platiti njihovu još neamortiziranu vrijednost, ako su nasadi, odnosno objekti i uređaji napravljeni s njegovom suglasnošću.

Nasadi, objekti i uređaji pripadaju zakupodavcu bez odštete ako su bili zasadeni i izgrađeni bez njegova odobrenja. Zakupodavac ima pravo ukloniti uređaje kod kojih je to moguće bez štete.

Raskidom ugovora o zakupu zakupodavac ima pravo tražiti da zakupnik oslobodi zemljište od nasada i izgrađenih objekata.

Posebno su propisani slučajevi kad zakupodavac mora raskinuti ugovor o zakupu.

Zakupodavac mora raskinuti ugovor o zakupu u slučaju ako zakupoprimac:

- ne plati zakupninu dva puta uzastopno, osim u slučaju više sile,
- ne koristi isto poljoprivredno zemljište u vlasništvu države kao dobar gospodar,
- ne ostvaruje gospodarski program,
- obrađuje poljoprivredno zemljište suprotno odredbama sklopljenog ugovora,
- daje zakupljeno zemljište u podzakup,
- bez odobrenja zakupodavca izvrši investicijske radove na poljoprivrednom zemljištu koji prelaze granice uobičajenog gospodarenja ili promjeni način korištenja poljoprivrednog zemljišta te
- obavlja aktivnosti suprotno propisima o zaštiti prirode ili radnje koje imaju negativan utjecaj na bogatstvo ili stanje prirodnog područja, te ako na bilo koji način ugrožava opstanak prirodnih vrijednosti.

Propisani su i neki učinci raskida ugovora o zakupu.

Zakon sadrži i opću odredbu (čl. 53. ZPZ) prema kojoj se na raskid ugovora o prodaji ili zakupu poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države, koji nije uređen odredbama ovoga Zakona, primjenjuju propisi o obveznim odnosima.

Sadrži, također i “zajedničke odredbe za ugovor o prodaji, zakupu, dugotrajnom zakupu i koncesiji za ribnjake” (čl. 72. i čl. 73. ZPZ) koje predviđaju dostavljanje nacрта tih ugovora prije potpisivanja, nadležnom državnom odvjetništvu, a zatim i o dostavljanju primjeraka tih ugovora nadležnom tijelu državne uprave.

Kao što je vidljivo, zakonske odredbe sadrže detaljno razrađena specifična pitanja ugovornih strana, kako ugovora o prodaji tako posebno i kod ugovora o zakupu. Pri tomu nesumnjivo dolazi do izražaja posebna zaštita u odnosu na poljoprivredno zemljište koje je u vlasništvu države, što je i razumljivo s obzirom na to da je to poljoprivredno zemljište, definirano kao dobro od interesa za Republiku Hrvatsku.

2.3.2. Dugotrajni zakup

Dugogodišnji zakup poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države za poljoprivrednu proizvodnju uređen je odredbama čl. 54. do čl. 59. ZPZ-a. Taj se zakup daje na 50 godina.

U dugotrajni zakup daju se proizvodno tehnološke cjeline koje obuhvaćaju katastarske čestice poljoprivrednog zemljišta koje su Programom predviđene za dugogodišnji zakup.

Poljoprivredno zemljište u vlasništvu države koje je dano u dugogodišnji zakup ne može se davati u podzakup.

Poljoprivredno zemljište u vlasništvu države daje se u dugogodišnji zakup javnim natječajem.

Za fizičke ili pravne osobe predviđeno je također prvenstveno pravo na natječaju za dugotrajni zakup prema redosljedu odnosno kriterijima koje je propisao Zakon, uz uvjet da prihvate najviši iznos cijene naknade koji je ponudio bilo koji od ponuđača i da ponudi prilože gospodarski program.

Zakonom se propisuje određivanje početnog iznosa naknade sadržane u ugovoru o dugotrajnom zakupu, kao i slučajevi kad se ugovor raskida.

2.4. Koncesija za ribnjak

Koncesija za ribnjak jedan je od načina raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države uređene odredbama čl. 60. do čl. 71. ZPZ-a.⁸

Koncesija za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države za ribnjak daje se u skladu s odredbama zakona koji uređuju koncesije, a to je Zakon o koncesijama (NN 125/08 od 29. listopada 2008.) i u skladu s odredbama Zakona o poljoprivrednim zemljištem.

Prema zakonskoj definiciji ribnjak čini jedinstvenu tehnološku cjelinu i predstavlja poljoprivredno zemljište posebne namjene.

U svezi s time ističe se da ranije važeći Zakon o poljoprivrednom zemljištu (NN 66/01, 87/02, 90/05) nije spominjao ribnjak kao poljoprivredno zemljište, a prevladavalo je mišljenje da su ribnjaci javno vodno dobro kojem se raspolagalo prema odredbama Zakona o vodama (NN 107/95, 50/05).

S obzirom na to da je prema odredbama Zakona o vodama osnovni način raspolaganja vodama i javnim vodnim dobrom bila koncesija zaključuje se da će za ribnjake ostati dosadašnji način raspolaganja temeljem koncesije.⁹

Ako se ribnjak u vlasništvu države nalazi na području više jedinica lokalne samouprave, obuhvaćen je Programom raspolaganja poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države one jedinice lokalne samouprave na čijem je području pretežni dio ribnjaka (čl. 65. st. 1. i 2. ZPZ).

Koncesija za ribnjake daje se na rok od 50 godina.

Davatelj koncesije je Ministarstvo koje donosi:

- odluku o namjeni davanja koncesije u kojoj je dužan navesti iznos jamstva za ozbiljnost ponude koje je dužan priložiti ponuditelj i

- odluku o davanju koncesije na prijedlog stručnog povjerenstva za davanje koncesije za korištenje poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu Republike Hrvatske, za ribnjak.

Također je predviđeno prvenstveno pravo na davanje koncesije za fizičke ili pravne osobe, prema zakonom predviđenom redosljedu (čl. 66. ZPZ). Prioritet se daje pravnom sljedniku bivšeg korisnika poljoprivrednog zemljišta u društvenom

⁸ Vidi Jadranko Jug, op. cit. str. 13.

⁹ J. Jug, op. cit. str. 13.

vlasništvu (kao što je to predviđeno i kod dugotrajnog zakupa), uz uvjet da prihvate najviši iznos naknade koji je ponudio bilo koji od ponuditelja.

- da priloži ponudi gospodarski program.

U postupcima davanja koncesije za ribnjake primjenjuju se načela postupka davanja koncesije sukladno odredbama Zakona o koncesijama:

1) Odluka o iznosu najboljeg ponuditelja dostavlja se svakom ponuditelju.

2) Pravna zaštita u postupku davanja koncesije za ribnjake provodi se u skladu s odredbama Zakona o koncesijama.

3) Protiv odluke o davanju koncesije za ribnjake nezadovoljni ponuditelj može podnijeti žalbu nadležnom tijelu sukladno Zakonu o koncesijama.

4) Ugovor se sklapa u pisanom obliku, a u protivnom nema pravni učinak.

5) Korisnik koncesije ne može to svoje pravo prenijeti na drugu osobu.

6) Iznimno prava i obveze korisnika koncesije iz ugovora o koncesiji za ribnjake mogu se prenijeti na nasljednika prvoga nasljednog reda kojem je djelatnost akvakulture osnovno zanimanje i to do isteka roka na koji je ugovor o koncesiji sklopljen (čl. 70. st. 11. ZPZ).

7) Koncesija se ne može davati u zakup ili podkoncesiju.

8) Koncesija za ribnjake prestaje sukladno odredbama Zakona o koncesijama.

2.5. Zamjena

Zakon o poljoprivrednom zemljištu u čl. 76. predviđa mogućnost zamjene poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu države za vlasništva poljoprivrednog zemljišta u vlasništvu fizičkih ili pravnih osoba radi okrupnjavanja poljoprivrednog zemljišta o čemu smo više govorili u točki.

3. ZAKLJUČAK

Iz sadržaja samoga referata vidljivo je da je osnovna svrha bila izložiti odredbe koje se odnose na raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države, a koje kao osnove toga raspolaganja navode zakup, prodaju, dugotrajni zakup i koncesiju za ribnjak.

Navedene odredbe opširnije smo izložili da bi se, ne samo po njihovoj brojnosti već i po njihovom sadržaju moglo uočiti osim važnosti poljoprivrednog zemljišta općenito, poseban status toga zemljišta kada je u vlasništvu države, odnosno poseban položaj države glede prava, ali i obveza, kao vlasnika tog zemljišta.

Takav vlasničkopravni status nesumnjivo proizlazi iz izričitih zakonskih odredaba da je poljoprivredno zemljište dobro od interesa za Republiku Hrvatsku koje ima njezinu osobitu pažnju.

Nedvojbeno je da će navedena temeljna zakonska polazišta imati bitan utjecaj i za ocjenu javnog interesa kod raspolaganja poljoprivrednim zemljištem pri čemu se u primjeni Zakona o poljoprivrednom zemljištu kao osnovno pitanje postavlja uspostava pravne obveze, odnosno razmjernosti između javnog i privatnog interesa.

Privatni interes javlja se prvenstveno kao zaštita prava vlasništva privatnog vlasnika poljoprivrednog zemljišta (kako ih naziva zakonodavac) od mogućih ograničenja radi javnog, odnosno općeg interesa.

Budući da konačni odgovori na ta pitanja trebaju tek uslijediti, s obzirom na pokrenuti postupak ocjene ustavnosti niza odredaba Zakona o poljoprivrednom zemljištu, to će utjecati na primjenu Zakona u cjelini, dakle i u dijelu koji se odnosi na raspolaganje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države.

Neovisno o tomu ne dovode se u dvojbu osnove raspolaganja poljoprivrednim zemljištem (zakup, prodaja, dugotrajni zakup i koncesija za ribnjak) pa niti mogućnost ograničenja vlasništva poljoprivrednog zemljišta radi provođenja nezavisne politike gospodarenja tim zemljištem, primjerice, okrupnjavanjem poljoprivrednog zemljišta.

Posebice imajući na umu već usvojenu nacionalnu politiku u odnosu na poljoprivredno zemljište i na međunarodnom planu odnose u okviru Europske unije, a što ne može zaobići niti Hrvatsku.

Summary

DISPOSAL OF AGRICULTURAL LAND OWNED BY THE STATE

The aim of this article is to present the content of the provisions of the 2008 Agricultural Land Act which regulate disposal of agricultural land owned by the state.

Therefore, the author analyses general provisions on the notion and status of the agricultural land, grounds and types of disposal of agricultural land owned by the state (lease, selling, lease of long duration, concession) in the most part of the article.

A considerable number of provisions (almost half of them) regulate the disposal clearly indicating the importance of agricultural land owned by the state in fulfilling the national policy on managing agricultural land and indirectly in concentrating the agricultural land in respect to indisputable mutual influence of disposal of agricultural land owned by the state and by the private individual and the always present issue of acceptable proportionality between public and private interest.

Thereat, the issue of protection of private ownership of agricultural land from possible limitations (according to the legislator) has been highly emphasised.

In this respect, the author presents amendments enacted shortly after the Agricultural Land Act promulgation stressing their significance for the implementation of legislative provisions as a whole. She also discusses the already initiated procedure to review the constitutionality of certain Act provisions

A special attention has been given to agricultural land concentration and fulfilment of common goals and these within the European Union.

Key words: agricultural land, state ownership.

Zusammenfassung

VERFÜGUNG ÜBER LANDWIRTSCHAFTLICHES GRUNDSTÜCK IM STAATLICHEN EIGENTUM

Die vorliegende Arbeit stellt die Bestimmungen des Gesetzes über landwirtschaftliches Grundstück betreffend der Verfügung über landwirtschaftliches Grundstück im staatlichen Eigentum dar. Zuerst werden allgemeine Bestimmungen zu Begriff und Status des landwirtschaftlichen Grundstücks vorgelegt. Im Anschluss dazu beschäftigt sich die Autorin mit den Grundlagen und Formen der Verfügung über landwirtschaftliches Grundstück im staatlichen Eigentum (Verpachtung, Verkauf, langfristige Verpachtung, Konzession).

Fast die Hälfte der genannten Gesetzesbestimmungen, die sich auf diese Verfügung beziehen, deuten geradezu auf die Bedeutung des landwirtschaftlichen Grundstücks im staatlichen Eigentum hin, sowohl in der Realisierung nationaler Verwaltungspolitik, als auch unmittelbar in der Zusammenlegung von landwirtschaftlichen Grundstücken im staatlichen Eigentum angesichts des gegenseitigen Einflusses der Verfügung über landwirtschaftliches Grundstück im staatlichen Eigentum, sowie über jenes im Privateigentum. Dabei stellt sich ständig die Frage angemessener Verhältnismäßigkeit

zwischen öffentlichem und privatem Interesse.

In dieser Hinsicht wird meist die Frage des Schutzes vom Privateigentum (im Sinne des Gesetzgebers) über landwirtschaftliches Grundstück von eventuellen Einschränkungen hervorgehoben.

Einführend wurde in diesem Zusammenhang erwähnt, dass für die Anwendung von Gesetzesbestimmungen, die bald nach der Erbringung des Gesetzes über landwirtschaftliches Grundstück getroffene Änderungen und Ergänzungen, sowie das Verfahren zur Verfassungsmäßigkeitsprüfung von einigen Gesetzesbestimmungen, wichtig sind. Darüber hinaus wird auf die Zusammenlegung vom landwirtschaftlichen Grundstück und auf die Realisierung von Zielen im Rahmen der Europäischen Union aufmerksam gemacht.

Schlüsselwörter: *Landwirtschaftliches Grundstück, staatliches Eigentum.*

Riassunto

IMPIEGO DEL FONDO AGRICOLO DI PROPRIETÀ DELLO STATO

Lo scopo di questo lavoro è di illustrare il contenuto delle disposizioni della legge sul fondo agricolo del 2008, che si riferiscono all'impiego del fondo agricolo di proprietà dello Stato.

Pertanto, accanto alle disposizioni generali concernenti la nozione e lo status giuridico del fondo agricolo, la maggiore parte del lavoro si riferisce ai fondamenti ed alle modalità di impiego del fondo agricolo di proprietà dello Stato (affitto, alienazione, affitto a lungo termine, concessione).

Una parte rilevante delle disposizioni di legge (quasi la metà) che si riferiscono proprio a tali impieghi chiaramente dimostra l'importanza del fondo agricolo di proprietà dello Stato nella realizzazione della politica nazionale concernente l'economia ed indirettamente il potenziamento del fondo agricolo, considerato che v'è una certa influenza reciproca tra impiego del fondo agricolo di proprietà dello Stato e quello di proprietà privata alla presenza della costante questione della proporzionalità tra interesse pubblico e privato.

Al riguardo, di frequente viene posta in rilievo la questione della tutela da possibili limitazioni della proprietà privata quando dal legislatore individuata quale fondo agricolo.

In proposito, all'inizio abbiamo illustrato le assai importanti disposizioni della legge che sono andate a modificare ed integrare il testo originale della legge sul fondo agricolo e che hanno permesso una più agevole applicazione dell'intera normativa, così come abbiamo preso in esame alcune disposizioni al vaglio del giudizio di legittimità costituzionale. In particolare, ci siamo concentrati anche sul potenziamento del fondo agricolo nella realizzazione dei fini prefissati nell'ambito delle politiche dell'Unione europea.

Parole chiave: *fondo agricolo, proprietà dello Stato.*

PRIMJENA NAČELA LEGITIMNIH OČEKIVANJA U PRAKSI UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Mr. sc. Inga Vezmar Barlek, sutkinja
Upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 35.077.2(497.5)
Ur.: 30. studenoga 2010.
Pr.: 1. ožujka 2011.
Stručni rad

Sažetak

U radu se iznosi sadržaj pojma načela legitimnih očekivanja i njegova primjena u pravnim situacijama koje nisu dovršene. Razmatra se mogućnost primjene tog načela u situacijama u kojima se kasnijom pojedinačnom mjerom javne vlasti (utemeljenoj na zakonu) utječe na prava pravnih subjekata iz pravnog odnosa koji je dovršen. U odnosu na ocjenu dopuštenosti primjene kasnijeg propisa, odnosno kasnije mjere javne vlasti razmatra se pojam «razumnosti» očekivanja pravnog subjekta. Ukazuje se na nužnost usporedbe privatnog i javnog interesa (pravne sigurnosti naspram načela zakonitosti i poduzimanja određenih mjera u javnom interesu) u svakom pojedinačnom slučaju.

Ključne riječi: *pravna sigurnost, zabrana retroaktivnosti, legitimna očekivanja, razumno očekivanje, subjektivna javna prava, načelo zakonitosti, spor pune jurisdikcije.*

1. UVOD

Legitimna očekivanja su pojam o kojem se danas raspravlja u kontekstu načela pravne sigurnosti redovito vezano uz zabranu povratnoga djelovanja propisa, odnosno stečena prava. Dakle, taj se pojam prvenstveno javlja uz promjene propisa i njegovo bi definiranje trebalo razjasniti je li moguće primijeniti novi propis na situaciju koja je započela prije njegovoga stupanja na snagu, ali nije dovršena. Kada bi, naime, bila dovršena radilo bi se o stečenom pravu gdje se primjenjuje pravilo o zabrani retroaktivnosti.¹ Također se primjenom načela legitimnih očekivanja može ocijeniti dopuštenost izricanja određenih novih (kasnijih) pojedinačnih mjera javne vlasti na pravne odnose koji su konačni. Drugim riječima, primjenom

1 Članak 89. 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 – ispravak, 76/10 i 85/10 – pročišćeni tekst.

načela legitimnih očekivanja može se odgovoriti i na pitanje je li i u kojoj mjeri moguće kasnijom mjerom javnopravnog tijela (koju je ovlašteno poduzeti izričitom zakonskom normom) utjecati na odnose koji su ranije dovršeni pojedinačnim aktom.

Naime temeljni sadržaj načela vladavine prava, između ostaloga, čini i sigurnost pravnog subjekta u svoju pravnu poziciju, posebice ukoliko je verificirana određenim pojedinačnim aktom. Ističe se i da bi pravni subjekti trebali biti u mogućnosti planirati aktivnosti sigurni u pravne posljedice svojeg djelovanja. To znači da u neriješenim pravnim situacijama, pravni subjekti očekuju rješenje situacije prema propisu koji vrijedi u vrijeme započinjanja njihovog djelovanja i koji poznaju. Stoga se o eventualnoj povredi načela vladavine prava može raspravljati ukoliko se na započeti pravni odnos primjene propisi ili mjere koje nisu bile na snazi u vrijeme poduzimanja djelovanja.² Postoje situacije u kojima je primjena takvih propisa ili mjera zakonita bilo zbog izričite zakonske odredbe kojom dolazi do primjene novog propisa ili nove mjere, bilo zbog uočavanja prevage javnog interesa nad privatnim interesom pravnog subjekta.

U odnosu na pravne odnose koji su započeti na način da je započeti odgovarajući postupak radi ostvarenja prava treba spomenuti ultraaktivno djelovanje propisa. To znači da se temeljem odluke zakonodavca prolongira djelovanje propisa koji je pravno prestao važiti; na postupke koji su bili pokrenuti, a rješenje nije doneseno (tzv. zatečeni predmeti).³ U takvim situacijama ne dolazi do primjene načela legitimnih očekivanja jer primjena staroga propisa načelno i ne bi trebala biti inherentna legitimnim očekivanjima pravnog subjekta. Upravo suprotno. No, ukoliko nema prijelaznih zakonskih odredbi temeljem kojih dolazi do ultraaktivne primjene propisa, stari propis mogao bi se primijeniti prema načelu legitimnih očekivanja.

Pojam legitimnih očekivanja je pojam čije se granice još uvijek istražuju u međunarodnoj i domaćoj sudskoj praksi. Uz temeljne pravne institute o kojima je potrebno razmišljati vezano uz pojam legitimnih očekivanja, nastavno se daje prikaz nekih stajališta Upravnog suda Republike Hrvatske⁴ koja izričito ili supstancijalno sadrže ovaj pojam.

2. STEČENA PRAVA

Stečena prava su pojam koji prvenstveno treba definirati radi primjene načela legitimnih očekivanja, a znače činjenicu da je pravni subjekt, već ušao u određenu pravnu situaciju.⁵ Faktički predstavljaju drugi aspekt retroaktivnosti i zabranjuju povratno djelovanje propisa odnosno primjenu propisa na slučajeve koji su nastali

2 Craig, P. i De Burca, G. (2003). *EU law – text, cases and materials*, Third edition. Oxford: University press. str. 380.

3 Ivančević, V. (1983). *Institucije upravnog prava*. Zagreb: Pravni fakultet, str. 81.

4 Dalje u tekstu: Upravni sud.

5 Perić, B. (1978). *Struktura prava*, Zagreb: Sveučilišna naklada Liber, str. 99.

prije njegovoga stupanja na snagu.⁶

Stečena prava su, dakle subjektivna prava nastala (stečena) u prošlom pravnom poretku koji je zamijenjen novim po kojemu ta prava ne bi mogla nastati.⁷ Pravna teorija i sudska praksa u tom dijelu je jasna: ta se prava respektiraju kako su stečena.

Tako se u pravnoj teoriji ističe da se *stečenim pravima mogu smatrati prava koja su pojedinci stekli na osnovi odluke nadležnog tijela pa kasnija promjena propisa ne smije i ne može utjecati na subjektivno pravo nastalo na temelju bivšeg propisa. U protivnom, kad bi se pojam stečenih prava proširio na zaštitu svih prava koja su u iracionalnom smislu postojala (dakle ne kao dosuđena i verificirana prava) i pripadala nekom pravnom subjektu, pomaka u pravnoj regulativi ne bi uopće bilo.*⁸

Ukoliko je, dakle određeno pravo stečeno, njega u pravilu neće biti potrebno štiti primjenom načela legitimnih očekivanja tako da se za razliku od stečenih prava, ovo načelo prvenstveno javlja u kontekstu neriješenih pravnih situacija.

3. LEGITIMNA OČEKIVANJA

Širi pojam koji se danas javlja uz pojam stečenih prava je pojam «pravna situacija» što obuhvaća različite situacije koje podliježu promjenama u zakonu.⁹

U tom okviru nalazi se prostor za razvoj načela legitimnih očekivanja pri čemu je razvoj ovoga načela nastao u primjeni upravnog, dakle javnog prava.¹⁰ Budući da pozadinu teorije o legitimnim očekivanjima čini nastojanje za sprječavanjem javne vlasti za potencijalnom zloupotrebom svojih ovlasti ili mogućim djelovanjem na štetu pojedinca. Stoga se u teoriji nalazi i stajališta da se suštinski radi o primjeni načela zakonitosti u radu uprave.¹¹ Tako su se legitimna očekivanja prvotno razvila u primjeni procesnih garancija subjektima u postupku, a danas je njihova primjena proširena i na materijalnopravne norme.

Europski sud pravde legitimna očekivanja svrstava u grupu općih pravnih načela¹² kao izvora prava Europske unije s interpretativnom ulogom. Kao praktična

6 Perić, B. *Struktura prava. Op. cit.*, str. 99.

7 Ibler, V. (1987). *Rječnik međunarodnog javnog prava*. Zagreb: Informator, str. 300.

8 Hrabar, D. (2005). *Retroaktivnost i stečena prava prema Obiteljskom zakonu*. Hrvatska pravna revija, broj: 5., str. 38 – 46. Zagreb: Inženjerski biro.

9 Račan, A. (2008). *Povratno djelovanje propisa*. Hrvatska pravna revija, broj: 9. str. 2. Zagreb: Inženjerski biro. Račan navodi kako pojam «pravna situacija» danas zamjenjuje pojam «stečenih prava».

10 Craig, P. i De Burca, G. *EU law – text, cases and materials, Third edition. Op. cit.*, str., 382 - 383.

11 Craig, P. i De Burca, G. *EU law – text, cases and materials, Third edition. Op. cit.*, str. 371.

12 *Court of Justice of the European Union*. Vidi vodič kroz informacije o Europskoj uniji. <http://www.entereurope.hr>. Mrežna stranica posjećena 13. kolovoza 2010. Opća načela su nepisane pravne norme koje nastaju kroz sudsku praksu.

funkcija općih načela prava ističe se njihova uloga u rješavanju spornih pitanja za koje ne postoji pisana pravna norma.

U teoriji prava Europske unije obrađuju se uz širi pojam pravne sigurnosti,¹³ čijim bitnim aspektom se smatra predvidljivost pa se kao podređeni pojmovi za primjenu načela pravne sigurnosti navode: neretroaktivnost, stečena prava i legitimna očekivanja.¹⁴

Radi primjene načela legitimnih očekivanja treba razlikovati pravu retroaktivnost od tzv. kvaziretroaktivnosti. Do prave retroaktivnosti dolazi kada se novo pravno pravilo primjenjuje na djelo ili posao koji je dovršen prije nego je pravilo stupilo na snagu. Kod kvaziretroaktivnosti radi se o primjeni novog pravnog pravila na djelo ili posao koji je u tijeku dovršenja. Kvaziretroaktivnost dovodi do iznevjerenosti legitimnih očekivanja pravnog subjekta, ako je pravni subjekt imao razložnu osnovu pretpostaviti da će njegov pravni položaj ostati neizmijenjen. Dakle legitimno očekivanje mora biti razumno i ne smije poslužiti nekom špekulativnom cilju pravnog subjekta. U tom slučaju jedino je razumno očekivanje da će vlasti reagirati na nezakonitu situaciju.¹⁵ Očekivanje ne može biti razumno, ako se sporna mjera mogla predvidjeti.¹⁶

Iz svega naprijed navedenoga proizlazi da je za odgovor na pitanje je li propis retroaktivno primijenjen ključno znati i što sadržajno predstavlja određeno pravo te kada se pravo treba smatrati stečenim. U odnosu, naime na taj trenutak promatra se je li došlo do povratnoga djelovanja propisa. Ukoliko pravo nije stečeno niti je pravna situacija dovršena treba procijeniti je li pravni subjekt imao razumnu osnovu očekivati rješavanje situacije na određeni način. Ako razumna osnova postoji potrebno je u ocjeni pravilne primjene propisa ići korak dalje i usporediti privatni interes pojedinca s javnim interesom o čemu će dalje biti govora.

Povratnim djelovanjem propisa ne smiju se vrijeđati opća pravna načela,¹⁷ što bi značilo da se ne smije vrijeđati ni načelo legitimnih očekivanja.

4. SUBJEKTIVNA JAVNA PRAVA - ZAŠTITA JAVNOG INTERESA I LEGITIMNA OČEKIVANJA

Subjektivna prava kao skup ovlaštenja koje imaju pravni subjekti (nositelji ovlaštenja i dužnosti u pravnom poretku) na osnovi postojanja objektivne pravne norme¹⁸ ostvaruju se podnošenjem odgovarajućega zahtjeva za ostvarenje prava.¹⁹

13 Craig, P. i De Burca, G. EU law – text, cases and materials, Third edition. *Op. cit.*, str. 371. i 380.

14 Hartley, T. C. (1999). Temelji prava Europske zajednice. Rijeka: Pravni fakultet, str. 149.

15 Hartley, T. C. Temelji prava Europske zajednice. *Op. cit.* str. 150 - 153. O kvaziretroaktivnosti vidi i Račan, A. Povratno djelovanje propisa. *Op. cit.*, str. 1 – 8.

16 Craig, P. i De Burca, G. EU law – text, cases and materials, Third edition. *Op. cit.* str. 383.

17 Račan, A. Povratno djelovanje propisa. *Op. cit.* str. 2.

18 Perić, B. (1988). Država i pravni sustav. Zagreb: Narodne novine, str. 7., 64. i 222.

19 Perić, B. Struktura prava. *Op. cit.*, str. 88.

U upravnom pravu njihovo ostvarivanje traži se od države (javnopravnog tijela) s kojom je podnositelj zahtjeva u odnosu subordinacije, u odnosu u kojem država nastupa kao nositelj vlasti, čijoj volji se pojedinac mora podrediti.²⁰ Unatoč tomu, budući da pravni subjekt ima ovlaštenje dobiti određeno pravo od države, on nesporno ima subjektivno pravo, a u teoriji takva se prava nazivaju subjektivnim javnim pravima.²¹

Promatrano iz kuta legitimnih očekivanja, subjektivno javno pravo značilo bi da pravni subjekt razumno očekuje da mu država, odnosno javnopravno tijelo prizna određeno pravo prema propisu koji je na snazi u vrijeme započinjanja određenog odnosa (primjerice podnošenja urednog zahtjeva za priznavanje prava). Odnosno da izricanjem određene mjere na koju je ovlašteno temeljem pozitivnog propisa ne povrijedi njegovo očekivanje nastalo ranijim općim ili pojedinačnim aktom. U takvim situacijama nužno dolazi do sukoba privatnog interesa pravnog subjekta (gdje pravna sigurnost traži predvidljivost i zaštitu postojećih odnosa) i javnog interesa (načela zakonitosti u radu uprave, odnosno njezinoga postupanja sukladno propisima koji vrijede u trenutku rješavanja, odnosno poduzimanja odgovarajućega postupanja).

Naime, imajući u vidu sistematizaciju pravnih normi prema teoriji interesa može se reći da norme upravnoga prava štite javni interes.²² Međutim istodobno te norme građanima, odnosno drugim pravnim subjektima daju određena prava, odnosno podjeljuju ovlaštenja da potražuju neko pojedinačno pravo od države (javnopravnog tijela).

Stoga, ovo znači da će zbog primjene načela legitimnih očekivanja određeni akt, postupanje ili druga mjera tijela javne vlasti biti nedopuštena ako u konkretnom slučaju privatni interes stranke ima prevagu nad javnim interesom. S druge strane, ako se ocijeni da je javni interes važniji ili je primjena kasnije mjere povoljnija za pojedinca, odnosno ako je načelo legitimnih očekivanja u cijelosti poštovano, moguće je primijeniti novi propis, odnosno izreći novu mjeru.

Međutim, nije odlučan svaki privatni interes, već samo onaj koji se temelji na razumnom očekivanju. Primjerice i Europski sud pravde je ocijenio zakonitom retroaktivnu primjenu određene mjere u poljoprivrednoj politici jer je bila poduzeta u javnom interesu (radi održanja tržišta). Premda se načelno smatra da se mjera utemeljena na novom propisu ne može primijeniti na situacije nastale prije nego što su se pravni subjekti imali prilike upoznati s novim propisom. Svakako treba imati u vidu da i Europski sud naglašava kako se dopuštenost primjene retroaktivne mjere samo iznimno ocjenjuje zakonitom.²³ Stoga je iz okolnosti svakoga pojedinog slučaja potrebno procijeniti postoji li razumno očekivanje pravnog subjekta i u kakvom je ono odnosu s javnim interesom koji se novim propisom / novom mjerom nastoji postići.

20 Ivančević, V. Institucije upravnog prava. *Op. cit.*, str. 9.

21 Perić, B. Struktura prava. *Op. cit.*, str. 103.

22 Ivančević, V. Institucije upravnog prava. *Op. cit.*, str. 8 - 9.

23 Craig, P. i De Burca, G. EU law – text, cases and materials, Third edition. *Op. cit.*, str. 380 - 382. Slučaj broj: 98/78, *Firma A. Racke protiv Hauptzollamt Mainz*.

O tzv. kvaziretroaktivnosti posebno treba istaknuti kako se javnopravnim tijelima zbog razvoja društvenih odnosa, treba omogućiti razvoj politika za koje su zadužena pa makar se time zahvaća i u pravne situacije koje su planirane prema ranijoj legislativi.²⁴

Može se zaključiti da se zaštita subjektivnih prava temelji na načelu legitimnih očekivanja samo ukoliko se dokaže da očekivanje pravnog subjekta ima razumnu osnovu i ako privatni interes pravnog subjekta, koji zahtijeva pravnu sigurnost prevladava nad javnim interesom, koji se ogleda u zakonitosti postupanja javnopravnih tijela i u kontekstu kojega javna vlast može (i mora) razvijati nove politike i donositi nove propise.

5. ZAŠTITA SUBJEKTIVNIH PRAVA U UPRAVNOM SPORU

Subjektivna prava, a s time u svezi i legitimna očekivanja, posebno značenje imaju u tzv. sporu pune jurisdikcije, jer osnovu takvog upravnog spora čini upravo povreda subjektivnog prava.

Naime, sadašnji upravni spor je pozitivnim Zakonom o upravnim sporovima prvenstveno konstruiran kao spor o zakonitosti upravnog akta.²⁵ Dakle kao spor koji se pred Upravnim sudom vodi radi ocjene je li odluka uprave zasnovana na zakonu: postoji li zakonitost ili ne.

Međutim, postojeći ZUS poznaje i spor pune jurisdikcije, jer Upravnom sudu podjeljuje ovlaštenje da presudom koja zamjenjuje upravni akt riješi konkretnu upravnu stvar, a ne samo ocijeni zakonitost upravnog akta.²⁶ Za razliku od spora o zakonitosti upravnog akta, pravnu osnovu spora pune jurisdikcije čini povreda nekoga subjektivnog prava pri čemu su ovlaštenja suda nesumnjivo šira u ovoj vrsti spora i ona se (za razliku od spora o zakonitosti) približuju u velikoj mjeri ovlaštenjima suda u građanskom sporu.²⁷

Iako se postojeći upravni spor prvenstveno vodi kao spor o zakonitosti upravnog akta, nesumnjivo je povezan sa sporom pune jurisdikcije te se ciljevi zaštite jednog (načelo zakonitosti), odnosno drugoga spora (povreda subjektivnih prava) međusobno isprepliću.²⁸ Tako se može reći da štiteći zakonitost Upravni sud štiti i subjektivna prava, kao što štiteći subjektivna prava istodobno štiti i zakonitost, jer ne može pravnom subjektu dodijeliti pravo ako to nije utemeljeno na zakonu.

24 Craig, P. i De Burca, G. EU law – text, cases and materials, Third edition. *Op. cit.*, str. 382.

25 Članak 1. Zakona o upravnim sporovima. Narodne novine, broj: 53/91, 9/92 i 77/92. *Radi osiguranja sudske zaštite prava građana i pravnih osoba te radi osiguranja zakonitosti sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti akata kojima državni organi i organizacije koje imaju javne ovlasti rješavaju o pravima i obvezama u upravnim stvarima.* Dalje u tekstu: ZUS.

26 Članak 42. stavak 3. ZUS-a. *Kad sud nađe da se osporeni upravni akt ima poništiti, može, ako priroda stvari to dopušta i ako podaci postupka daju pouzdanu osnovu za to, presudom riješiti upravnu stvar. Takva presuda u svemu zamjenjuje poništeni akt.*

27 Borković, I. (1987). Upravno pravo. Zagreb: Informativ, str. 411.

28 Borković, I. Upravno pravo. *Op. cit.*, str. 412.

Reforma upravnog spora u tom dijelu donosi temeljite promjene. Novi upravni spor trebao bi se voditi prvenstveno kao spor pune jurisdikcije, što, imajući u vidu ranije navedeno da pravnu osnovu takvoga spora čini povreda subjektivnog prava, doprinosi ojačanju sudske zaštite prava pojedinaca u upravnom sporu. Sve to proizlazi iz odredbi novog ZUS-a o usvajanju tužbenog zahtjeva, koje apostrofiraju dužnost upravnog suda da riješi upravnu stvar: odluči o pravu/obvezi (pa i u sporovima koji se vode radi šutnje uprave), a ne samo ocijeni zakonitost odluke/postupanja javnopravnog tijela (osim u zakonom određenim slučajevima: kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili kad se radi o rješavanju javnopravnih tijela po slobodnoj ocjeni).²⁹

To još više dolazi do izražaja u odredbama novog ZUS-a kojima se propisuju odluke žalbenog suda (Visokog upravnog suda Republike Hrvatske), koji u slučaju osnovanosti žalbe mora presudom riješiti upravnu stvar u sporu pune jurisdikcije.³⁰ U ovom slučaju ne postoji zakonom propisana druga mogućnost sukladno kojoj bi taj Sud mogao odlučiti o žalbi. Neovisno o tome je li ovo rješenje u svim slučajevima osnovanosti žalbe i ispravno sa stajališta pravne teorije, ono je posljedica uočavanja sve veće važnosti ostvarivanja subjektivnih prava u upravnom sporu te je s tog gledišta nesporno postupovno učinkovito.

Pa iako se trenutno u Republici Hrvatskoj upravni spor vodi prvenstveno kao spor o zakonitosti upravnog akta, Upravni je sud i u tom sporu, kao i u sporu pune jurisdikcije pružio zaštitu subjektivnim pravima građana, a time i njihovim legitimnim očekivanjima.

6. LEGITIMNA OČEKIVANJA KROZ PRAKSU UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Pojam legitimnih očekivanja koristi se u tumačenjima Upravnog suda izričito, ali postoje i odluke u kojima on nije eksplicitno korišten, međutim iz tumačenja Suda može se zaključiti da ga je Sud sadržajno imao u vidu. Pri tomu se radi o korištenju toga pojma ne samo radi osiguranja procesnih garancija već ga se razumijeva u njegovom punom smislu, dakle i u materijalnopravnom smislu.

29 Narodne novine, broj: 20/10. Dalje u tekstu: novi ZUS. Članak 58. novog ZUS-a. *Usvajanje tužbenog zahtjeva. (1) 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. (3) Ako sud utvrdi da javnopravno tijelo nije u propisanom roku donijelo pojedinačnu odluku koju je prema propisima trebalo donijeti, presudom će usvojiti tužbeni zahtjev i sam riješiti stvar, osim kada to ne može učiniti s obzirom na prirodu stvari ili je tuženik rješavao po slobodnoj ocjeni. Tada će tuženiku narediti donošenje odluke i za to mu odrediti primjereni rok.* Prema odredbi članka 92. stupa na snagu 1. siječnja 2012.

30 Članak 74. stavak 2. novog ZUS-a. *Ovlasti Visokog upravnog suda u odlučivanju po žalbi. Visoki upravni sud poništiti će prvostupanjsku presudu te će sam otkloniti nedostatke i presudom riješiti stvar ako utvrdi da je upravni sud počinio bitnu povredu pravila sudskog postupka, da je pogrešno ili nepotpuno utvrdio činjenično stanje ili da je pogrešno primijenio materijalno pravo.*

Do izričitoga korištenja pojma legitimnih očekivanja dolazi, primjerice, u predmetima ukidanja pravomoćne građevinske dozvole po pravu nadzora (odnosno potvrde glavnog projekta na temelju koje postoji pravo gradnje), pri čemu se Upravni sud rukovodi praksom Ustavnog suda Republike Hrvatske.

Tako Upravni sud navodi: *Imajući u vidu da je poništena građevinska dozvola postala pravomoćna valja početi od shvaćanja Ustavnog suda Republike Hrvatske iznesenog u odluci broj: U-IIIB-1373/2009 od 7. srpnja 2009. («Narodne novine», broj: 88/09). Naime, u toj odluci Ustavni sud Republike Hrvatske navodi da su podnositelji imali legitimno očekivanje da će uvjeti iz građevinske dozvole biti ispunjeni s obzirom da se to temeljilo na razumno opravdanom povjerenju u konačni i pravomoćni upravni akt koji je imao valjanu pravnu osnovu, u kojem slučaju je zahtjev dostatno ustanovljen, a time i ovršan, što ga kvalificira kao «imovinu» u smislu članka 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Ustavni sud nadalje zaključuje da je takvo legitimno očekivanje samo po sebi konstitutivno za vlasnički interes tužitelja pa je pravomoćna građevinska dozvola sastavni dio imovine tužitelja koja spada pod jamstvo iz članka 48. stavka 1. Ustava Republike Hrvatske i članka 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju. Stoga da u svakom pojedinom slučaju mora postojati razuman odnos razmjernosti između sredstava koja se koriste pri oduzimanju i ograničavanju vlasništva i ciljeva koje se time nastoje postići. Miješanje u vlasništvo mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.*³¹

U postupanju javnopravnih tijela u postupcima upravnog nadzora, koji se može provesti u striktno određenom zakonskom roku, Upravni sud je stajališta kako u propisanom roku rješenje doneseno u postupku po pravu nadzora mora biti i dostavljeno strankama, a ne samo otpremljeno iz javnopravnog tijela. Budući da aspekta zaštite legitimnih očekivanja stranaka i zajamčene im pravne sigurnosti, izvjesnosti, u postupcima u kojima se odlučuje o njihovim pravima i obvezama ne može se smatrati da je osporeno rješenje doneseno pravodobno, ako u roku nije strankama i dostavljeno.³²

Ključni pojam legitimnih očekivanja sadržan je i u stajalištu Suda o stjecanju hrvatskog državljanstva, prema kojem se o zahtjevu za primitak u hrvatsko državljanstvo odlučuje temeljem činjeničnog stanja kakvo postoji u vrijeme podnošenja zahtjeva.³³ Ovo stajalište posljedica je činjenice da su upravni postupci u tim stvarima relativno dugi, pa podnositelji zahtjeva koji su ispunjavali uvjete za

31 Presude Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-10267/2006 od 15. siječnja 2010. i Us-29/2006 od 19. studenog 2009.

32 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-771/2006 od 6. rujna 2006. Novi Zakon o općem upravnom postupku (dalje u tekstu: ZUP) sada izričito propisuje obvezu da se u slučaju poništenja ili ukidanja rješenja nakon njegove pravomoćnosti, rješenje mora u zakonskom roku i dostaviti strankama (članak 131. stavak 2.). Narodne novine broj: 47/09.

33 Presude Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-9186/2005 od 3. rujna 1998. i Us-5974/2001 od 20. listopada 2005. U posljednje navedenoj odluci Sud se pozvao i na stajališta Ustavnog suda Republike Hrvatske izražena u više odluka npr.: U-III-1313/97, U-III-420/96, U-III-2125/01.

priznavanje prava u trenutku podnošenja zahtjeva, zbog dugotrajnosti postupka više ne ispunjavaju uvjete u trenutku rješavanja. Iako stranke mogu koristiti procesna sredstva u okviru instituta šutnje uprave kako bi se zaštitile od neaktivnosti uprave, dugotrajno rješavanje zahtjeva im ne bi trebalo ići na štetu u ostvarivanju njihovih prava, jer su zakonske norme o rokovima za rješavanje zahtjeva usmjerene i prema javnopravnim tijelima.³⁴

Mogli bismo reći da je Sud o legitimnim očekivanjima stranke vodio računa i u predmetima iz mirovinskog osiguranja. Tako je primjerice prihvatio argumente tužiteljice da je imala svojstvo osiguranika radnika unatoč činjenice što joj poslodavac zbog nelikvidnosti nije isplatio plaće. Naime, radni odnos time nije prestao, te je tužiteljica opravdano tvrdila da ima svojstvo osiguranika temeljem važećeg ugovora o radu i za vrijeme kada joj plaća nije isplaćena.³⁵ Isto tako Sud je ocijenio da zbog statusnih promjena poslodavca tužitelj ne može izgubiti pravo na utvrđivanje staža osiguranja s povećanim trajanjem, jer je temeljem važećeg ugovora o radu radio na tim poslovima.³⁶ U pozadini, ovih stajališta nalaze se legitimna očekivanja stranaka. I to očekivanja koja su razumna jer su utemeljena na važećem ugovoru o radu i u postojećim propisima. Iako Sud nije izričito koristio taj termin prilikom donošenja navedenih presuda, sadržajno on je prisutan.

S druge strane Sud nije našao osnovanom tvrdnju tužiteljice da joj se pravo na doplatak za djecu prizna prije ispunjenja zakonskih uvjeta (prebivališta u Republici Hrvatskoj).³⁷ Očekivanje tužiteljice da se pravo prizna prije ispunjenja Zakonom propisanih uvjeta svakako nije bilo ni razumno ni legitimno.

Također nije prihvaćen argument tužitelja u predmetu uklanjanja građevine, koji je tvrdio da mu je uklanjanje neutemeljeno naređeno jer je građevina izgrađena sukladno sada postojećoj prostorno – planskoj dokumentaciji (naknadno donesenoj, odnosno donesenoj nakon gradnje), iako građevinu nije izgradio sukladno pravomoćnoj građevinskoj dozvoli (izdanoj prije novog prostornog plana).³⁸ Tužitelj naime nije mogao imati razumno očekivanje da će se građevina, koja je izgrađena protivno pravomoćnom odobrenju za građenje, smatrati legalno izgrađenom građevinom. Čak i da je to sada sukladno novoj prostorno – planskoj dokumentaciji, tužitelj o tomu mora imati novi akt: njegovo pravo mora biti priznato, dakle na odgovarajući način verificirano.

Isto tako ako novi vlasnik kupi građevinu izgrađenu bez građevinske dozvole, uklanjanje građevine se nalaže novom vlasniku.³⁹ On mora predvidjeti posljedicu nelegalne gradnje – rušenje objekta, a s obzirom na to da je takva posljedica

34 Zahtjev stranke treba biti neposredno riješen u roku od 30 dana od dana podnošenja urednog zahtjeva, a ako se provodi ispitni postupak u roku od 60 dana od dana podnošenja urednog zahtjeva. Žalbu treba riješiti u roku od 60 dana od dana predaje uredne žalbe, u kojim rokovima rješenje treba stranci biti i otpremljeno. Članak 101. i članak 121. ZUP-a.

35 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-5114/2006 od 12. veljače 2009.

36 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-6618/2002 od 16. studenog 2006.

37 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-6212/2002 od 20. listopada 2005.

38 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-9542/2001 od 20. listopada 2005.

39 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-7642/2003 od 8. rujna 2005.

predvidljiva (dakle predvidljiva je upravna mjera koja će uslijediti) ne bi se moglo prihvatiti razumnim očekivanjem da zbog promjene vlasnika do rušenja neće doći.

Legitimna očekivanja mogu se naći i u stajalištima Suda vezanim uz povjerenje stranke u pravomoćni upravni akt. Tako okolnosti i činjenice, nastale nakon donošenja konačnog rješenja, ne mogu biti od utjecaja na ocjenu ništavosti rješenja.⁴⁰ Do ništavosti može dovesti samo razlog koji je postojao u trenutku donošenja akta. Isto tako premda je o pravu iz mirovinskog osiguranja riješeno privremenim rješenjem (jer za izračun mirovine nisu bili poznati svi podaci o stažu i plaći), to se rješenje može u priznavanju prava izmijeniti samo upotrebom izvanrednih pravnih lijekova.⁴¹ Naime, iako privremeno, to je samostalno rješenje u pogledu pravnih lijekova i izvršenja te i ono stječe svojstvo konačnosti, odnosno pravomoćnosti što znači da se i u odnosu na takav akt primjenjuje načelo zaštite stečenih prava stranaka.

7. ZAKLJUČAK

Načelo legitimnih očekivanja u zaštiti subjektivnih prava danas je opće-prihvaćeno interpretativno načelo u domaćoj i međunarodnoj sudskoj praksi čije se granice još razvijaju i u pravnoj teoriji i u sudskoj praksi.

Promatra se u okviru širega načela pravne sigurnosti – koje prvenstveno zaštićuje privatni interes pravnih subjekata. Suprotstavljeno mu je načelo zakonitosti, prema kojem sva postupanja tijela državne vlasti moraju biti utemeljena na pozitivnim propisima, važećim u trenutku poduzimanja postupanja. U tom smislu promatrano načelo zakonitosti štiti javni interes.

Zbog toga, načelo legitimnih očekivanja prvenstveno je razvijeno u domeni javnoga prava radi zaštite pravnih subjekata od mogućega nezakonitog djelovanja javne vlasti. S druge strane, tijelima državne vlasti ne smije se odreći dužnost i nužnost provođenja novih politika i donošenja novih propisa, općih ili pojedinačnih akata, što može biti u sukobu s pravnom sigurnošću.

Ukoliko je pravna situacija dovršena na način da je određeno pravo priznato, radi se o stečenom pravu pa vrijedi načelo zabrane povratnim djelovanja propisa. Međutim i u dovršenim pravnim situacijama može doći do primjene načela legitimnih očekivanja ukoliko tijelo javne vlasti na dovršen pravni odnos poduzme odgovarajuću pojedinačnu mjeru na koju je iznimno ovlašteno izričitom zakonskom normom. Dopustivost poduzimanja takve mjere može se ocijeniti primjenom načela legitimnih očekivanja: povjerenja u konačni pojedinačni akt kojim je pravo priznato nasuprot ovlaštenju javne vlasti da ponovno zadire u dovršenu situaciju.

S druge strane u nedovršenim pravnim situacijama (koje nisu okončane odgovarajućim pojedinačnim aktom) dopustivost promjena u položaju pravnog subjekta do kojih dolazi zbog izmjene propisa ili nekih drugih okolnosti, može se ocijeniti primjenom načela legitimnih očekivanja.

40 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-251/1985 od 12. lipnja 1985.

41 Presuda Upravnog suda Republike Hrvatske broj: Us-6564/2005 od 21. svibnja 2008.

Legitimno očekivanje pravnog subjekta mora imati razumnu osnovu, što je teško apstraktno definirati i «razumnost» treba ocijeniti ovisno o okolnostima konkretnoga slučaja. Tek ako je očekivanje razumno moguće je suprotstaviti privatni interes pravnog subjekta (pravnu sigurnost) javnom interesu (načelu zakonitosti te poduzimanju određenih mjera u javnom interesu) i ovisno o rezultatu ocijeniti je li primjenom novog propisa ili određene kasnije mjere državnog tijela, povrijeđeno načelo legitimnih očekivanja.

Summary

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE EXPECTATIONS IN THE PRACTICE OF THE ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA

The author in the article presents a content of the notion of legitimate expectations principle and its application in uncompleted legal situations. Moreover, she discusses the application of this principle in cases in which public body influences the rights of private parties who entered in a legal relationship by individual measure (based on law) adopting it after the relationship is completed. Having in mind the lawfulness of application of subsequent regulation, i.e. of subsequent measure of the public body, the author analyses the notion of “reasonableness” of expectations of a legal subject. Moreover, she emphasizes the need to compare a private and public interest (legal security versus principle of legality and adaptation of certain measures in public interest) in every individual case.

Key words: *legal security, prohibition of retroactivity, legitimate expectations, reasonable expectations, subjective public rights, principle of legality, dispute of full jurisdiction.*

Zusammenfassung

ANWENDUNG DES PRINZIPIES DER LEGITIMEN ERWARTUNGEN IN DER RECHTSPRECHUNG DES VERWALTUNGSGERICHTES DER REPUBLIK KROATIEN

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Prinzip der legitimen Erwartungen und seiner Anwendung in nicht beendeten Rechtssituationen. Insbesondere wird geprüft, ob dieses Prinzip auch in Fällen, wenn durch eine nachfolgend stattfindende Maßnahme der öffentlichen Behörden (auf Grund Gesetzes) Rechte von Rechtssubjekten aus einem nicht beendeten Rechtsverhältnis beeinflusst werden, anzuwenden ist. In Bezug auf die Beurteilung ob die Anwendung einer nachfolgenden Verordnung, bzw. einer Maßnahme der Behörde zulässig ist, betrachtet die Autorin den Begriff „Billigkeit“ der Erwartungen von Rechtssubjekten und weist auf die Notwendigkeit eines Vergleiches des privaten und öffentlichen Interesses (Rechtssicherheit an der einer Seite und Legalitätsprinzip und Ergreifen von Maßnahmen im öffentlichen Interesse and der anderen) in Einzelfällen hin.

Schlüsselwörter: *Rechtssicherheit, Rückwirkungsverbot, legitime Erwartungen, billige Erwartungen, subjektiv-öffentliche Rechte, Legalitätsprinzip, Streitigkeit voller Gerichtsbarkeit.*

Riassunto

APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLE LEGITTIME ASPETTATIVE NELLA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Nel contributo si tratta il contenuto del principio della legittima aspettativa e la sua applicazione nelle situazioni giuridiche che non sono portate a termine, come pure si valuta la possibilità di applicare tale principio in quelle situazioni nelle quali con una successiva singola misura dell'autorità pubblica (fondata nella legge) si influisce sui diritti dei soggetti giuridici nascenti da un rapporto giuridico concluso. Riguardo alla valutazione dell'ammissibilità dell'applicazione della disposizione successiva, ossia della successiva misura dell'autorità pubblica, si esamina la nozione di "ragionevolezza" delle aspettative del soggetto giuridico, come anche si rileva la necessità di comparare l'interesse privato con quello pubblico (della certezza del diritto avverso il principio di legalità e di esercizio di determinate misure nell'interesse pubblico) in ogni singolo caso.

Parole chiave: *certezza del diritto, divieto di retroattività, legittime aspettative, aspettativa ragionevole, diritti soggettivi pubblici, principio di legalità, regolamento di giurisdizione.*

ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA IZ ČLANKA 1. PROTOKOLA 1. EUROPSKE KONVENCIJE U PRAKSI UPRAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Tamara Bogdanović, dipl. iur.,
viša sudska savjetnica
Upravni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.23:341.231.14(4)
Ur.: 30. studenog 2010.
Pr.: 15. siječnja 2011.
Stručni rad

Sažetak

Rad je koncipiran u tri dijela. U prvom se kroz praksu Europskog suda razmatraju aspekti prava na mirno uživanje vlasništva, u smislu izjednačavanja pojma vlasništva s pojmom imovine, zaštite stečenih prava i zaštite legitimnih očekivanja. U drugom se razmatra praksa Mirovinsko-invalidsko-zdravstvenog odjela Upravnog suda RH u suodnosu s relevantnim stajalištima Ustavnog suda RH. U trećem se daje kratki osvrt na praksu Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda RH u svezi s primjenom članka 1. Protokola 1. Europske konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Ključne riječi: *pravo vlasništva, članak 1. Protokol 1., upravni sud.*

1. UVOD

Prema pravnoj teoriji građanskog prava pojam vlasništva mogli bi definirati kao pravni odnos u kojem snagom pravne norme određena stvar u cijelosti pripada određenom pravnom subjektu.¹ U Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima² (članak 1. stavak 1.) propisano je da svaka fizička i pravna osoba može biti nositeljem prava vlasništva, a i drugih stvarnih prava, prava služnosti, prava iz stvarnog tereta, prava građenja i založnog prava na svemu što može biti objektom tih prava, ako zakonom nije drugačije određeno. Predmet prava vlasništva i drugih stvarnih prava može biti svaka pokretna (pokretnina) ili nepokretna stvar (nekretnina), osim onih koje nisu za to sposobne (članak 2.). Iz navedene zakonske odredbe proizlazi bi da je pravo vlasništva pravo određenog subjekta na određenoj pokretnoj ili nepokretnoj stvari, koja je u slobodnom pravnom prometu.

1 Vedriš M. i Klarić P. D., *Osnove imovinskog prava*, 5. izdanje, Pravni fakultet, Zagreb, 1984., str. 174.

2 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 46/08 i 38/09.

Ustav Republike Hrvatske³ izrijekom i na nedvosmislen način jamči pravo vlasništva (stavak 1. članak 48.), kao i pravo nasljeđivanja (stavak 4. članak 48.), te je nepovredivost prava vlasništva sastavni dio najviših vrednota ustavno-pravnog poretka Republike Hrvatske (članak 3.) i stoga jedno od temeljnih načela tumačenja Ustava. Ustavopravni koncept prava vlasništva u Republici Hrvatskoj širi je od tradicionalnog građansko-pravnog koncepta, jer obuhvaća sva stvarna i tome srodna prava.

Mogućnost ustavnosudske zaštite je prema članku 48. Ustava Republike Hrvatske proširena i na područja zaštite stanarskog prava i iz toga izvedenog prava najmoprimstva, pretvorbu i privatizaciju bivšeg društvenog vlasništva, denacionalizaciju, pravo na rezervaciju dionica (pravo prijašnjeg vlasnika u odnosu na postupak denacionalizacije), postupak izdavanja građevinske dozvole, zaštitu svih stvarnih prava kao prava imovinskog karaktera, zaštitu svih imovinskih prava (dakle i obveznih), zaštitu prava okoliša, zaštitu osnivačkih uloga u trgovačkim društvima, bespravnu gradnju, pa čak i na problematiku zatezних kamata.⁴

Za dio prethodno navedenih područja sudske pravne zaštite, npr. u predmetima naknade za oduzetu imovinu, izdavanja lokacijskih i građevnih dozvola, bespravne gradnje i djelomično za zaštitu okoliša, nesumnjivo je, prije nego što predmet po ustavnoj tužbi dođe na Ustavni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustavni sud) nadležan Upravni sud Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Upravni sud).

Stoga, nema zapreke da se već kroz upravni spor strankama pruži zaštita prava vlasništva iz članka 1. Protokola 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Konvencija). Napominjemo, da je nakon posljednjih izmjena i Ustavom Republike Hrvatske (stavak 3. članak 118.), propisano da sudovi sude na temelju Ustava, zakona, međunarodnih ugovora i drugih važećih izvora prava. Time su sudovi i nadalje obvezni izravno primjenjivati Konvenciju i njoj pripadajuće Protokole, u skladu sa ratifikacijskom izjavom Republike Hrvatske.

Konvencija je zaključena u Rimu 1950. godine, a 1952. godine u Parizu Konvenciji je dodan članak 1. Protokola 1., kojim je Konvenciji pridodana i zaštita prava vlasništva. Konvencija je međunarodni ugovor specifičnog karaktera kojim je uspostavljena međunarodna zaštita ljudskih prava na regionalnoj razini, prema kojem se pojedinac može izravno obratiti stalnom Europskom sudu za ljudska prava u Strasbourgu (u daljnjem tekstu: Europski sud), uz uvjet prethodnog iscrpljenja svih nacionalnih pravnih lijekova.⁵

Republika Hrvatska je pristupila Konvenciji, ratificirala je i objavila,⁶ te položila ratifikacijsku izjavu, pa je Konvencija punopravno primjenjiva u hrvatskom pravnom poretku od 5. studenog 1997. godine.

3 Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine 85/10 - pročišćeni tekst.

4 Radolović, A., Jamstvo prava vlasništva u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava, *Pravo u gospodarstvu*, broj 49., 2010., str. 5.

5 Bonifačić, M., Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i autonomni koncept vlasništva prema Konvenciji, *Pravo i porezi*, broj 4., 2006., Zagreb, str. 88.

6 Ratifikacija i objava Konvencije, Narodne novine – međunarodni ugovori, 18/97, 6/99 – pročišćeni tekst, 9/99 – ispravak i 14/02.

Podsjećamo da je Europski sud kroz svoju praksu, zaštitu ljudskih prava proširio s građanskih i kaznenih postupaka i na upravne postupke. Za ostvarenje zaštite pred Europskim sudom, nije presudno koje je tijelo u državi potpisnici nadležno za postupanje u konkretnom predmetu, nije odlučujuća ni priroda pravnog područja koja uređuje sporni pravni odnos, npr. građansko ili upravno-pravno područje, niti se primjena tog pojma ograničava na sporove među privatnim strankama, već je dovoljno da ishod nekog postupka ima izravan učinak na određivanje ili sadržaj građanskih (privatnih) prava i obveza.

Prema dosadašnjoj praksi Europskog suda, proizlazi da je za ostvarenje nadležnosti suda potrebno kumulativno ispuniti tri uvjeta: 1) postojanje prava ili obveze građanske naravi, 2) postojanje spora u odnosu na to građansko pravo i 3) postojanje odluke, tj. sudske presude u takvom sporu.⁷

Pod prvi uvjet, tj. pravo ili obvezu građanske naravi većinom će potpadati slučajevi iz područja privatnog prava, a iznimno oni iz područja javnog prava. To mogu primjerice biti slučajevi izdavanja raznih dozvola, kao što su građevinske dozvole i dozvole za korištenja zemljišta, postupci izvlaštenja i naknade za izvlaštenje, postupci vezani uz mirovinsko i zdravstveno osiguranje, postupci vezani uz privatne ugovore, ali i ugovore između države i pojedinaca, autorsko pravo, naknada štete i obiteljsko pravo, postupci vezani uz pravo na obavljanje određene profesije, a od 2007. godine i naknade štete u javnoj službi.

Za velik dio ostvarenja subjektivnih prava iz navedenih pravnih područja prema zakonima Republike Hrvatske nadležna su razna upravna tijela. Prema Zakonu o upravnim sporovima⁸ (članak 1.) za pružanje sudske zaštite protiv odluka tih upravnih tijela nadležan je Upravni sud.

2. POJAM VLASNIŠTVA PREMA PRAKSI EUROPSKOG SUDA

Članak 1. Protokola 1. pod naslovom *Zaštita vlasništva* glasi: Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svog vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svog vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Prethodne odredbe, međutim ni na koji način ne umanjuju pravo države da primjeni zakone koje smatra potrebnim da bi uredila uporabu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.

U prvoj rečenici stavka 1. članka 1. Protokola 1. sadržano je osnovno pravilo o mirnom uživanju vlasništva i tom se odredbom jamči mirno uživanje vlasništva. Odstupanja od zabrane povrede uživanja vlasništva, nabrojena u navedenom tekstu odredbe, da bi se mogla opravdati, moraju biti primjerena i proporcionalna cilju koji se mjerom želi postići, u skladu s općim načelima europskog prava, i to načelom

⁷ Vidi opširnije Blackstone's Human Rights Series, Leach, P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2nd ed, Oxford University Press, 2005.

⁸ Zakon o upravnim sporovima, Narodne novine 53/91, 9/92 i 77/92.

razmjernosti, koje je uneseno i u novi Zakon o općem upravnom postupku⁹ (članak 6.) kao načelo razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa. U vezi s time posebno se ističe kako jamstvo vlasništva ne ovlašćuje Europski sud da se upliče u socijalnu i ekonomsku politiku država članica.¹⁰

Primjeri šireg shvaćanja autonomnog pojma vlasništva prema Protokolu 1. su brojni. Kao vlasništvo u precedentnom pravu Protokol 1. smatra klasične pokretnine i nekretnine, stvarna prava (*prava in rem*) i u manjoj mjeri obvezna prava (*prava in personam*). Vlasništvo je tangibilno, ali i netangibilno vlasništvo, intelektualno vlasništvo, pa donekle i izvedenica od vlasništva, kao što su legitimna očekivanja i stečena prava.¹¹

Od značaja je da je riječ o imovinskom pravu, koje ima neku izrazivu novčanu vrijednost, iako se u koncipiranju pojma vlasništva Europski sud vrlo često poziva na okolnosti konkretnog slučaja. Ako u nekoj presudi, Europski sud, za taj konkretan slučaj prihvati da je nešto pravo vlasništva, moguće je da će u tom slučaju tužitelj izgubiti spor, s obrazloženjem da u tom slučaju vlasništvo nije bilo ometano od države ili da je miješanje države u vlasništvo bilo opravdano. Za primjer možemo izdvojiti da članak 1. Protokola 1. za predmete izvlaštenja vlasnika svakoj državi postavlja tri bitna uvjeta, a to su da je mogućnost izvlaštenja propisana zakonom, da je u javnom interesu i da je nužno u demokratskoj državi.

Autonomni pojam vlasništva prema članku 1. Protokola 1. slijedom konkretnih primjera prakse Europskog suda i ranijeg konvencijskog tijela Komisije za ljudska prava, osim klasičnih tangibilnih stvari obuhvaća također: dionice (odluka Komisije za ljudska prava *Bramelid and Malstroem*¹²), poslovni ugled (presuda *Van Marle*¹³), dozvole, odobrenja (presuda *Tre Traktoerer*¹⁴), obavljanje zanimanja (presuda *Koenig*¹⁵), urbanističku plansku dozvolu (presuda *Pine Valley Developements*¹⁶), pravo povrata poreza kao stečeno pravo na restituciju (presuda *National and Provincial Building Society*¹⁷), eksproprijacijski zahtjevi za naknadu (presuda *Akkus*¹⁸), presudu iz zahtjeva za naknadu glede zemljišnih reformskih zahvata

9 Zakon o općem upravnom postupku, Narodne novine 47/09.

10 Gavella, N., Jamstvo vlasništva iz članka 1. prvog Protokola uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik radova - Europsko privatno pravo, Pravni fakultet Zagreb, 2002., str. 45.

11 Bonifačić M., Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i autonomni koncept vlasništva prema Konvenciji, Pravo i porezi, broj 4., 2006., RRIF Zagreb, str. 89.

12 Odluka Komisije za ljudska prava *Bramelid and Malstroem* protiv Švedske od 12.10.1982., zahtjevi broj: 8588/79 i 8589/79.

13 Presuda *Van Marle* i drugi protiv Nizozemske od 26.6.1986., u toj se presudi obrazlaže da su tužitelji računovođe izgradili klijentelu, a to je u mnogome osobina privatnog prava i čini imovinu i zato vlasništvo.

14 Presuda *Tre Traktoerer AB* protiv Švedske od 7.7.1989.

15 Presuda *Koenig* protiv Njemačke od 28.6.1978.

16 Presuda *Pine Valley Developements LTD* i drugi protiv Irske od 29.11.1991.

17 Presuda *National and Provincial Building Society* i drugi protiv Velike Britanije od 23.10.1997.

18 Presuda *Akkus* protiv Turske od 9.7.1997.

(presuda Almeida Garrett i drugi¹⁹), arbitražom utvrđeno pravo u pogledu spora dokinuto zakonom (presuda Stratis Andreadis i Stran Greek refineries²⁰), legitimno očekivanje kod zahtjeva za naknadu štetu (presuda Pressos Compania Naviera²¹), odvjetničke troškove (presuda Ambruosi²²), intelektualno vlasništvo u smislu patenta (presuda British American Tobacco²³) i autorskih prava (odluka Komisije Aral²⁴) i pitanje dokaza vlasništva (presuda Holy Monasteries²⁵).²⁶

Pored uobičajenog pojma vlasništva, Europski sud tim pojmom obuhvaća i sva stečena prava neke osobe, uključujući takva privatnopravna dobra neke osobe kao što je pravo na sklapanje ugovora o najmu stana (Mellacher i ostali protiv Austrije iz 1989.), stečena prava u sastavu mirovinskog ili socijalnog osiguranja (Vasilopoulou protiv Grčke iz 2002.).²⁷

Članak 1. Protokola 1. uz Konvenciju jedini je članak Konvencije koji spominje i pravnu osobu, a njegov je smisao zaštita fizičkih i pravnih osoba od države, ali ne od drugih pojedinaca i pravnih osoba. Konvencijski pojam *possession* u smislu *property* ima u vidu postojeće vlasništvo (*existing possessions*), a stjecanje prava vlasništva samo kao legitimno očekivanje (*legitimate expectation*). U predmetu Marckx protiv Belgije iz 1979. Europski sud je zaključio da se radi o povredi članka 1. Protokola 1. zato što majka nije mogla oporučno raspolagati, te njezina kći nije ostvarila očekivano stjecanje imovine, ali da očekivano stjecanje imovine nije zaštićeno člankom 1. Protokola 1. Isto je tako sud u predmetu Van der Mussele protiv Belgije iz 1983. izrazio stajalište da zahtjev države da odvjetnici određene građane zastupaju besplatno nije povreda iz članka 1. Protokola 1., jer to ne predstavlja lišavanje postojeće imovine.²⁸

U slučaju Gavella protiv Hrvatske, Europski sud navodi: „...Vlasništvo može biti postojeće vlasništvo ili imovina, uključujući potraživanja u odnosu na koja podnositelj zahtjeva može tvrditi da ima barem legitimno očekivanje (koje mora biti konkretnije naravi od same nade) da će biti ostvareno, tj. da će dobiti djelotvorno uživanje prava vlasništva“...²⁹

19 Presuda Almeida Garrett i drugi protiv Portugala od 11.1.2000.

20 Presuda Stratis Andreadis i Stran Greek refineries protiv Grčke od 9.12.1994.

21 Presuda Pressos Compania Naviera SA i drugi protiv Belgije od 20.11.1995.

22 Presuda Ambruosi protiv Italije od 19.10.2000.

23 Presuda British American Tobacco co LTD protiv Nizozemske od 20.10.1995.

24 Odluka Komisije za ljudska prava Aral i drugi protiv Turske od 14.1.1998.

25 Presuda Holy Monasteries protiv Grčke od 9.12.1994.

26 Bonifačić M., Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i autonomni koncept vlasništva prema Konvenciji, Pravo i porezi, broj 4, 2006., RRIF Zagreb, str. 89. i 90.

27 Gomien, D., Europska konvencija o ljudskim pravima, Zadar, 2007., Naklada Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, str. 206.

28 Gomien, D., Europska konvencija o ljudskim pravima, Naklada Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zadar, 2007., str. 206.

29 Odluka o dopuštenosti u slučaju Gavella protiv Hrvatske od 11. srpnja 2006., zahtjev broj: 33244/02.

Europski sud u presudi *Gasus Dossier*³⁰ izrazio je shvaćanje da pojam vlasništva iz članka 1. Protokola 1. ima autonomno značenje koje sigurno nije ograničeno na vlasništvo fizičkih dobara. Određena druga prava i interesi koji čine imovinu također se mogu smatrati vlasničkim pravima u smislu ove odredbe. Kod zaštite prava vlasništva postoje ograničenja u vidu mogućnosti miješanja u vlasništvo. Miješanje u vlasništvo može se očitovati kao oduzimanje vlasništva ili nadzor nad uporabom vlasništva, što proizlazi iz samog sadržaja članka 1. Protokola 1. (druga i treća rečenica). Miješanje u srž vlasništva ne proizlazi izravno iz sadržaja članka 1. Protokola 1., već iz sudske prakse Europskog suda. Presuda *Sporrong* i drugi protiv Švedske³¹ odnosila se na slučaj trajne prijetnje započete eksproprijacije i urbanističke zabrane na nekretninama u Stockholmu, što je utvrđeno kao nedopustivo miješanje države u privatno vlasništvo. Zaključno, prema članku 1. Protokola 1. miješanje u pravo vlasništva je moguće, a da bi bilo dopustivo mora biti utemeljeno na zakonu i imati legitimni cilj, koji se ne bi mogao ostvariti nekom alternativnom blažom mjerom.

Europski sud je zauzimao stajališta i kod zaštite prava vlasništva u odnosu na mirovinska prava, i to u odnosu na ona prava koja proizlaze iz kontributivnih davanja, tj. davanja koja se ostvaruju pod uvjetom plaćanja doprinosa i u odnosu na prava koja proizlaze iz nekontributivnih davanja, dakle onih koja proizlaze iz socijalne nužnosti.

U predmetu *Stec* i drugi protiv Velike Britanije³², navodi se da ako država članica pozitivnim zakonima predviđa davanje kao pravo iz socijalne skrbi, neovisno je li ono ili nije uvjetovano prethodno plaćenim doprinosima, ti se zakoni moraju za osobu koja ispunjava uvjete, smatrati garancijom vlasničkih prava iz članka 1. Protokola 1.

U predmetu *Hadžić* protiv Hrvatske³³ Europski sud je istaknuo da pravo na mirovinu nije zajamčeno Konvencijom, ali plaćanje doprinosa u fond socijalnog osiguranja može stvoriti vlasničko pravo zaštićeno člankom 1. Protokola 1. S time da to automatski ne znači i obvezu države da prizna pravo, jer je za priznavanje prava potrebno prije svega ispuniti uvjete predviđene domaćim zakonodavstvom.

U predmetu *Ljuba Čekić* i ostali protiv Hrvatske³⁴ Europski sud podsjeća da iako se prava koja proizlaze iz plaćanja doprinosa u sustav socijalnog osiguranja, posebice pravo izvoditi naknade iz takvog sustava, npr. u obliku mirovine, mogu tražiti na temelju članka 1. Protokola 1. Ova se odredba ne može tumačiti kao da daje pojedincu pravo na mirovinu u konkretnom iznosu (odluka komisije u predmetu *Muller v. Austria* broj: 5849/72 od 1. listopada 1975., *Decision send report* 3, str. 25. i u predmetu *Domalewsky V. Poland* broj: 34610/97, *Echr* 1999-V, str. 582. i 583.).

30 Presuda *Gasus Dossier* i drugi protiv Nizozemske od 23. veljače 1993.

31 Presuda *Sporrong* i drugi protiv Švedske od 23. rujna 1982.

32 Presuda u predmetu *Stec* i drugi protiv Velike Britanije od 12. travnja 2006., zahtjev broj: 65731/01 i 65900/01.

33 Odluka o dopuštenosti u predmetu *Hadžić* protiv Hrvatske od 13. rujna 2001., zahtjev broj: 48788/99.

34 Odluka o dopuštenosti zahtjeva *Ljube Čekić* i ostalih protiv Hrvatske od 9. listopada 2003., zahtjev broj 15085/02.

3. PRAKSA MIROVINSKO-INVALIDSKO-ZDRAVSTVENOG ODJELA UPRAVNOG SUDA

U mnogim upravnim sporovima pred Upravnim sudom odlučuje se o subjektivnim pravima posredno vezanim uz pravo vlasništva, koja se premda imaju javnopravni karakter smatraju zaštićenim člankom 1. Protokola 1. Tako možemo izdvojiti da se u praksi Upravnog suda redovito rješava o izdavanju lokacijskih i građevnih dozvola, rušenju bespravne gradnje, raznim dozvolama i odobrenjima koje izdaju nadležna upravna tijela, raznim statusnim pravima u vidu obavljanja zanimanja (npr. imenovanje bilježnika), porezima, naknadama za oduzetu imovinu, ali i pravima u vezi s mirovinom i sličnim socijalnim statusima i davanjima.

U praksi Upravnog suda u Mirovinsko-invalidsko-zdravstvenom odjelu evidentirana je presuda broj Us-998/2002 od 31. ožujka 2005. u predmetu isplate mirovine, kojom je uvažena tužba i poništeno osporeno rješenje Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje. U obrazloženju presude je izneseno stajalište da su primanja „parafonda“, neovisno o dinamici i visini, prema upravno-sudskoj praksi, zapreka za pravo na isplatu mirovine temeljem rješenja Republičkog fonda mirovinskog i invalidskog osiguranja radnika Hrvatske za isto razdoblje, te je navedeno da je pravilnost takva stajališta potvrđena i u praksi Europskog suda za ljudska prava odlukom u predmetu Čekić protiv Hrvatske, odluka o dopuštenosti od 9. listopada 2003. prema zahtjevu broj: 15085/02.

Kako je to za sada jedina evidentirana presuda na Upravnom sudu u kojoj je odgovoreno na prigovor tužitelja u vezi s povredom članka 1. Protokola 1., pozivom na praksu Europskog suda, sama nas je presuda usmjerila na traženje odgovora na pitanje zašto i subjektivna prava javnopravnog karaktera iz područja socijalnih prava jesu zaštićena jamstvom mirnog uživanja prava vlasništva iz članka 1. Protokola 1. Pri tomu smo ostali u uvjerenju da su opća načela iz prakse Europskog suda, koja vrijede za javna prava iz mirovinske oblasti, primjenjiva i na ostala javna prava čija sudska zaštita je u nadležnosti Upravnog suda, te da se radi o sudskoj praksi koju je potrebno znati radi procjene je li pri ostvarivanju nekog subjektivnog prava javnopravnog karaktera došlo do povrede članka 1. Protokola 1.

S time u vezi željeli bi se osvrnuti na odluku Ustavnog suda broj: U-I-1988/1998 od 17. ožujka 2010.³⁵, kojom su ukinute u praksi neživotne i neprimjenjivane odredbe članka 5. stavka 3. i 5. Zakona o mirovinskom osiguranju³⁶ (u daljnjem tekstu: ZOMO), koji postupak je Ustavni sud sam pokrenuo po službenoj dužnosti. U navedenoj odluci ističe se da, iako Ustav ne jamči izrijeком pravo na mirovinsko osiguranje, Ustavni sud utvrđuje da je to pravo jedno od inheretnih „prava zaposlenih i članova njihovih obitelji na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje“ u smislu članka 56. stavku 1. Ustava, pa se u skladu s tom činjenicom pravo na mirovinsko osiguranje u hrvatskom pravnom poretku može podvesti pod ustavno jamstvo, te ima ustavnu narav i zaštitu Ustavnog suda. Iz prava na mirovinsko osiguranje

35 Odluka Ustavnog suda broj: U-I-1988/1998 od 17. ožujka 2010., Narodne novine 40/10.

36 Zakon o mirovinskom osiguranju, Narodne novine 130/10 – pročišćeni tekst.

po naravi stvari proizlazi i obveza države da u pravnom poretku ustroji katalog prava koja se osiguravaju u sustavu mirovinskog osiguranja, krug osiguranika, pravne pretpostavke za stjecanje tih prava, nadležno tijelo koje je o pravima iz mirovinskog osiguranja odlučuje neposrednom primjenom materijalnog zakona i drugih mjerodavnih propisa u pojedinačnim slučajevima, te pravni postupak u kojemu se o tim pravima odlučuje, uključujući i sustav njihove pravne zaštite. Prava iz mirovinskog osiguranja kao bitan dio prava na mirovinsko osiguranje taksativno su navedena u članku 4. Zakona o mirovinskom osiguranju pa se u prvom stupnju obvezno osigurava devet prava, a to su prava na starosnu mirovinu, prijevremenu starosnu mirovinu, invalidsku mirovinu, obiteljsku mirovinu, najnižu mirovinu, osnovnu mirovinu, profesionalnu rehabilitaciju, naknadu zbog tjelesnog oštećenja, te naknadu putnih troškova u vezi s ostvarivanjem osiguranih prava.³⁷

O svim ovim nabrojenim pravima rješava se povodom tužbi podnesenih Upravnom sudu u Mirovinsko-invalidsko-zdravstvenom odjelu Upravnog suda, ali moramo istaknuti da se tužitelji vrlo rijetko pozivaju na povredu članka 1. Protokola 1. o zaštiti prava vlasništva, pa su suci kod donošenja presuda rijetko i bili u prilici odgovoriti na takve konkretne prigovore, osim u sporovima radi neisplate mirovina za vrijeme i neposredno nakon Domovinskog rata, pa upravo u takvoj vrsti predmeta imamo evidentiranu prethodno citiranu presudu Upravnog suda, koja se poziva na stajalište iz presude Europskog suda u vezi sa zaštitom prava vlasništva sukladno članku 1. Protokola 1.

Željeli bismo se vratiti na navedenu odluku Ustavnog suda, koja je zanimljiva i po obrazloženjima koja daje u vezi s tumačenjem imovinskog aspekta prava na mirovinu, pod kojim se podrazumijeva ukupnost svih prethodno nabrojenih prava u smislu privatnih prava, suprotstavljajući tom aspektu javnopravni karakter prava na mirovinu.

U obrazloženju navedene odluke navodi se da zbog prihvaćenog sustava obveznih doprinosa, novčana primanja iz podsustava mirovinskog osiguranja utemeljenom na generacijskoj solidarnosti imaju javnopravnu narav: iz uplate doprinosa u taj podsustav proizlazi pravo osiguranika na ostvarivanje socijalnog davanja (mirovine ili drugog mirovinskog primanja) iz tog podsustava, pri čemu se ono obračunava prema unaprijed određenoj mirovinskoj formuli (mirovina se izračunava tako da se mirovinski faktor pomnoži s aktualnom vrijednošću mirovine i osobnim bodovima), a ne prema ukupnom iznosu doprinosa koji je osiguranik uplatio tijekom svog aktivnog rada.³⁸

Nasuprot iznesenom javnopravnom aspektu prava na mirovinu, u odluci se navodi da pravo na mirovinu iz podsustava obveznog mirovinskog osiguranja na temelju generacijske solidarnosti zakonodavac uređuje kao neotuđivo osobno materijalno pravo, koje se ne može prenijeti na drugoga niti se može naslijediti (prva rečenica članka 5. stavka 1. ZOMO-a).³⁹

37 Paragraf 12. i 12.1 citirane Odluke Ustavnog suda.

38 Paragraf 14.1 citirane Odluke Ustavnog suda.

39 Paragraf 14.2 citirane Odluke Ustavnog suda.

Riječ je, dakle o imovinskom pravu koje osiguranik ostvaruje na način da iz prvog stupa mirovinskog osiguranja prima novčanu naknadu odgovarajuće vrste i novčanu naknadu odgovarajuće vrste i visine, pri čemu se njezin obračun provodi po unaprijed utvrđenoj formuli, a njezina se isplata u pravilu obavlja mjesečno i isplaćuje unatrag. Pravo koje osiguranik stječe u prvom stupu mirovinskog osiguranja strogo je osobno pravo, nezastarivo, neotuđivo, neprenosivo i nenaslijedivo (prva rečenica članka 5. stavka 1. i dio članka 5. stavka 2. ZOMO-a). Ukratko, ono je izraz subjektivnog pravnog položaja njegova nositelja, a gasi se njegovom smrću (druga rečenica članka 5. stavka 1. i dio članka 5. stavka 2. ZOMO-a).⁴⁰

Iz tako određenog prava na mirovinu proizlaze i sljedeće pravne posljedice: - dospjeli novčani iznosi koji nisu isplaćeni do smrti korisnika mogu se nasljeđivati; - dospjeli, a neisplaćeni novčani iznosi podliježu zastari; - mirovinske naknade mogu biti predmet ovrhe i osiguranja u skladu sa zakonom (druga rečenica članka 5. stavka 1., dio stavka 2. i stavak 4. ZOMO-a).⁴¹

Iz navedenog zakonskog uređenja prava koja se osiguravaju i ostvaruju u podsustavu mirovinskog osiguranja utemeljenog na generacijskoj solidarnosti proizlaze sljedeće obveze države:

1) država je dužna svakom tko ispunjava zakonom propisane uvjete priznati pravo na mirovinu ili neko drugo zakonom predviđeno mirovinsko davanje; protiv eventualnog nepriznavanja tog prava stranka mora imati osigurana djelotvorna sredstva pravne zaštite;

2) država je dužna svakom korisniku tog prava redovito isplaćivati mirovinu ili drugo mirovinsko davanje odgovarajuće visine obračunate u skladu sa zakonom i drugim propisima; sva potraživanja korisnika vezana uz dospjele, a neisplaćene novčane iznose mirovinskih davanja utuživa su i imaju pravnu zaštitu.⁴²

Ono zbog čega nam je ova odluka Ustavnog suda izuzetno važna u odnosu na pitanje primjenjivosti zaštite prava vlasništva u velikom dijelu upravnih sporova iz nadležnosti Mirovinsko-zdravstveno-invalidskog odjela Upravnog suda je stajalište Ustavnog suda u odnosu na prethodno nabrojena socijalna prava da su i ta prava zaštićena člankom 1. Protokola 1., te je to stajalište obrazloženo konkretnim primjerima iz prakse Europskog suda.

Iz navedene odluke Ustavnog suda, stoga citiramo:

Pravo na socijalno davanje iz podsustava mirovinskog osiguranja utemeljenom na generacijskoj solidarnosti zaštićeno je i člankom 1. Protokola 1. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda Vijeća Europe.⁴³

Europski sud u mnogim svojim odlukama i presudama ističe da Konvencija kao takva ne jamči pravo na državnu mirovinu ili slična davanja koja financira država.⁴⁴

40 Paragraf 14.2 citirane Odluke Ustavnog suda.

41 Paragraf 14.2 citirane Odluke Ustavnog suda.

42 Paragraf 14.2 citirane Odluke Ustavnog suda.

43 Paragraf 14.3 citirane Odluke Ustavnog suda.

44 Odluka o dopuštenosti zahtjeva Neil i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 29. siječnja

Međutim, kad nacionalno zakonodavstvo predviđa pravo na socijalno davanje utemeljeno na sustavu doprinosa, onda se pravo proizašlo iz plaćanja doprinosa fondovima osiguranja može smatrati imovinskim pravom u smislu članka 1. Protokola 1. uz Konvenciju, koja jamči njegovu zaštitu.⁴⁵

I u navedenoj odluci Ustavnog suda ističe se da sama mirovina, s druge strane, u podsustavu mirovinskog osiguranja utemeljenom na generacijskoj solidarnosti ima obilježja javnopravnog davanja. Stoga, pravo na mirovinu u tom podsustavu ne uključuje pravo na određeni iznos mirovine.⁴⁶

Europski sud u predmetu Janković⁴⁷ protiv Hrvatske ponavlja da Sud podsjeća da, iako se prema članku 1. Protokola 1. može tražiti ostvarivanje prava koja proizlaze iz uplate doprinosa u mirovinski sustav, osobito prava na ostvarivanje davanja iz takvog sustava – npr. u obliku mirovine, ova se odredba ne može tumačiti tako da daje pojedincu pravo na mirovinu u određenoj svoti.

Stoga se, i Ustavni sud u svojoj odluci poziva na predmet Janković i ističe da je izloženo pravno stajalište Europskog suda primjenjivo na sva socijalna davanja iz članka 4. ZOMO-a. Drugim riječima ni Ustav, ni Konvencija ne jamče pravo na davanja iz podsustava mirovinskog osiguranja utemeljenom na generacijskoj solidarnosti u određenom iznosu.⁴⁸

Na pitanje postoji li općenito najniža granica mirovinskih primanja čije bi prekoračenje ujedno značilo i povredu ljudskih prava zajamčenih Ustavom, u odluci Ustavnog suda odgovara se da je stajalište Europskog suda da ukupna svota mirovine može zbog svoje nedostatnosti, u osobitim okolnostima nekog konkretnog slučaja otvoriti pitanje nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja države u smislu članka 3. Konvencije ako ta svota, dostupna osobi, ne bi bila dostatna za zaštitu od narušavanja fizičkog ili mentalnog zdravlja ili od degradacije nesuglasne s ljudskim dostojanstvom do mjere dovoljno ozbiljne da bi mogla potpasti unutar okvira članka 3. Konvencije.⁴⁹

Ustavni sud se u odnosu na to izneseno stajalište poziva na predmet Antonina Dmitrijevna Budina protiv Rusije,⁵⁰ u kojem je Europski sud utvrdio da iako podnositeljčina mjesečna primanja nisu bila visoka u apsolutnim iznosima, kao očito neosnovan odbačen je njen prigovor da su joj prava povrijeđena zbog toga što su njezina primanja ispod egzistencijskog minimuma, s obrazloženjem da nije dokazala da se nedostatak sredstava sam po sebi pretvorio u konkretnu patnju.

U presudi Kutepov i Anekeyenko protiv Rusije⁵¹ Europski sud je izrazio

2002., zahtjev broj: 56721/00.

45 Presuda u predmetu Gaygusuz protiv Austrije od 16. rujna 1996., zahtjev broj: 17371/90.

46 Paragraf 14.4 citirane Odluke Ustavnog suda.

47 Odluka o dopuštenosti zahtjeva Janković protiv Hrvatske od 12. listopada 2000., zahtjev broj: 43440/98.

48 Paragraf 14.4 citirane Odluke Ustavnog suda.

49 Paragraf 14.5 citirane Odluke Ustavnog suda.

50 Odluka o dopuštenosti zahtjeva Antonine Dmitrijevne Budine protiv Rusije od 18. lipnja, zahtjev broj: 45603/05.

51 Presuda u predmetu Kutepov i Anikejkenko protiv Rusije od 25. listopada 2005., zahtjev broj:

stajalište da Konvencija ne jamči posebno pravo na određeni životni standard. U obrazloženju se navodi da Europski sud primjećuje da prigovor o ukupno nedostatnom iznosu mirovine i drugih socijalnih povlastica može, u načelu, otvoriti pitanje po članku 3. Konvencije koji zabranjuje nečovječno ili ponižavajuće postupanje. Međutim, na temelju dokumenata koje posjeduje, Europski sud ne nalazi naznaku da je iznos mirovine drugog podnositelja zahtjeva uzrokovao narušavanje njegova fizičkog ili mentalnog zdravlja do mjere koja bi bila dostatna za postizanje minimuma razine ozbiljnosti da bi mogla potpasti unutar okvira članka 3. Konvencije, ili da se on suočava s bilo kakvim stvarnim i prijetećim rizikom koji bi zahtijevao primjenu članka 2. Konvencije u konkretnom slučaju.

Za utvrđivanje dosega zaštite prava vlasništva u predmetima iz kruga socijalnih subjektivnih prava o kojima se rješava pred Upravnim sudom, bitno je istaknuti sljedeći zaključak iz navedene odluke Ustavnog suda.

Ustavni sud smatra da je dostatno utvrditi da ocjena o utjecaju visine iznosa konkretne mirovine na ljudska prava njezina korisnika uvijek ovisi o osobitim okolnostima svakog pojedinačnog slučaja. Zbog faktične međusobne neuporedivosti privatnih imovinskih sfera pojedinaca u konkretnim slučajevima, ali i činjenice da ZOMO, zbog svog solidarizirajućeg učinka, različito djeluje prema konkretnim osobama u pojedinačnim pravnim situacijama (prema jednim djeluje ograničavajuće, dok prema drugima djeluje povlašćujuće), ta ocjena nije podobna za generalizaciju.⁵²

Ustavni sud ponavlja da se mirovine i druga socijalna davanja iz mirovinskog osiguranja utemeljenom na generacijskoj solidarnosti ne mogu podvesti pod pravo vlasništva u smislu privatnog prava, jer je riječ o davanjima javnopravne naravi, koja izvire iz sustava obveznih doprinosa s posebnom javnopravnom svrhom. U tom je smislu ustavnopravno dopušteno mijenjati, pa i ukidati pojedine vrste (oblike) mirovinskih davanja iz tog sustava do granice koja ne dovodi u pitanje samu bit „prava na mirovinu“.⁵³

Mišljenja smo da se izraženo stajalište Ustavnog suda da mirovina kao socijalno davanje iz mirovinskog sustava utemeljeno na generacijskoj solidarnosti nema obilježja vlasništva u smislu privatnog prava, mora shvatiti samo u kontekstu i druge sljedeće citirane rečenice iz koje proizlazi da se mijenjanje, odnosno ukidanje prava iz mirovinskih osiguranja, priznatih na temelju zakona, ne može smatrati ukidanjem stečenih prava, sve dok ne dovodi do narušavanja same biti zakonski osiguranih socijalnih prava. U kojem konkretnom slučaju bi moglo biti ocjenjeno da je do toga došlo, nadležna upravna tijela, Upravni sud i Ustavni sud u Republici Hrvatskoj svojom praksom tek trebaju odrediti, imajući pri tome u vidu pravne standarde zadane kroz relevantnu praksu Europskog suda. Možemo zaključiti da se kao načelno pravilo nameće potreba ispitivanja je li došlo do miješanja države u pravo vlasništva i je li miješanje bilo opravdano.

68029/01.

52 Paragraf 14.5 citirane Odluke Ustavnog suda.

53 Paragraf 14.7 citirane Odluke Ustavnog suda.

U vezi s navedenim, zanimljivo je ukazati na podržavajuće izdvojeno mišljenje suca Thomassena u predmetu *Kjartan Asmundsson protiv Islanda*.⁵⁴ U njemu se ističe da država mora biti slobodna u reguliranju (mijenjanju) uvjeta za invalidske mirovine i to zbog financijskih razloga, ali i zbog osiguravanja pravednog sustava socijalnog osiguranja. Zbog toga se zaključuje kako činjenica da je manji broj umirovljenika (njih oko 15%) izgubio priznato pravo, sama po sebi ne može dovesti do zaključka da se radi o neopravdano različitom postupanju. Međutim, činjenica da je podnositelj zahtjeva u potpunosti izgubio pravo odmah, bez ostavljanja određenog prijelaznog razdoblja u kojem bi se mogao prilagoditi novim okolnostima, uzrokuje neumjeren teret i dovodi do povrede njegova vlasništva.⁵⁵

U predmetu *Solodyuk protiv Rusije*⁵⁶, podnositelji zahtjeva tvrdili su da je došlo do povrede njihova prava vlasništva kada je isplata mirovine redovito kasnila. To je uz inflaciju i devalvaciju u Rusiji imalo za posljedicu realni gubitak vrijednosti njihovih mirovina. Europski sud je ocijenio da nije došlo do potpunog lišenja prava vlasništva, ali da su podnositelji zahtjeva podnijeli neumjereni i pojedinačni teret, jer u konkretnom slučaju, Vlada nije navela neki legitimni cilj koji se nastojao postići kašnjenjem mirovina, bez obzira što nacionalnim zakonima nije bila propisana zabrana kašnjenja mirovina. A ako nema nikakvog javnog, legitimnog interesa zbog kojeg se pojedincu zadire u njegovo vlasništvo, tada je nedopušten svaki, pa i minimalni utjecaj na pravo vlasništva.⁵⁷

Iz prethodno navedene prakse Ustavnog suda i Europskog suda za zaključiti je kako plaćeni doprinosi ne samo da daju ovlaštenje na stjecanje prava na mirovinu i srodnih socijalnih prava, već i legitimno očekivanje da će kada nastupi osigurani slučaj pravo biti priznato, uz ispunjenje uvjeta iz nacionalnog zakonodavstva, pa se u tom smislu mogu smatrati pravom vlasništva, te bi bilo za očekivati da se ova stajališta odraze i na praksu Mirovinsko-invalidsko-zdravstvenog odjela Upravnog suda.

4. PRAKSA IMOVINSKO-PRAVNOG ODJELA UPRAVNOG SUDA

Zaključno, možemo reći da pravo vlasništva u najširem smislu obuhvaća zaštitu imovine, zaštitu stečenih prava i zaštitu legitimnih očekivanja, ali je svakoj državi pri tome ostavljena margina diskrecije u odnosu na prosudbu mjere ograničenja prava vlasništva radi postizanja legitimnog cilja u smislu ostvarivanja nekog bitnog javnog ili općeg interesa zajednice, s obvezom isplate naknade u tržišnoj vrijednosti oduzete, odnosno ograničene imovine ili izuzetno bez obveze isplate bilo kakve

54 Presuda u predmetu *Kjartan Asmundsson protiv Islanda* od 12. listopada 2004., zahtjev broj: 60669/00.

55 Vezmar-Barlek, I., *Socijalna prava u praksi Europskog suda za ljudska prava* - magistarski rad 2009. obranjen na Pravnom fakultetu u Zagrebu, str. 56.

56 Presuda u predmetu *Solodyuk protiv Rusije* od 12. srpnja 2005., zahtjev broj: 67099/01.

57 Vezmar-Barlek, I., *Socijalna prava u praksi Europskog suda za ljudska prava* - magistarski rad 2009. obranjen na Pravnom fakultetu u Zagrebu, str. 58., 59. i 60.

naknade.

Konvencijsku tezu o legitimnim očekivanjima kao sastavnom dijelu prava vlasništva – imovine, Ustavni sud potvrdio je u odluci broj: U-III-B-1373/2009 od 7. srpnja 2009.⁵⁸ kojom je usvojena ustavna tužba protiv rješenja nadležnog Ministarstva, prije nego što je iscrpljen put pravne zaštite,⁵⁹ kojim se po pravu nadzora nakon gotovo pet godina poništava konačna i pravomoćna građevna dozvola s obrazloženjem da je za Ustavni sud uvjerenije podnositelja da je izgradio kuću i postao njezin vlasnik dostatno legitimno očekivanje koje je postalo vlasništvom – imovinom podnositelja, dakle ustavnim pravom koji se štiti po članku 48. Ustava Republike Hrvatske, a pri tome se napominje da Zakon o gradnji⁶⁰ dopušta ukidanje konačne građevinske dozvole po pravu nadzora.

S obzirom na ovako izloženo shvaćanje Ustavnog suda na sjednici Imovinsko-pravnog odjela Upravnog suda od 16. studenog 2009., donesen je zaključak prema kojem je ukidanje po pravu nadzora konačne i pravomoćne građevne dozvole temeljem odredaba Zakona o gradnji kojom je očito povrijeđen materijalni zakon, moguće u roku od godine dana od dana konačnosti dozvole, u kojem roku rješenje mora biti dostavljeno strankama, te pod uvjetom da je u postupku utvrđeno da za to postoji interes Republike Hrvatske u kojem slučaju postoji i obveza naknade tržišne vrijednosti za oduzetu imovinu u smislu članka 50. stavka 1. u vezi s člankom 16. Ustava Republike Hrvatske.

Upravo, primjenjujući navedeno stajalište Ustavnog suda u Imovinsko-pravnom odjelu Upravnog suda u upravnim sporovima radi izdavanja građevinske dozvole donesene su sljedeće presude Us-9441/05 i Us-29/06 od 19. studenog 2009. i Us-10267/06 od 15. siječnja 2010.

U presudi Us-4372/09 od 2. prosinca 2009. navedeno shvaćanje prošireno je i na upravni spor zbog izdavanja uporabne dozvole. U presudi se navodi da, iako se odluka Ustavnog suda kao i zaključak o pravnom shvaćanju sjednice Imovinsko-pravnog odjela odnose na građevinske dozvole, uporabna dozvola, koja je ukinuta po pravu nadzora u konkretnom slučaju, omogućuje njezinom imatelju upis u zemljišnu knjigu objekta bez tereta. Dakle radi se o konačnom i pravomoćnom upravnom aktu koji je ovršan što ga kvalificira kao imovinu u smislu članka 1. Protokola 1. uz Konvenciju i članka 48. stavka 1. Ustava Republike Hrvatske.

58 Odluka Ustavnog suda U-III-B-1373/2009 od 7. srpnja 2009., Narodne novine 88/09.

59 Protiv osporenog upravnog akta pred Upravnim sudom vodio se spor pod brojem Us-3860/07.

60 Zakon o gradnji, Narodne novine 175/03 i 100/04.

5. ZAKLJUČAK

Prema mišljenju A. Radolovića, (suca i zamjenika predsjednice Ustavnog suda od Europskog konvencijskog prava i prakse Europskog suda) treba prije svega preuzeti poruke da građani ne mogu biti žrtve loših propisa ili pogrešnih postupanja tijela državne vlasti, da postoji razna simbioza prava i postupaka ostvarivanja prava, da pravo vlasništva nije zaštićeno ako postoji dobro normativno rješenje u Ustavu i Zakonu, nego to pravo mora biti djelotvorno zaštićeno i u postupcima tijela državne vlasti, zatim da u prosudbi osnovanosti pravne zaštite građana u obzir valja uzimati cjelinu pravnog sustava, te se u većoj mjeri moramo osloboditi krutog materijalnog prava i postupovnog pravnog formalizma, te propise interpretirati po najsuvremenijim metodama, a prije svega teološki. Smatra da je približavanje, tj. gotovo poistovjećivanje pojma vlasništva s pojmom stečene imovine i zaštite te imovine znatan demokratski iskorak u vraćanju pravne sigurnosti i zaštite prava građana.⁶¹

Možemo zaključiti da ustavnopravni koncept prava vlasništva u Republici Hrvatskoj odgovara širini shvaćanja konvencijskog pojma prava na mirno uživanje vlasništva. Iz izložene prakse Europskog suda očito je da se radi o fluidnom pojmu s rastezljivim i nekada neočekivanim granicama, koje su teško sasvim odredive, jer kazuistički pristup Europskog suda ne dopušta generalizaciju u apsolutnom smislu. Nije rijetkost da se i međusobno usporedive pravne situacije, u nekom činjeničnom aspektu razlikuju do mjere da dovode do različite prosudbe Europskog suda u primjeni članka 1. Protokola 1.

U odnosu na praksu Upravnog suda primjećuje se da izazov prihvaćanja konvencijskoga pojma prava vlasništva već postoji.

61 Radolović, A., Jamstvo prava vlasništva u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava, Pravo u gospodarstvu broj 49., 2010., str. 38. i 39.

Summary

THE PROTECTION OF THE RIGHT OF PROPERTY UNDER THE ARTICLE 1 OF THE FIRST PROTOCOL TO THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE DELIBERATIONS OF THE ADMINISTRATIVE COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA

The article is structured in three parts. The first part is dedicated to aspects of peaceful enjoyment of property according to the practice of the European Court of Human Rights with regard to equalization of the notion of property and the notion of possessions, protection of already established rights and protection of legitimate expectations. In the second part of the article the author scrutinises in details the practice of the Pension-Disability-Health Department of the Administrative Court of the Republic of Croatia in relation to the Court's relevant standings. The last part of the article presents a short overview of the practice of the Property-Rights Department of the Administrative Court of the Republic of Croatia concerning the application of the Article 1 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: right to property, Article 1 of the First Protocol, Administrative Court.

Zusammenfassung

SCHUTZ DES RECHTES AUF EIGENTUM NACH ARTIKEL 1. DES ZUSATZPROTOKOLLS NR. 1. ZUR EMRK IN DER RECHTSPRECHUNG DES VERWALTUNGSGERICHTES DER REPUBLIK KROATIEN

Die vorliegende Arbeit besteht aus drei Teilen. Im ersten Teil wird das Eigentumsrecht im Sinne von Gleichsetzung der Begriffe: Eigentum und Vermögen dargestellt und der Schutz erworbener Rechte und legitimer Erwartungen durch die Rechtsprechung des Gerichtes berücksichtigt. Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Rechtsprechung der Renten-, Invaliditäts- und Gesundheitsabteilung des Verwaltungsgerichtes der Republik Kroatien in Verbindung mit relevanten Stellungnahmen dieses Gerichtes. Im dritten Teil wird ein Einblick in die Rechtsprechung der Vermögensrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichtes betreffend der Anwendung des Artikels 1., Protokoll 1. zur EMRK gegeben.

Schlüsselwörter: Eigentumsrecht, Artikel 1., Protokoll 1., Verwaltungsgericht.

Riassunto

TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETA' AI SENSI DELL'ART. 1 DEL PROTOCOLLO 1 DELLA CONVENZIONE EUROPEA NELLA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

Il lavoro è suddiviso in tre parti; nella prima, attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, si esaminano quei profili del diritto attinenti al pacifico godimento della proprietà, intendendo così parificare il concetto di proprietà con il concetto di patrimonio, come pure la tutela dei diritti acquisiti e la protezione delle aspettative legittime. Nella seconda parte si prende in esame nel dettaglio la giurisprudenza della sezione pensionistico - invalido - sanitaria del Tribunale amministrativo della Repubblica di Croazia; mentre nella terza parte si offre una breve panoramica della giurisprudenza della sezione degli affari patrimoniali del Tribunale amministrativo con riguardo all'applicazione dell'art. 1 del Protocollo 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

***Parole chiave:** diritto di proprietà, articolo 1 protocollo 1, Tribunale amministrativo.*

USTAVNA ZAŠTITA PRAVA VLASNIŠTVA U SVJETLU STAVOVA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Sandra Marković,
Marijana Radin,
Sanja Trgovac,
više ustavnosudske savjetnice,
Ustavni sud Republike Hrvatske

UDK: 347.23:342.565.2(497.5)
Ur.: 19. studenoga 2010.
Pr.: 21. veljače 2011.
stručni rad

Sažetak

Ustav Republike Hrvatske u članku 3. utvrđuje nepovredivost vlasništva, kao jednu od najvećih vrednota ustavnog poretka. U članku 48. stavku 1. jamči pravo vlasništva, kao jedno od ljudskih prava i temeljnih sloboda te osigurava njihovu ustavnosudsku zaštitu pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (članak 128. Ustava). U radu se daje pregled prakse i stajališta Ustavnog suda u zaštiti ustavnog prava vlasništva od 1991. do danas, u apstraktnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti propisa i u konkretnoj kontroli zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda. U prvom razdoblju predmetom ustavnosudske kontrole uglavnom su bili pretvorbeni propisi, odnosno njihova primjena na konkretne, pojedinačne slučajeve. U tom razdoblju Ustavni sud je zaštitio ustavnog prava vlasništva u pojedinačnim slučajevima pristupao relativno široko, pa je povredu tog ustavnog prava utvrdio čak i u slučaju smetanja posjeda i postupovnih povreda koje su učinili sudovi. Početkom 2000. Ustavni sud se priklonio restriktivnom pristupu u zaštiti ustavnog prava vlasništva, motiviran prije svega potrebom da svoje djelovanje svede u granice svoje ustavne nadležnosti (zaštitu ustavnih, a ne svih subjektivnih prava). Poticaj za takvu promjenu bilo je i znatno povećanje broja zaprimljenih ustavnih tužbi. U tom razdoblju Ustavni sud počinje sve više pozornosti pridavati i stajalištima Europskog suda za ljudska prava te počinje svoja stajališta usklađivati sa stajalištima toga suda. U posljednjem razdoblju, od 2009., počevši od odluke broj: U-IIIB-1373/2009. Ustavni sud je razradio ustavno pravo vlasništva te ustanovio tri zasebna pravila vezana uz ustavno uređenje vlasništva, po uzoru na Europski sud za ljudska prava. Istodobno, Ustavni sud je promijenio i način odlučivanja o ustavnim tužbama. Naime, zbog daljnega povećanja broja zaprimljenih ustavnih tužbi, ali i činjenice da je među njima veliki broj onih koje ne sadrže ustavnopravno relevantne razloge, koji bi bili valjana osnova za odlučivanje Ustavnog suda, Ustavni sud takve ustavne tužbe odbacuje ne upuštajući se u ocjenu o povredi, neobrazloženih već samo brojčano naznačenih ustavnih prava.

Ključne riječi: *Ustavni sud, vlasništvo, Europski sud za ljudska prava.*

1. UVODNO

Nakon osamostaljenja Republike Hrvatske i stupanja na snagu Ustava Republike Hrvatske (u nastavku: Ustav) 22. prosinca 1990.¹, započelo je ponovno uspostavljanje (privatnog) vlasništva po različitim osnovama na nekretninama koje su u ranijoj državi, u velikom dijelu prisilnim prijenosom, “pretvorene” u društveno vlasništvo. Ustav je ukinuo dualizam vlasničkopravnih odnosa i više ne poznaje društveno vlasništvo već je, kao jednu od najvećih vrednota ustavnog poretka, utvrdio nepovredivost vlasništva (članak 3.), zajamčio je pravo vlasništva (članak 48. stavak 1.) kao jedno od ljudskih prava i temeljnih sloboda te “osigurao” njihovu ustavnosudsku zaštitu pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (članak 128., u nastavku: Ustavni sud).²

U ovom se radu daje pregled prakse i stajališta Ustavnog suda, kroz koje je razvidan pristup Ustavnog suda zaštiti ustavnog prava vlasništva od 1991. do danas, u apstraktnoj kontroli ustavnosti i zakonitosti propisa (ocjena suglasnosti propisa s Ustavom i zakonom) i u konkretnoj kontroli zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda (ustavne tužbe).³ Rad je podijeljen na tri razdoblja: od 1991. do 2000., od 2000. do 2009. te od 2009. do danas. Ovo iz razloga što je u 2000. i 2009. Ustavni sud značajnije promijenio, ne samo svoj pristup zaštiti ustavnog prava vlasništva, nego i načinu rješavanja ustavnih tužbi.

Ustavotvorac je nakon svake promjene Ustava donosio pročišćene tekstove Ustava⁴ te je u njima mijenjao brojčane oznake članaka. Ustavni sud se sada, unatoč pročišćenom tekstu iz 2010., u svojim odlukama služi brojčanim oznakama članaka naznačenim u pročišćenom tekstu objavljenom u “Narodnim novinama” broj 41/01. s naznakom (u zagradi) koji je to članak u posljednjem pročišćenom tekstu iz 2010.⁵ U ovom su radu korištene brojčane oznake članaka pročišćenih tekstova Ustava koji

1 Ustav Republike Hrvatske („Narodne novine“ 56/90., 135/97., 8/98.- pročišćeni tekst, 113/00., 124/00.- pročišćeni tekst, 28/01., 41/01.- pročišćeni tekst, 55/01. ispravak, 76/10. i 85/10.- pročišćeni tekst).

2 Nadležnost Ustavnog suda utvrđena je u članku 128. (129.) Ustava koji glasi:
“Ustavni sud Republike Hrvatske:

- odlučuje o suglasnosti zakona s Ustavom,
- odlučuje o suglasnosti drugih propisa s Ustavom i zakonom,
- može ocjenjivati ustavnost zakona te ustavnost i zakonitost drugih propisa koji su prestali važiti ako od tog prestanka do podnošenja zahtjeva ili prijedloga za pokretanje postupka nije prošlo više od godine dana,
- odlučuje povodom ustavnih tužbi protiv pojedinačnih odluka državnih tijela, tijela jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave te pravnih osoba s javnim ovlastima kad su tim odlukama povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode, kao i pravo na lokalnu i područnu (regionalnu) samoupravu zajamčeni Ustavom Republike Hrvatske,
- (...).”

3 O apstraktnoj i konkretnoj kontroli ustavnosti vidi u: Smerdel, Branko i Sokol, Smiljko *Ustavno pravo*, Pravni fakultet u Zagrebu (2006.).

4 Pročišćeni tekstovi Ustava u (“Narodne novine” 8/98., 124/00., 41/01. i 85/10.).

5 Vidi Izvješće Ustavnog suda broj: U-X-80/2005 od 1. lipnja 2006. (“Narodne novine” 64/06. i na: www.usud.hr) upućeno Hrvatskom saboru, o načinu izrade pročišćenih tekstova zakona.

su bili na snazi u vrijeme donošenja odluke s naznakom članka u pročišćenom tekstu iz 2001. i 2010. godine.

2. RAZDOBLJE OD 1991. DO 2000. GODINE

2.1. Apstraktna kontrola

Početakom devedesetih godina dvadesetog stoljeća zakonodavstvo Republike Hrvatske usklađuje se s Ustavom. Donesen je veći broj propisa na kojima se zasnivala pretvorba društvenog vlasništva u privatno vlasništvo, pa se i veći broj odluka Ustavnog suda u ovom razdoblju, gledano sa stajališta članka 48. Ustava, odnosio na ocjenu suglasnosti s Ustavom tih pretvorbenih propisa, odnosno na kontrolu primjene tih propisa na konkretne, pojedinačne slučajeve (ustavne tužbe).

Jedna od prvih odluka Ustavnog suda u kojoj je utvrdio nesuglasnost propisa s člankom 48. Ustava, odluka je broj: U-I-26/1991⁶ kojom je Ustavni sud poništio Odluku Skupštine općine Rijeka o uknjižbi i predbilježbi nekretnina u društvenom vlasništvu.⁷ Osporenom Odlukom bilo je određeno da će se u zemljišnim knjigama uknjižiti nekretnine u društvenom vlasništvu i prava koje pojedine društvene pravne osobe imaju na te nekretnine, uz istodobno naznačenje općine Rijeka kao nositelja vlasništva tih nekretnina. Nekretnine su činila zemljišta i zgrade (objekti) koje koriste taksativno navedeni subjekti. Ustavni sud je utvrdio da je osporena Odluka nesuglasna članku 48. Ustava, te odredbama Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i Zakona o uknjižbi nekretnina u društvenom vlasništvu, jer ti zakoni ne omogućavaju uknjižbu na način kako je to odredila osporena Odluka.⁸

U tom razdoblju članak 48. Ustava bio je temelj za ocjenu suglasnosti s Ustavom, primjerice Zakona o izmjeni i dopuni Zakona o prodaji stanova na

6 Odluka broj: U-I-26/1991 od 22. siječnja 1992. („Narodne novine“ 7/92.).

7 Odluka Skupštine općine Rijeka o uknjižbi i predbilježbi nekretnina u društvenom vlasništvu („Službene novine općine Rijeka“, 28/90.).

8 Za primijetiti je da je Ustavni sud poništio osporenu Odluku, (a nije ju ukinuo) što rijetko čini u svojoj praksi. Do sada je tako postupio u svega nekoliko slučajeva. Naime, Ustavni sud, prema tada važećem Ustavnom zakonu o Ustavnom sudu Republike Hrvatske („Narodne novine“ 13/91.), ali i prema sada važećem Ustavnom zakonu („Narodne novine“, 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst), ima ovlast ne samo ukinuti nego i poništiti drugi propis (no, ne i zakon). U odlučivanju hoće li neki propis poništiti ili ukinuti, Ustavni sud uzima u obzir sve okolnosti od važnosti za zaštitu ustavnosti i zakonitosti, imajući pri tomu u vidu osobito težinu povrede Ustava ili zakona i interes pravne sigurnosti. Ustavni sud će poništiti propis ako se njime vrijeđaju ljudska prava i temeljne slobode zajamčene Ustavom, odnosno ako se njime neki pojedinci, skupine ili udruge neosnovano stavljaju u povoljniji položaj (članak 55. važećeg Ustavnog zakona, odnosno članak 22. ranije važećeg Ustavnog zakona).

kojima postoji stanarsko pravo,⁹ Zakona o najmu stanova,¹⁰ Zakona o pretvorbi i organiziranju poduzeća u komunalnim djelatnostima uređenja naselja i prostora, prijevoza putnika u gradskom i prigradskom prometu i djelatnosti uređenja i održavanja tržnica na malo,¹¹ Zakona o trgovačkim društvima,¹² Zakona o Hrvatskom fondu za privatizaciju,¹³ Zakona o pretvorbi društvenih poduzeća,¹⁴ Zakona o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom,¹⁵ Zakona o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike, odnosno u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba,¹⁶ Zakona o privatizaciji,¹⁷ Zakona o pretvorbi Zagrebačkog velesajma,¹⁸ Zakona o

- 9 Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, („Narodne novine“, 58/95). Odlukom broj: U-I-527/1996 od 29. siječnja 1997. („Narodne novine“ 11/97.) Ustavni sud ukinuo je pojedine odredbe toga Zakona.
- 10 Zakon o najmu stanova („Narodne novine“ 91/96.). Odlukom broj: U-I-762/1996 i dr. od 31. ožujka 1998. Ustavni sud ukinuo je članak 21. stavak 2., članak 31. stavak 2. podstavak 3., članak 39. i članak 40. stavak 2. toga Zakona i odgodio nastup ukidnog učinka svoje odluke do 6. listopada 1998. Zakonodavac više godina nakon nastupa ukidnog učinka odluke Ustavnog suda nije proveo tu odluku Ustavnog suda, odnosno nije uredio pretpostavke za otkaz najma stana. Ustavni sud je stoga, u okviru svoje nadležnosti iz članka 128. (129.) alineje 5. Ustava Republike Hrvatske i članka 104. Ustavnog zakona podnio izvješće Hrvatskom saboru (U-X-2191/2007) od 20. lipnja 2007. („Narodne novine“, 67/07. i na: www.usud.hr) i upozorio ga na potrebu donošenja izmjena i dopuna Zakona o najmu stanova.
- 11 Zakon o pretvorbi i organiziranju poduzeća u komunalnim djelatnostima uređenja naselja i prostora, prijevoza putnika u gradskom i prigradskom prometu i djelatnosti uređenja i održavanja tržnica na malo („Narodne novine“ 91/92. i 70/93.). Rješenjem broj: U-I-77/1993 od 1. lipnja 1994. Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti toga Zakona s Ustavom.
- 12 Zakon o trgovačkim društvima („Narodne novine“ 111/93.). Rješenjem broj: U-I-148/1996 od 2. travnja 1997. („Narodne novine“, 36/97.), Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti toga Zakona s Ustavom.
- 13 Zakon o Hrvatskom fondu za privatizaciju („Narodne novine“ 84/92., 70/93., 76/93., 19/94., 52/94. i 87/96.). Rješenjem broj: U-I-554/1997 od 31. ožujka 1999. Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti toga Zakona s Ustavom.
- 14 Zakon o pretvorbi društvenih poduzeća („Narodne novine“ 19/91., 83/92., 94/93., 2/94., 9/95. i 21/96.). Rješenjem broj: U-I-41/1993 od 20. svibnja 1998. i dr. Ustavni sud nije prihvatio prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom tog zakona.
- 15 Zakon o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom („Narodne novine“ 73/95. i 7/96.) Odlukom broj U-I-1037/95 i dr. od 25. rujna 1997. („Narodne novine“ 100/97. i 119/97. i na: www.usud.hr), Ustavni sud je ukinuo tri članka toga Zakona dok je u preostalom dijelu odbio zahtjev pučkog pravobranitelja.
- 16 Zakon o zabrani prijenosa prava raspolaganja i korištenja određenih nekretnina u društvenom vlasništvu na druge korisnike, odnosno u vlasništvo fizičkih i pravnih osoba, („Narodne novine“ 53/90. i 61/91.). Rješenjem broj: U-I-122/1992 od 24. ožujka 1993. („Narodne novine“ 37/93.), Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom toga Zakona.
- 17 Zakon o privatizaciji („Narodne novine“ 21/96., 71/97. i 16/98.). Rješenjem broj: U-I-239/1996 i dr. od 16. veljače 1999. Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom odredbi toga Zakona.
- 18 Zakon o pretvorbi Zagrebačkog velesajma („Narodne novine“ 55/96.). Odlukom broj U-I-474/1996 i dr. od 11. veljače 1998. Ustavni sud je ukinuo taj Zakon.

naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine.¹⁹

I Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima bili su više puta predmetom ocjene suglasnosti s člankom 48. Ustava.²⁰ Odlukom broj: U-I-46/1994²¹ Ustavni sud je ukinuo dio članka 12. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, u dijelu koji glasi “dok ona postoji”. Osporenom odredbom društveno vlasništvo izgrađenog građevinskog zemljišta pretvoreno je u pravo vlasništva vlasnika zgrade izgrađene na zemljištu u društvenom vlasništvu dok zgrada postoji, no fizičkim prestankom zgrade iz bilo kojeg razloga, prestaje tako stečeno pravo vlasništva (vlasnika zgrade) na zemljištu. Ustavni sud je ocijenio “... da ustavnu normu o jamčenju prava vlasništva (članak 48. stavak 1. Ustava) valja tumačiti šire od jamstva pojedinačnog prava vlasništva na nekoj stvari i protegnuti je na jamčenje vlasništva kao pravnog instituta u pravnom poretku. Sud, naime smatra da je ovakvim (nejasnim) normiranjem zakonodavac ugrozio i sam pravni institut vlasništva, načelo o nepovredivosti vlasništva i vladavini prava. Sve da se nekom širom interpretacijom i prihvati da je interes Republike da pri uređivanju (re)privatizacije (građevinskog zemljišta) propiše i ovakva ograničenja, odnosno gubitak prava vlasništva, nikako se ne može ustavnopravno opravdati beziznimno propisivanje gubitka vlasništva bez naknade (tržišne vrijednosti).”

2.2. Konkretna kontrola

U predmetima konkretne kontrole (postupci pokrenuti ustavnim tužbama) Ustavni sud je zaštitio ustavnog prava vlasništva, u ovom razdoblju, pristupao relativno široko. Povredu tog ustavnog jamstva utvrdio je, primjerice, i u slučaju

19 Zakon o naknadi za imovinu oduzetu za vrijeme jugoslavenske komunističke vladavine (“Narodne novine” 92/96.). Odlukom i rješenjem broj: U-I-673/1996 i dr. od 21. travnja 1999. (“Narodne novine” 39/99., 42/99., 43/00., 27/01., 34/01., 65/01. i 118/01. i na: www.usud.hr) Ustavni sud je ukinuo 4 članka toga Zakona, dok je ostale osporene članke ocijenio suglasnima s Ustavom.

20 Ustavni sud je u dva slučaja odlučivao o suglasnosti s Ustavom Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (U-I-27/1993 i U-I-46/1994), a o suglasnosti s Ustavom Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima donio je do sada 13 meritornih odluka, odnosno rješenja (U-I-943/1996 i dr. od 8. srpnja 1999., U-I-657/1999 od 27. listopada 1999., U-I-58/1997 i dr. od 17. studenog 1999., U-I-1094/1999 od 9. veljače 2000., U-I-311/2000 od 11. listopada 2000., U-I-551/2000 od 28. veljače 2001., U-I-744/2001 od 28. siječnja 2004., U-I-178/2002 od 8. lipnja 2005., U-I-1419/2003 i U-I-1864/2002 od 8. ožujka 2006., U-I-69/2001 od 1. lipnja 2006., U-I-2360/2005 od 21. travnja 2009. i U-I-2305/2006 od 24. ožujka 2010.).

21 Odluka broj: U-I-46/1994 od 30. studenog 1994. (“Narodne novine” 57/94. i 92/94.).

smetanja posjeda,²² plaćanja poreza,²³ kamata,²⁴ uklanjanja grobnog spomenika,²⁵

- 22 Odluka broj: U-III-578/1994 od 3. veljače 1999. ("Narodne novine" 19/99.). Ustavni sud je ukinuo rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, kojim je Vrhovni sud prihvatio zahtjev za zaštitu zakonitosti i odbio tužbeni zahtjev podnositelja ustavne tužbe podnesen u parnici zbog smetanja posjeda. Podnositelji su vlasnici stana i bili su u posljednjem posjedu stana. Tuženici su nasilno ušli u stan promijenivši pritom bravu, a uselili su u stan podnositelja na temelju rješenja Komisije za privremeno korištenje stanova MORH-a. Vrhovni sud je smatrao da su tuženici imali zakonsko ovlaštenje za korištenje stana podnositelja. Ustavni sud je utvrdio da se Zakon o privremenom korištenju stanova ne primjenjuje na stanove u vlasništvu fizičkih osoba na kojima postoji stanarsko pravo. Utvrdio je povredu članka 3., 14. stavka 2., 48. stavka 1. i 115. stavka 3. Ustava (članak 115. je u pročišćenom tekstu Ustava/2001 naznačen kao članak 117., a u pročišćenom tekstu Ustava/2010 kao članak 118.).
- 23 Odluka broj: U-III-623/1997 od 24. lipnja 1999. Podnositelju ustavne tužbe i njegovoj majci razrezan je porez na nasljedstvo i darove na temelju presude Općinskog suda u D. kojom im je priznato isključivo pravo suvlasništva na jednake dijelove određenih nekretnina. Porez je razrezan na temelju članka 7. st. 2. Zakona o financiranju jedinica lokalne samouprave i uprave, ("Narodne novine" 117/93), koja, prema stajalištu Ustavnog suda propisuje plaćanje poreza kod originarnih načina stjecanja prava vlasništva, dakle onih kod kojih se pravo slijednika ne izvodi iz prava prednika. Ustavni sud je utvrdio da je akt na temelju kojega je podnositelj ustavne tužbe stekao (su)vlasništvo predmetne nekretnine postojao i ranije (podnositelj i njegova majka su nasljednici prvog nasljednog reda, a njihov prednik je bio vlasnik te nekretnine, pa su oni postali vlasnici u času smrti ostavitelja) te presudom općinskog suda nije konstituirano nikakvo novo niti veće pravo koje on od ranije ne bi imao. Stoga, prema stajalištu Ustavnog suda ta presuda ne može predstavljati temelj za razrezivanje poreza na ime stjecanja imovine. Ustavni sud je utvrdio povredu ustavnog prava vlasništva i jednakosti svih pred zakonom (članak 14. stavak 2. Ustava).
- 24 Odluka broj: U-III-737/96 od 1. srpnja 1998. ("Narodne novine" 94/98.). Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu i ukinuo presudu Vrhovnog suda u dijelu u kojem je tuženiku (podnositelju ustavne tužbe) naložio da tužiteljici plati na dosuđeni iznos naknade štete za tuđu pomoć i njegu zakonske zatezne kamate koje teku od dospijeca svakog pojedinačnog obroka pa do dana isplate. Ustavni sud je utvrdio da je visina naknade materijalne štete na ime troškova tuđe pomoći i njege određena presudom prvostupanjskog suda prema cijenama u vrijeme donošenja te presude, te da je podnositelj tada saznao za opseg svoje obveze slijedom čega je obveza podnositelja tek tada i dospjela. "*Dosuđujući vjerovniku zateznu kamatu za razdoblje prije zakašnjenja dužnika ... s ispunjenjem novčane obveze, Vrhovni sud ... pogrešno je primijenio materijalno pravo... Time je postupio protivno načelu iz članka 115. / članak 115. je u pročišćenom tekstu Ustava/2001 naznačen kao članak 117. , a u pročišćenom tekstu Ustava/2010 kao članak 118.)./stavka 3. Ustava ("Sudovi sude na temelju Ustava i zakona"), povređujući jednu od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske - vladavinu prava (članak 3. Ustava), što je imalo za posljedicu i povredu imovinskih prava podnositelja ustavne tužbe ("Jamči se pravo vlasništva" - članak 48. stavak 1. Ustava)."*
- 25 Odluka broj: U-III-225/1997 od 16. prosinca 1998. ("Narodne novine" 166/98.). U postupku koji je prethodio ustavnosudskom utvrđeno je da je tužena s groba svog pokojnog brata uklonila postojeći nadgrobni spomenik, koji je podigla pokojnikova supruga (podnositeljica ustavne tužbe), i umjesto uklonjenog podigla novi spomenik. Osporenim presudama odbijen je tužbeni zahtjev podnositeljice za uklanjanje tog novog spomenika i za naknadu štete za uništeni nadgrobni spomenik. Ustavni sud je utvrdio da je samo podnositeljica, kao korisnica grobnog mjesta bila ovlaštena urediti i održavati grob svog pokojnog supruga, te da u konkretnom slučaju postupci tužena nisu izazvali učinku dopuštenog posloводства bez naloga budući da je podnositeljica uskratila tuženoj suglasnost za uređenje grobnog mjesta. Ustavni sud je utvrdio povredu ustavnog prava vlasništva.

sklapanja ugovora o kupoprodaji stana na kojem postoji stanarsko pravo,²⁶ čak i postupovnih povreda koje su učinili sudovi.²⁷ Vezano uz postupovna pitanja zanimljiv je slučaj jednog podnositelja koji je podnio tužbu Općinskom sudu protiv “društvenog vlasništva” kao prvotuženika, te Grada Z. i Republike Hrvatske kao drugo i treće tuženika. Prvostupanjski sud je rješenjem odbacio tužbu u odnosu na prvotuženog “budući da prvotuženi ne može biti stranka u postupku u smislu odredbe članka 77. stavka 1. i 2. Zakona o parničnom postupku...”. Iako je riječ o procesnom pitanju, Ustavni sud je rješenja o odbačaju tužbe podnositelja protiv “društvenog vlasništva” sagledavao sa stajališta članka 48. Ustava, pritom utvrdivši da tim rješenjima podnositelju ustavne tužbe nije povrijeđeno ustavno pravo vlasništva.²⁸

Ustavnosudsku zaštitu prava vlasništva Ustavni sud pružio je i Republici Hrvatskoj. Tako je, primjerice u predmetu U-III-1031/1997²⁹ usvojio ustavnu tužbu Republike Hrvatske u vezi sa zemljišnoknjižnim postupkom upisa pretvorbe društvenog vlasništva u pravo vlasništva poljoprivredne zadruge na poljoprivrednom zemljištu. Republici Hrvatskoj, u tom zemljišnoknjižnom postupku, nije bio priznat položaj stranke. Ustavni sud je utvrdio, imajući u vidu odredbe Zakona o

26 Odluka broj: U-III-431/1996 od 25. studenog 1998. (“Narodne novine”, 166/98.). Pravomoćnom presudom naloženo je tuženiku (Osnovnoj školi) da s podnositeljicom sklopi ugovor o kupoprodaji stana na kojem postoji stanarsko pravo i na temelju te presude podnositeljica je ishodila uknjižbu prava vlasništva na stanu te je stan u cijelosti isplatila. Vrhovni sud je preinačio nižestupanjske presude i odbio tužbeni zahtjev podnositeljice zauzevši stajalište da je riječ o stanu za službene potrebe koji ne može biti predmetom prodaje u smislu Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo (“Narodne novine” 27/91., 33/92., 43/92., 69/92.). Ustavni sud je utvrdio da se ne može zaključiti da je riječ o stanu za službene potrebe jer je podnositeljica uselila u stan prije nego što je taj stan Pravilnikom Osnovne škole određen kao stan za službene potrebe, a osim toga stranke nisu sklopile ugovor o pravima i obvezama u pogledu korištenja spornog stana kao stana za službene potrebe, što su bile dužne sukladno tada važećim propisima. Ustavni sud je utvrdio povredu članaka 3. i 115. (članak 115. je u pročišćenom tekstu Ustava/2001 naznačen kao članak 117., a u pročišćenom tekstu Ustava/2010 kao članak 118.) Ustava, a budući da je podnositeljica upisom u zemljišne knjige stekla pravo vlasništva na predmetnom stanu, presudom Vrhovnog suda, u povodu koje je podnesena ustavna tužba, povrijeđeno je podnositeljici i ustavno pravo vlasništva iz članka 48. Ustava jer je na temelju presude Vrhovnog suda izvršena uknjižba brisanja prava vlasništva podnositeljice u zemljišnim knjigama.

27 Odluka broj: U-III-89/93 od 23. veljače 1994. (“Narodne novine” 22/94.). Nižestupanjski sudovi su djelomično usvojili tužbeni zahtjev podnositelja i utvrdili da je suvlasnik u 1/2 dijela sporne nekretnine. Protiv drugostupanjske presude jedino je podnositelj izjavio reviziju smatrajući da mu pripada vlasništvo sporne nekretnine u cijelosti, a ne samo 1/2 koliko su utvrdili nižestupanjski sudovi. Vrhovni sud je preinačio nižestupanjske presude i odbio i dio tužbenog zahtjeva podnositelja kojeg su nižestupanjski sudovi usvojili. Ustavni sud je utvrdio da je Vrhovni sud, preinačivši nižestupanjske presude na štetu stranke koja je jedina izjavila reviziju postupio protivno odredbama ZPP-a što je dovelo do povrede članaka 3. i 115. (članak 115. je u pročišćenom tekstu Ustava/2001 naznačen kao članak 117., a u pročišćenom tekstu Ustava/2010 kao članak 118.) Ustava, a time i do povrede Ustavom zajamčenog prava vlasništva.

28 Odluka broj: U-III-63/1996 od 29. svibnja 1996.

29 Odluka broj: U-III-1031/1997 od 17. studenog 1999. (“Narodne novine” 135/99.).

poljoprivrednom zemljištu³⁰ i Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, da bi nepriznavanje položaja stranke Republici Hrvatskoj u takvim zemljišnoknjižnim postupcima moglo dovesti do gubitka vlasništva, a koje se pravo jamči (i Republici Hrvatskoj) člankom 48. Ustava.³¹

2.3. Značajnija stajališta Ustavnog suda

Određujući sadržaj članka 48. stavak 1. Ustava Ustavni sud je u svojim odlukama izrazio i sljedeća stajališta:

- "... svatko tko nakon donošenja i objave Ustava ... tj. nakon dana 21. prosinca 1990. godine, donosi akte kojima oduzima ili ograničava vlasništvo na način i po postupku koji nije u skladu s navedenom ustavnom odredbom (člankom 50. stavkom 1. Ustava³² - op. autorica), unatoč tome što navedena zakonska odredba nije formalnopravno prestala važiti (članak 11. Zakona o eksproprijaciji - utvrđivanje općeg interesa - op. autorica) postupka suprotno navedenoj ustavnoj odredbi, a time čini povredu prava vlasništva zajamčenog Ustavom."³³

- "Jamčeći pravo vlasništva Ustav ne štiti samo pojedinačno pravo vlasništva, tj. nečije (stvarno) pravo koje ovlašćuje svog nositelja da s određenom stvari i koristima od nje raspolaže potpuno i čini što ga je volja (u skladu sa zakonom) i da svakog drugog od toga isključi, ako i u koliko to nije protivno tuđim pravima ili zakonskim ograničenjima, već štiti i samu ustanovu (institut) prava vlasništva u ustavnopravnom poretku države. Ustanova prava vlasništva štiti se i time što se zakonom propisuju uvjeti stjecanja, zaštita i prestanak prava vlasništva", (odluka broj U-I-28/93).³⁴

30 Zakon o poljoprivrednom zemljištu ("Narodne novine" 34/91., 26/93., 79/93., 90/93., 54/94. i 48/95.).

31 Vezano uz ovlaštenje Republike Hrvatske da podnosi ustavnu tužbu vidi noviju praksu Ustavnog suda; primjerice rješenje broj: U-III-2154/2007 od 5. studenog 2009. ("Narodne novine" 140/09. i na: www.usud.hr.). U postupku koji je prethodio ustavnosudskom Republici Hrvatskoj bilo je naloženo da tužiteljima naknadi štetu. Ustavni sud je ustavnu tužbu Republike Hrvatske odbacio ocijenivši je nedopuštenom. Pritom je izrazio stajalište: "*Ustavna tužba je ustavnopravno sredstvo zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda koja mogu biti povrijeđena pojedinačnim aktima tijela državne ili javne vlasti. Država nije ovlaštena podnositi ustavnu tužbu protiv odluka svojih vlastitih tijela, niti je po naravi stvari moguće da njoj budu povrijeđena ljudska prava i temeljne slobode.*"

32 Članak 50. stavak 1. Ustava glasi: "Zakonom je moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti."

33 Odluka broj: U-III-437/1993 od 17. siječnja 1996. ("Narodne novine" 7/96.). Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu i ukinuo presudu Upravnog suda i rješenje Skupštine općine P. kojim je utvrđen opći interes radi eksproprijacije nekretnina u vlasništvu podnositelja ustavne tužbe.

34 Odluka broj: U-I-28/1993 od 17. travnja 1996. ("Narodne novine" 32/96. i 41/96.). Ustavni sud je ukinuo članak 22. Zakona o porezu na promet nekretnina ("Narodne novine" 53/90., 59/90., 61/91., 26/93. i 95/95.), a koji je propisivao da se bez dokaza o plaćenom porezu na promet nekretnina ne može upisati prijenos prava vlasništva na nekretnini u zemljišnim knjigama.

- "... to jamstvo se ne odnosi i na tzv. društveno vlasništvo iz ranijeg pravnog i političkog sustava ..." (rješenje broj: U-I-258/92 i dr.).³⁵

- Ustavno jamstvo vlasništva ne odnosi se na nekretnine koje u momentu stupanja na snagu Ustava nisu bile u vlasništvu podnositelja ustavne tužbe,³⁶ međutim, pod određenim uvjetima, odnosi se na zaštitu budućeg vlasništva.³⁷

- Ustavno pravo vlasništva nije apsolutno pravo.³⁸

- "... Ustavom zajamčeno pravo vlasništva moglo (*bi se*) povrijediti i time što je nekome onemogućeno da ga ponovno stekne kada se za to stvore zakonom propisane pretpostavke".³⁹

35 Rješenje broj: U-I-258/1992 i dr. od 14. lipnja 2000. Ustavni sud nije prihvatio prijedloge (podnesene u razdoblju od 1992. do 2000.) za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 3. stavka 1. Zakona o poljoprivrednom zemljištu ("Narodne novine" 34/91., 54/94. - pročišćeni tekst, 48/95., 19/98. i 105/99.).

36 Odluka broj: U-III-152/1992 od 31. ožujka 1993. ("Narodne novine" 29/93. i na: www.usud.hr). Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu. Osporenim upravnim rješenjem bilo je utvrđeno da su sporne nekretnine, ranije vlasništvo podnositeljeve supruge koja je optirala za talijansko državljanstvo, prešle u društveno vlasništvo 18. prosinca 1954. Ustavni sud je utvrdio da su upravna tijela pravilno primijenila međudržavne ugovore, da je upravno rješenje doneseno u provedbi međudržavnog ugovora između Republike Italije i bivše SFRJ te da ima deklaratorni karakter. "Kako se u konkretnom slučaju ne radi o nekretnini koja je u momentu stupanja na snagu Ustava ... bila u vlasništvu podnositelja ustavne tužbe... to navedenom presudom Upravnog suda... podnositelju ustavne tužbe nije moglo biti povrijeđeno ustavno pravo vlasništva."

37 U odluci broj: U-III-1056/1994 od 22. ožujka 1995. ("Narodne novine" 23/95.), Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu, zauzevši pritom stajalište da bivši vlasnici poduzeća u pretvorbi odnosno njihovi nasljednici, imaju pravo sudjelovati u postupku pretvorbe poduzeća te da "... ustavnu odredbu članka 48. stavak 1. (...) povezanu s temeljnim odredbama o nepovredivosti vlasništva, socijalnoj pravdi i o vladavini prava (članak 3. Ustava) valja tumačiti i kao zaštitu prava vlasništva u postupku nastajanja (vraćanja), odnosno i kao zaštitu i budućeg vlasništva.... Dakako, njihova (buduća) vlasnička prava ovise o propisima koje, kako je već rečeno, tek treba donijeti."

38 Odluka broj: U-I-1037/1995 od 25. rujna 1997., vidi bilješku 15. U toj odluci Ustavni sud je zauzeo stajalište: "Međutim, pravo vlasništva, kao i ostala prava i slobode zajamčene Ustavom ..., nije apsolutno. Prema članku 16. Ustava, slobode i prava mogu se ograničiti samo zakonom da bi se zaštitila sloboda i prava drugih ljudi te pravni poredak, javni moral i zdravlje, a prema članku 50. Ustava, Zakonom je moguće u interesu Republike ograničiti ili oduzeti vlasništvo uz naknadu tržišne vrijednosti (stavak 1.), a poduzetnička se sloboda i vlasnička prava mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (stavak 2.)." U toj odluci Ustavni sud pozvao se i na članak 1. Protokola 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, iako u vrijeme donošenja odluke Konvencija još nije stupila na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku (stupila je 5. studenog 1997.).

39 Odluka broj: U-III-22/1992 od 16. lipnja 1992. ("Narodne novine" 42/92.) Ustavna tužba podnositelja je odbijena jer je utvrđeno da nisu ispunjene pretpostavke za vraćanje u vlasništvo oduzetoga građevinskog zemljišta propisane člankom 4a. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o građevinskom zemljištu ("Narodne novine" 53/90).

2.4. Vlasništvo nije samo pravo, ono i obvezuje

Ustav jamči pravo vlasništva, no, Ustav u stavku 2. propisuje da vlasništvo i obvezuje. "To znači da je vlasnik, između ostalog, u obvezi držati se Ustava i zakona i poštivati pravni poredak Republike Hrvatske."⁴⁰ Rješenjem U-I-427/1993 Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom, između ostalih, članka 357. Carinskog zakona⁴¹ koji propisuje obvezu izricanja zaštitne mjere oduzimanja predmeta u slučajevima kada je počinjen jedan od prekršaja koji je naveden u toj odredbi. Ustavni sud je ocijenio da je nepoštivanje obveza utvrđenih u Carinskom zakonu nepoštivanje pravnog poretka, "... u kojem slučaju Ustav dopušta propisivanje ograničenja ustavnih prava (članak 16. Ustava ...). To ograničenje temeljem zakona ponekad se može očitovati i u propisivanju mogućnosti oduzimanja predmeta kojim je počinjeno neko prekršajno djelo."

Iz istih razloga Ustavni sud je odbio ustavnu tužbu podnositelja kojem je, uz novčanu kaznu zbog počinjenog carinskog prekršaja, izrečena i zaštitna mjera oduzimanja predmeta prekršaja (osobni automobil). Ustavni sud je ponovio u prethodno navedenoj odluci citirana stajališta, te ocijenio da u pravni poredak (kojeg su svi dužni poštivati) "... nedvojbeno spada i odredba članka 15. Carinskog zakona koja obvezuje vlasnika da robu kupljenu u inozemstvu (automobil), koji unosi u Republiku Hrvatsku, prilikom prijelaza preko carinske crte prijavi nadležnoj carinarnici. Nepoštivanje te zakonske obveze je nepoštivanje pravnog poretka, u kojem slučaju Ustav dopušta propisivanje /zakonom/ ograničenja ustavnih prava... Slijedom izloženog, podnositelj ustavne tužbe u konkretnom slučaju neosnovano traži ustavnosudsku zaštitu prava vlasništva pozivajući se na članak 48. Ustava..., budući da mu je u prethodno vođenom prekršajnom postupku temeljem zakonskih ovlasti oduzet predmet vlasništva (automobil) zbog počinjenja carinskog prekršaja, a u takvoj pravnoj situaciji nema osnova za ustavnosudsku zaštitu."

Pozvavši se, između ostalog, na odredbu Ustava prema kojoj vlasništvo obvezuje, Ustavni sud nije prihvatio ni prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom odredbi Zakona o boravišnoj pristojbi,⁴² prema kojima boravišnu pristojbu plaćaju vlasnici kuća i stanova za odmor u turističkom mjestu. Ustavni sud je utvrdio da "pravo vlasništva ovlašćuje svoga nositelja da sa stvari čiji je vlasnik i koristima od nje čini što ga je volja, te da svakoga drugoga od toga isključi, ako to nije protivno tuđim pravima ni zakonskim ograničenjima. U tim granicama vlasnik ima, među ostalim, pravo posjedovanja, uporabe, korištenja i raspolaganja svojom stvari. Propisivanjem obveze plaćanja boravišne pristojbe vlasnicima kuća i stanova za odmor u turističkim mjestima ni na koji način nije ograničeno njihovo pravo vlasništva na određenoj nekretnini. U prilog ovome može

40 Rješenje U-I-427/1993 od 23. studenog 1994., ("Narodne novine", 34/94.).

41 Carinski zakon ("Narodne novine" 53A/91., 33/92., 40/92., 61/92. i 106/93.).

42 Zakon o boravišnoj pristojbi ("Narodne novine" 27/91., 109/93., 30/94., 35/95. - pročišćeni tekst, 70/97. i 30/99.). Rješenje Ustavnog suda broj: U-I-438/1994 i dr. od 27. listopada 1999. ("Narodne novine" 122/99.).

se navesti i činjenica da odredba stavka 2. članka 48. Ustava propisuje da vlasništvo obvezuje te da su nositelji vlasničkoga prava i njihovi korisnici dužni pridonositi općem dobru.”

3. RAZDOBLJE OD 2000. DO 2009. GODINE

Početak 2000. godine Ustavni sud je u znatnoj mjeri izmijenio način postupanja i odlučivanja o ustavnim tužbama. Navedena promjena je prvenstveno bila motivirana potrebom da se njegovo djelovanje svede u granice ustavne nadležnosti, a to je značilo zaštitu ustavnih, a ne svih subjektivnih prava građana.⁴³ Poticaj za to je znatno povećanje broja zaprimljenih predmeta, osobito ustavnih tužbi, što je rezultiralo preopterećenošću Ustavnog suda te zaostacima u njihovu rješavanju. Stoga se je Ustavni sud priklonio restriktivnom pristupu u zaštiti ustavnog prava vlasništva.⁴⁴

43 Ustavni sud je navedeno stajalište obrazlagao u svojim odlukama na sljedeći način: “(...) Ustavni sud, u postupku u povodu ustavne tužbe, ne obnaša nadležnost žalbenog suda niti Vrhovnog suda, već odlučuje je li u postupku odlučivanja o pravima i obvezama tužitelja došlo do ustavom nedopuštenog zadiranja u temeljne slobode i prava čovjeka i građanina, tj. jeli povrijeđeno ustavno pravo tužitelja (stavak 1. članak 59. Ustavnog zakona). Stoga su i ovlasti Ustavnog suda u svezi s pitanjima primjene materijalnog prava, činjeničnog utvrđenja i ocjene dokaza kvalitativno drukčije.

Ustavni se sud, u pravilu, ne upušta u pitanje jesu li sudovi pravilno i potpuno utvrdili činjenično stanje, ne upušta se ni u ocjenu dokaza niti u pravnu ocjenu sudova. Za Ustavni sud relevantne su činjenice o čijem postojanju ovisi ocjena o povredi ustavnog prava, a pogrešna primjena materijalnog prava nije, sama po sebi valjani razlog za podnošenje ustavne tužbe. (...)”- odluka broj: U-III-1097/1999 od 13. ožujka 2000. (“Narodne novine” 38/00. i na: www.usud.hr).

44 “U doktrini i praksi europskih ustavnih sudova stalo se na stajalište da odredbe o jamstvu prava vlasništva štite vlasništvo samo od presizanja državnih tijela (posebno od upravnih i njima srodnih tijela), a u određenom obliku i od zakonodavca (i drugih donositelja propisa) koji općim aktima ne smiju ograničavati pravo vlasništva ispod razine određene ustavom. Ustavnopravno jamstvo vlasništva ne isključuje (ili ne mora isključivati) ustavnopravnu zaštitu zadiranja drugih subjekata privatnog prava (građana, pravnih osoba). Ono je zaštićeno i od takvih presizanja, ali ne na ustavnopravnoj razini, nego zakonom, ne u postupku u povodu ustavne tužbe nego pred redovnim sudovima.

15.1. Pretežno se smatra da je zakonodavac svojoj ustavnoj dužnosti zaštite prava vlasništva udovoljio ako je vlasništvo regulirano zakonom i ako je uređen sustav pravosudne vlasti koja sudu o imovinskopравnim sporovima, uključujući i ustavom zajamčene pravne lijekove. To stoga što sudovi sude ne samo na temelju zakona nego i primjenom ustavnih pravila (stavak 1. članka 5. Zakona o sudovima - NN 3/94.), pa i oni obavljaju (prvenstvenu) kontrolu ustavnosti koja je kada je riječ o imovinskopравnim sporovima - dostatna.

Zbog toga povreda vlasništva u privatnim građanskopravnim sporovima zapravo nije povreda ustavnog prava u smislu članka 59. Ustavnog zakona jer se na njoj ne može zasnovati ustavna tužba, čak ni u slučaju da sud u vlasničkoj ili drugoj imovinskoj parnici donese nezakonitu odluku. Protiv takve odluke stranka ima pravo ulagati pravne lijekove u građanskom sudskom postupku, a ne i pravo na ustavnu tužbu”. Velimir, Belajec “Ustavne osnove za podnošenje ustavne tužbe” u “Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava”, Organizator Zagreb, 2000, str.109-110.

3.1. Konkretna kontrola

U navedenom se razdoblju ustavnopravna zaštita ustavnog prava vlasništva ograničavala samo na zaštitu protiv nedopuštenih zahvata državnih, odnosno, javnopravnih tijela u imovinska prava pojedinaca (fizičkih ili pravnih osoba). Takvo stajalište Ustavni sud je prvi put istaknuo u odluci broj: U-III-661/1999.⁴⁵

Prihvaćeno stajalište Ustavni sud obrazložio je na sljedeći način:

„Ustav Republike Hrvatske u članku 48. jamči pravo vlasništva i pravo nasljeđivanja. To jamstvo na ustavnopravnoj razini štiti samo od pozivanja države u vlasnička prava pojedinaca, shvaćena u vrlo širokom smislu (načelno sva imovinska prava). Ono priječi upravnim vlastima da, propisom ili pojedinačnim aktom, posežu u vlasništvo na način da se na štetu vlasnika nameću određene dužnosti činjenja, trpljenja ili popuštanja, osim ako je to na zakonu osnovano.

Nema mjesta primjeni odredaba o ovom ustavnom jamstvu ako zadiranje u vlasništvo potiče od drugih pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih osoba). U tom slučaju, u pravilu, radi se o imovinskim sporovima privatnog prava, u kakvima je predviđena sudska, eventualno i neka druga pravna zaštita. Pa se ustavna tužba ne može s uspjehom podići, jer se ustavno jamstvo vlasništva ne odnosi na takve slučajeve. Odluke sudova u imovinsko pravnim stvarima načelno ne mogu biti podvrgnute nadzoru Ustavnog suda u postupku povodom ustavne tužbe, osim iznimno posredno-zbog povreda načela jednakosti u njegovom vidu zaštite od samovolje odnosno arbitrarnosti sudskih odluka, a za što u konkretnom slučaju ne postoje pretpostavke.“⁴⁶

Usljed tako restriktivnog pristupa zaštiti ustavnog prava vlasništva Ustavni sud je zaštitu ustavnog prava vlasništva u najvećem dijelu pružao protiv odluka donesenih u upravnim postupcima.⁴⁷ Međutim, tijekom vremena djelomično je

45 Odluka broj: U-III-661/1999 od 13. ožujka 2000. („Narodne novine“ 38/00. i na: www.usud.hr).

46 Odluka Ustavnog suda broj: U-III-361/1998 od 22. veljače 2001.

47 U odluci broj: U-III-894/2000 od 2. veljače 2001. („Narodne novine“ 13/01. i 22/01.), Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu podnositelja, protiv presude Upravnog suda Republike Hrvatske kojom je usvojena tužba u upravnom sporu, te je djelomično poništen Zaključak o preuzimanju športskih objekata i drugih nekretnina u vlasništvo G. Z., koji je donio podnositelj ustavne tužbe - G. s. G. Z. Ustavni sud je ocijenio da je nezakonito postupio Upravni sud kada je prihvatio nadležnost u konkretnoj stvari smatrajući pobijani Zaključak upravnim aktom koji je morao biti donesen prema pravilima upravnog postupka. U obrazloženju odluke ističe se sljedeće:“(…) No sve dok se u postupku pred nadležnim sudom ne utvrdi drugačije, upis prava vlasništva na Športskom parku “M.” u zemljišnim knjigama, proveden temeljem navedenog Zaključka o preuzimanju športskih objekata G. s. G. Z., ima se smatrati valjanim, sukladno načelu povjerenja u zemljišne knjige. Stoga Sud utvrđuje da je osporavanom presudom došlo i do povrede prava vlasništva podnositelja ustavne tužbe, zajamčenog člankom 48. stavak 1. Ustava(…)”.

- u odluci, broj: U-III-1014/2000 od 2. veljače 2000. (“Narodne novine” 12/01. i na: www.usud.hr), kojom je usvojio ustavnu tužbu podnositelja Ustavni sud izrazio je sljedeće stajalište: „(…)Postupanjem upravnih tijela i Upravnog suda Republike Hrvatske u konkretnom slučaju povrijeđeno je i ustavno pravo iz članka 48. stavka 1. Ustava kojim se jamči pravo

odstupljeno od navedenog stajališta, te je sadržaj i opseg ustavnosudske zaštite jamstva vlasništva Ustavni sud obrazlagao na sljedeći način:

„Ustavni sud, na temelju članka 48. Ustava, štiti pravo vlasništva na ustavnopravnoj razini na način da prijeći tijelima državne vlasti ograničavanje ili oduzimanje tog prava, osim ako je ograničenje ili oduzimanje zasnovano na zakonu.

U slučaju zadiranja u vlasništvo od strane drugih pravnih subjekata (fizičkih ili pravnih osoba) radi se, u pravilu o imovinskim sporovima privatnog prava. Ustavni sud ispituje i takvu odluku sudbene i druge vlasti kada ocijeni da je osporena odluka, prosuđujući je kroz zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih ustavom, utemeljena na neprihvatljivom pravnom stajalištu ili je tako pogrešna i bez razboritog pravnog obrazloženja da ju je moguće ocijeniti samovoljnom.“⁴⁸

Slijedi da je ustavnosudska zaštita jamstva prava vlasništva u tim konkretnim slučajevima ustavnosudske zaštite ustavnom tužbom bila svedena na kontrolu zakonitosti sudskih odluka, čime se moglo zaključiti da je stajalište Ustavnog suda bilo da se zakonitom odlukom ne može povrijediti ustavno jamstvo vlasništva.⁴⁹

Naznake promjene navedenoga stajališta Ustavnog suda o ustavnosudskoj zaštiti ustavnog jamstva vlasništva po prvi put uočavamo u odluci Ustavnog suda broj: U-III-50/2006⁵⁰ (odlukom je odbijena ustavna tužba uz obrazloženje da zakonitim pojedinačnim aktom nadležnog tijela ne može biti povrijeđeno ustavno pravo vlasništva), kada je šest sudaca glasalo protiv navedene odluke o odbijanju ustavne tužbe i izdvojilo svoja mišljenja, a jedan od sudaca izdvojio je konkurirajuće mišljenje.

vlasništva.

Jamstvo prava vlasništva, na ustavnopravnoj razini, štiti to pravo od posizanja države u vlasnička prava pojedinca. Ono prijeći upravnim vlastima posizanje u vlasništvo na način da se na štetu vlasnika nameću određene dužnosti činjenja, trpljenja ili propuštanja, osim ako je posizanje zasnovano na zakonu. Kako su u konkretnom slučaju odluke donesene suprotno ranije navedenim odredbama Zakona o općem upravnom postupku, Sud je utvrdio da je takvim odlukama povrijeđeno ustavno pravo iz članka 48. stavka 1. Ustava, budući da je podnositelju osporenim odlukama naloženo plaćanje poreza na promet, poreza na dobit i poreza na dohodak od nesamostalnog rada sa zateznim kamatama u ukupnom iznosu od 85.192,40 kn.(...)“.

48 Vidi Odluke Ustavnog suda broj: U-III-1038/1999 od 29. svibnja 2002., U-III-338/1999 od 14. studenog 2002., U-III-1791/01 od 20. siječnja 2004., U-III-394/2003 od 7. srpnja 2004., U-III-2973/2006 od 30. siječnja 2008, U-III-3097/2005 od 16. listopada 2007. vidi na: www.usud.hr.

49 Odlukom broj: U-III-1604/2004 od 17. veljače 2005. Ustavni sud odbio je tužbu podnositelja uz sljedeće obrazloženje: “(...) Osporenim odlukama, donesenim u skladu sa zakonskim odredbama te u postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku, a koji je, u konkretnom slučaju, jedino predmet ustavnosudske ocjene, podnositelju nije povrijeđeno ustavno pravo vlasništva niti je povrijeđena odredba članka 50. stavka 1. Ustava, kojom je određeno da je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti.”

50 Odluka broj: U-III-59/2006 od 26. studenog 2006. („Narodne novine“ 132/06. i na: www.usud.hr).

U tom je predmetu tijekom prekršajnog postupka radi počinjena prekršaja iz članka 993. stavka 3. Pomorskog zakonika,⁵¹ suglasno članku 1108. istoga Zakona izrečena zaštitna mjera oduzimanja predmeta izvršenja prekršaja, što je u konkretnom slučaju bila motorna jahta veće vrijednosti.

U izdvojenom mišljenju istaknuto je sljedeće:

„Ustavni sud je u odluci od 22. studenog 2006. odbio ustavnu tužbu. Nasuprot tome smatramo da je ustavna tužba u ovom predmetu djelomično osnovana i da je u navedenim rješenjima trebalo ukinuti dio koji se odnosi na izricanje zaštitne mjere oduzimanja jahte, a odbiti je u dijelu koji se odnosi na izricanje prekršajne kazne u iznosu od 100.000,00 kuna. Naše stajalište temeljimo na ustavnopravnoj interpretaciji odnosa članka 48. Stavka 1. Ustava kojim se jamči pravo vlasništva i članka 16. stavka 2. Ustava koji propisuje da svako ograničenje sloboda i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. U ovom slučaju očita je i nedvojbeno izrazito velika i potpuno neprihvatljiva nesrazmjernost između težine počinjenog prekršaja i nedozvoljene zarade koja je njome ostvarena sa zaštitnom mjerom oduzimanja jahte (...). Zbog toga smatramo da je navedenom zaštitnom mjerom prekršen članak 48. stavka 1, u svezi s člankom 16. stavkom 2. Ustava, jer podnositelju je oduzeto pravo vlasništva jahte u okolnostima koje su nerazmjerne potrebi za ograničenjem prava vlasništva (...).

Također ističe se da je: “(...) potpuno neprihvatljivo ustavnopravno shvaćanje da zakonska odredba može derogirati zajamčeno ustavno pravo. Ovakvo obrazloženje ne samo da ne može biti temelj za odbijanje ustavne tužbe u navedenoj Odluci Ustavnog suda od 22. studenog 2006., nego je i načelno s motrišta buduće prakse Ustavnog suda neprihvatljivo. Iz njega proizlazi, naime, ne samo shvaćanje da pri odlučivanju o ustavnim tužbama Ustavni sud odlučuje o zakonitosti, a ne o povredi ustavnih prava već i shvaćanje da se zakonom može obrazložiti neprimjenjivanje ustavnih odredaba kojima se jamče ljudska prava i temeljne slobode.”

Unatoč navedenom „tijesnom“ odbijanju ustavne tužbe u konkretnom slučaju, i u kasnijoj odluci Ustavnog suda u predmetu U-III-4584/2005,⁵² u činjenično i pravno identičnom slučaju, ustavna tužba podnositelja je odbijena. Međutim, u obrazloženju navedene odluke Ustavni sud iznosi sljedeće stajalište:

„(...)Oduzimanje plovila kojima je počinjen prekršaj izrečeno je na temelju odredbe članka 1008. stavka 2. Pomorskog zakonika koja propisuje obavezno izricanje zaštitne mjere oduzimanja plovila kojim je počinjen prekršaj, pa za ocjenu ustavnosti primjene te mjere nije mjerodavna odredba članka 16. stavka 2. na čiju povredu podnositelji u ustavnoj tužbi ukazuju. (...)“

I ovaj put šest sudaca Ustavnog suda izdvojilo je svoje mišljenje protiv navedene odluke, te su dva suca, suglasna sa izrekom odluke, izdvojila mišljenja glede obrazloženja odluke.⁵³

51 Pomorski zakonik („Narodne novine“ 181/04.).

52 Odluka broj: U-III-4584/2005 od 15. studenog 2007. (“Narodne novine” 122/07. i na: www.usud.hr).

53 U jednom od konkurirajućih mišljenja navodi se: „Na području kaznenopravnih i prekršajnih

3.2. Apstraktna kontrola

U istom je razdoblju u postupcima apstraktne kontrole ustavnosti i zakonitosti propisa Ustavni sud utvrdio nesuglasnost s člankom 48. Ustava u svega nekoliko slučajeva.⁵⁴

Tako je odlukom broj: U-I-236/1996.⁵⁵ utvrđeno je da su odredbe članka 14. stavaka 2. i 7. Zakona o statusu prognanika i izbjeglica,⁵⁶ koje su ukinute odredbom članka 5. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o statusu prognanika i izbjeglica⁵⁷ bile protivne odredbama članaka 48. stavka 1. i 50. Ustava, te članku 1. Protokola 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁵⁸ (u daljnjem tekstu: Konvencija).⁵⁹

sankcija opseg i domet ustavnosudske kontrole ovisi, uz ostalo, o njihovim specifičnostima u odnosu na sankcije drugih pravnih grana.(...) pri pravilno shvaćenim ovlastima Ustavnog suda na kontrolu propisivanja i primjene kaznenih zakona, načelo razmjernosti, unatoč svoje javnopravne racionalnosti, predstavlja ograničeni instrument ustavnosudske kontrole. Tamo gdje je zakonodavac, potaknut javnim konsenzusom (izraženim npr. kroz medije javnog informiranja) o nužnosti reakcije represivnim sredstvima na napade na određena društvena dobra (kao što je npr. sigurnost gospodarskog poslovanja, dobrobit i očuvanje okoliša, kod nas posebice: „more, morska obala i otoci... i druga prirodna bogatstva... od osobitog ... gospodarskog značaja... za Republiku Hrvatsku“, članak 52. stavak 1. Ustava), propisao sankcije kao ograničavajuće norme, ti se *propisi* ne mogu ustavnosudski kontrolirati prema načelu razmjernosti jer je mjerodavni kriterij za njih kriminalna politika na koju je legitimiran zakonodavac(...). Samo iznimno propisi o kaznenim i prekršajnim sankcijama podliježu ustavnosudskoj ocjeni ustavnosti, na temelju specifičnih, ustavom propisanih načela koja određuju neprekoračive okvire tih sankcija, kao što su zabrana smrtne kazne, mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja ili zlostavljanja te načelo zakonitosti kaznenog djela i kazne. (...). Načelo razmjernosti je ovdje značajno kako u propisivanju tako i u primjeni postupovnih odredbi kaznenog i prekršajnog prava te izvršenju kaznenih i prekršajnih sankcija. No, bez obzira što je načelo razmjernosti i njegove parametre Ustavni sud Republike Hrvatske razvio u svojoj praksi, njegovoj primjeni u konkretnom slučaju nema mjesta (...).“

54 V. Radolović, Aldo, „Jamstvo prava vlasništva u praksi Ustavnog suda Republike Hrvatske i Europskog suda za ljudska prava“, *Pravo u gospodarstvu*, 2010., vol. 49 no.1.,1 - 498.

55 Odluka U-I-236/1996 i 840/1997 od 3. svibnja 2000. („Narodne novine“ 50/00. i na: www.usud.hr).

56 Zakon o statusu prognanika i izbjeglica („Narodne novine“ 96/93. i 39/95.).

57 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o statusu prognanika i izbjeglica („Narodne novine“ 128/99.).

58 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine - Međunarodni ugovori broj 18/97., 6/99. - pročišćeni tekst, 8/99. - ispravak, 14/02. i 1/06.*

59 U toj odluci navedeno je sljedeće: „(...) Ustavni sud je ocjenjujući ustavnost navedenih odredbi vodio računa o stvarnim prilikama u vrijeme donošenja i primjene Zakona i zaključio da je zaštita prognanika za vrijeme ratnih zbivanja i osiguranje njihova smještaja u imovini drugih osoba, nedvojben interes i dužnost Republike Hrvatske i da stoga predstavlja legitimnu svrhu donošenja navedenog propisa. Međutim, premda je navedeno ograničenje vlasništva (odnosno stanarskog prava) poduzeto s legitimnim ciljem, prema mišljenju ovoga Suda, navedeno ograničenje nije razmjerno navedenom cilju. To se ogleda prije svega i ponajviše u činjenici što je vlasništvo, prema osporenim odredbama, ograničeno bez ikakve naknade koju nalaže Ustav odredbom iz stavka 1. članka 50. Na nepoštivanje načela razmjernosti upućuje i činjenica da osporenim odredbom

Odlukom U-I-1559/2001⁶⁰ Ustavni sud je ukinuo više odredaba Zakona o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave⁶¹ ocijenivši da osporeni članci Zakona nisu suglasni s člankom 48. stavkom 1. i člankom 51. stavkom 1. i stavkom 2. Ustava.⁶²

Zakona nije kalendarski određeno vrijeme trajanja ograničenja, nego tek posredno - riječima "prisilni postupci iseljenja prognanika prekidaju se do stvaranja uvjeta za njihov povratak ili dok im se, uz njihovu suglasnost, ne osigura drugi odgovarajući smještaj...". Vremensku neodređenost ograničenja vlasništva potencira i vezivanje deložacije uz pristanak osobe na koju se odnosi, što također upućuje na nerazmjernost ograničenja(...)."

- 60 Odluka broj: U-I-1559/2001, U-I-2355/2002 od 21. veljače 2007. („Narodne novine“ 26/07. i na: www.usud.hr).
- 61 Zakon o financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave („Narodne novine“ 117/93., 69/97., 33/00., 73/00., 127/00., 59/01., 107/01., 117/01., 150/02. i 147/03.).
- 62 Ustavni sud u navedenoj odluci izrazio je sljedeće stajalište: „(...) Polazeći od odredbe članka 48. Ustava i uzimajući u obzir značaj prava vlasništva na način kako je to iznijeto, zaključak je da vlasnika poduzetničke nekretnine, neizgrađenog građevinskog zemljišta i neobrađenog obradivog poljoprivrednog zemljišta nije dopušteno prisiljavati na određeni način postupanja, odnosno činjenja, (u konkretnom slučaju na korištenje navedenih nekretnina), ako se ono ne može odrediti kao doprinos općem dobru, odnosno ako nije u službi zaštite interesa i sigurnosti države, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi. Osporenim zakonskim odredbama zakonodavac je ovlastio općine i gradove na uvođenje poreza zbog nekorištenja nekretnina. Tim porezima posredno se vlasnicima nekretnina nameće obveza njihovog korištenja. Takvo ograničenje prava vlasništva na nekretninama prelazi okvir Ustavom dopuštenih ograničenja prava vlasništva jer nije učinjeno zbog ostvarenja legitimnog cilja propisanog Ustavom niti je razmjerno naravi potrebe za ograničenjem. Naime, porezi koji su propisani osporenim zakonskim odredbama imaju obilježje kaznenih poreza, kojima se vlasnik, porezni obveznik, kažnjava jer je propustio koristiti nekretninu određenu osporenim Zakonom, a koja obveza, po shvaćanju ovog Suda, nije u skladu s Ustavom dopuštenim ograničenjima prava vlasništva iz članka 16. Ustava u svezi s člankom 48. stavkom 2. Ustava. Pri tome Ustavni sud napominje da obveza korištenja nekretnine koja proizlazi iz osporenih zakonskih odredbi ne udovoljava ni načelu legitimnih očekivanja stranaka u odnosu na pravnu izvjesnost učinaka zakona (načelo izraženo u rješenju Ustavnog suda, broj: U-I-706/01 od 23. studenog 2005), jer osporenim Zakonom nije dostatno određeno postupanje vlasnika koje bi ga oslobodilo od obveze plaćanja navedenih poreza (...). Ustavni sud na kraju napominje da je zakonodavac ovlašten propisati različite zakonske mjere za poticanje obrade neobrađenog obradivog poljoprivrednog zemljišta, korištenje neiskorištenih poduzetničkih nekretnina i izgradnju neizgrađenog građevinskog zemljišta, pa i one koje ograničavaju vlasnička prava u skladu s člankom 16. Ustava, odnosno člankom 52. stavkom 2. Ustava kad su u pitanju poljoprivredna zemljišta. To se, međutim, ne smije činiti na način nesuglasan temeljnim ustavnim vrednotama i zaštićenim dobrima, što je zakonodavac u konkretnom slučaju učinio propisivanjem poreza zbog nekorištenja nekretnina, koji su protivni svrsi poreza i poreznog sustava (...).”

3.3. Zaštita pred Europskim sudom za ljudska prava u odnosu na Republiku Hrvatsku

U razdoblju 2006. do 2009. Europski sud za ljudska prava⁶³ (u daljnjem tekstu: Europski sud) u više je predmeta protiv Republike Hrvatske utvrdio povredu konvencijskog prava zajamčenog člankom 1. Protokola 1⁶⁴ uz Konvenciju.

To su predmeti Radovanović protiv Republike Hrvatske od 21. prosinca 2006.,⁶⁵ Kunić protiv Hrvatske od 11. siječnja 2007.,⁶⁶ Bistrović protiv Hrvatske od 31. svibnja 2007., Vajagić protiv Hrvatske od 31. svibnja 2007.,⁶⁷ Gashi protiv Hrvatske od 13. prosinca 2007.,⁶⁸ Vučak protiv Hrvatske od 23. listopada 2008.,⁶⁹ Sinčić protiv Hrvatske od 8. siječnja 2009.,⁷⁰ Gabrić protiv Hrvatske od 5. veljače 2009.⁷¹ i Trgo protiv Hrvatske od 11. lipnja 2009.⁷²

63 Europski sud za ljudska prava (European Court of Human Rights) jest sudska instanca Vijeća Europe utemeljen 1959. godine za zaštitu prava i sloboda zajamčenih Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Stupanjem na snagu Protokola 11 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, 1. studenog 1998., Europski sud je postao stalna institucija zaštite ljudskih prava u Europi. Prije toga sudsku je funkciju, pored Suda, obavljala i Europska komisija za ljudska prava. Sjedište Suda je u Strassbourgu u Francuskoj.

64 Članak 1. Protokola 1 uz Konvenciju glasi:

“Članak 1.

ZAŠTITA VLASNIŠTVA

Svaka fizička ili pravna osoba ima pravo na mirno uživanje svojega vlasništva. Nitko se ne smije lišiti svoga vlasništva, osim u javnom interesu, i to samo uz uvjete predviđene zakonom i općim načelima međunarodnoga prava.

Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne umanjuju pravo države da primijeni zakone koje smatra potrebnima da bi uredila upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom ili za osiguranje plaćanja poreza ili drugih doprinosa ili kazni.“

65 Europski sud našao je povredu članka 1. Protokola 1 uz Konvenciju jer su domaći sudovi odbili reivindikacijski zahtjev podnositeljice da ju se vrati u posjed stana koji je Republike Hrvatska (po trećim osobama) zaposjela na temelju Zakona o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom.

66 Povreda članka 1. Protokola 1 uz Konvenciju nađena je jer je protupravno odbačen reivindikacijski tužbeni zahtjev pozivom na Zakon o privremenom preuzimanju i upravljanju određenom imovinom te na Zakon o područjima od posebne državne skrbi.

67 Povredu članka 1. Protokola 1 uz Konvenciju Europski sud je našao u tome što podnositeljima nije izvlašten (pa stoga niti isplaćen) preostali dio nekretnine koji je nakon izvlaštenja glavnog dijela nekretnine izgubio svoj gospodarski smisao.

68 Podnositelju zahtjeva Europskom sudu je, uz suglasnost Državnog pravobraniteljstva, prodan stan po odredbama Zakona o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo, a zatim je prihvaćen zahtjev države da se ta kupoprodaja oglasi ništavom. Navedenim, prema stajalištu Europskog suda, povrijeđen je članak 1. Protokola 1 uz Konvenciju.

69 Europski sud smatra da je povreda članka 1. Protokola 1 uz Konvenciju nastala zbog toga što je stan podnositelja protupravno zauzela RH (preko trećih osoba).

70 Podnositelju nije zbog neprovođenja ovrhe u razumnom roku vraćen privremeno oduzeti kamion čime je za njega nastupila povreda članka 1. Protokola 1 uz Konvenciju.

71 Povreda prava zajamčenog člankom 1. Protokola 1 uz Konvenciju nastupila je kada su podnositeljici oduzeta novčana sredstva koja nije prijavila čime je počinila carinski prekršaj za koji je i kažnjena

72 Povredu je Europski sud našao u tome što domaći sudovi odbili podnositelju priznati da je on

3.4. Usklađivanje prakse Ustavnog suda sa stajalištima Europskog suda od 2007.

U skladu s praksom Europskog suda koja je izgrađena u primjeni članka 1. Protokola 1. uz Konvenciju, te osobito one koja se odnosila na Republiku Hrvatsku, i u praksi Ustavnog suda može se zamijetiti promjena stajališta o zaštiti ustavnog jamstva vlasništva i njegovog približavanja praksi Europskog suda.

Tako, iako svojim rješenjem U-I-351/2001⁷³ u postupku apstraktne ocjene ustavnosti Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o područjima posebne državne skrbi⁷⁴ Ustavni sud nije našao razloga za prihvaćanje prijedloga za ocjenu ustavnosti⁷⁵ toga Zakona, u nizu pojedinačnih predmeta pokrenutih ustavnim tužbama kojima su se osporavale odluke redovnih sudova u primjeni odredaba tog Zakona, a polazeći od stajališta Europskog suda u predmetu *Radovanović protiv Hrvatske*, Ustavni sud je prihvaćao ustavne tužbe i pružao zaštitu ustavnog jamstva

na određenim nekretninama stekao dosjelošću (posjed od 1953. do 1993.) pravo vlasništva.

73 Odluka broj: U-I-351/2001 od 18. lipnja 2008. ("Narodne novine" 78/08. i na: www.usud.hr).

74 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o područjima posebne državne skrbi („Narodne novine“ 73/00. i 87/00.) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o područjima posebne državne skrbi („Narodne novine“ 88/02.).

75 U obrazloženju se navodi: „(...) Prema ocjeni Ustavnog suda nisu osnovani navodi predlagatelja da se osporenim odredbom “u nedogled praktično ograničava pravo vlasništva”. Upravo suprotno stajalištu podnositelja, osporenim odredbom, koja po svom sadržaju predstavlja prijelaznu i završnu odredbu, određuje se relativno kratak rok (od šest mjeseci) u kojem se imovina u vlasništvu fizičkih osoba dana na privremeno korištenje drugim osobama prema odredbama toga Zakona, a na zahtjev vlasnika, ima vratiti u posjed vlasniku, odnosno, propisuje rok od šest mjeseci od dana stupanja na snagu ZID ZPPDS iz 2000. godine, ukoliko je zahtjev za povrat imovine podnesen prije stupanja na snagu tog propisa. Osporenim odredbom članka 14. stavka 5. ZID ZPPDS iz 2000. propisuje se obveza nadležnom Ministarstvu da, ukoliko nije u roku od šest mjeseci osiguralo alternativni smještaj korisniku imovine i imovinu vratilo u posjed vlasniku, opet isključivo na zahtjev vlasnika, zaključiti s vlasnikom ugovor o najmu obiteljske kuće ili stana koji se sklapa na vrijeme do povrata imovine u posjed vlasniku. Iz sadržaja osporene odredbe, suprotno navodima predlagatelja, nije vlasniku imovine propisana obveza na sklapanje ugovora o najmu, te slijedom navedenog niti mu se odriče pravo da od države, u postupku pred nadležnim sudom, zahtijeva odgovarajuću naknadu zbog nemogućnosti korištenja svoje imovine. Stoga, polazeći od odredbe članka 50. stavka 2. Ustava prema kojoj se poduzetnička sloboda i vlasnička prava mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi, Ustavni sud utvrđuje da je u konkretnom slučaju ograničenje prava vlasništva koje se ogleda u nemogućnosti stupanja u posjed i korištenja imovine, učinjeno radi zaštite interesa Republike Hrvatske, a to je uklanjanje posljedica rata, zaštite te imovine, te bržeg povratka prognanika i izbjeglica kroz njihovo stambeno zbrinjavanje. Također ocjena je Ustavnog suda da je navedeno ograničenje poduzeto radi ostvarenja legitimnog cilja propisanog odredbom članka 16. stavka 1. Ustava te da ono nije nerazmjerno naravi potrebe zbog koje je propisano, a to je radi zaštite pravnog poretka, te prava i sloboda drugih, odnosno u konkretnom slučaju naseljenika. S obzirom na navedeno Ustavni sud ocjenjuje da članak 14. stavak 5. ZID ZPPDS iz 2000., nije u nesuglasnosti s ustavnim odredbama koje predlagatelj navodi u prijedlogu (...).“

prava vlasništva.⁷⁶

Ustavni sud je tako odlukom broj: U-III-195/2006⁷⁷ usvojio ustavnu tužbu podnositelja kojom je podnositelj osporavao odluke sudova kojima je odbijen njegov tužbeni zahtjev protiv Republike Hrvatske radi naknade štete. Prema podnositeljevu mišljenju u razdoblju od 1995. godine pa sve do 2003. Republika Hrvatska je raznim propisima i primjenom tih propisa kontinuirano ustanovila i štitila pravo privremenih korisnika na posjedovanje imovine, pa tako i imovine podnositelja ustavne tužbe, nasuprot pravu podnositelja, kao vlasnika da posjeduje svoju nekretninu.

U navedenoj odluci Ustavni sud istaknuo je sljedeće:

„(...)

7. Međutim, predmet postupka koji je prethodio ustavnoj tužbi bilo je pitanje je li Republika Hrvatska odgovorna za prekomjerno ograničenje prava vlasništva koje se očituje u nemogućnosti posjedovanja nekretnina u vlasništvu podnositelja ustavne tužbe i to od dana kada je podnositelj podnio tužbeni zahtjev za povratom posjeda tih nekretnina (...).

7.3. Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Europski sud), odlučujući u povodu zahtjeva podnijetog glede povrata privatne imovine koja je bila dana na privremeno korištenje nakon oslobođenja okupiranih dijelova Republike Hrvatske i naknade za njezino korištenje, presudom Radanović protiv Hrvatske od 21. prosinca 2006. godine, utvrdio je da je u tom slučaju došlo do miješanja u pravo podnositeljice zahtjeva na vlasništvo, ali da ona nije bila lišena svog prava vlasništva, već je to miješanje predstavljalo kontrolu korištenja imovine u smislu 2. stavka članka 1. Protokola br. 1. Sud je prihvatio zadaću hrvatskih vlasti koje su morale postići ravnotežu između prava vlasnika i privremenih korisnika u kontekstu povratka izbjeglica i prognanika, budući da se radilo o postupanju u socijalno osjetljivim stvarima. Sud je prihvatio da tuženoj državi treba priznati široku slobodu procjene, međutim, ocijenio je da vršenje diskrecionog prava države ne može za sobom povlačiti posljedice koje se ne slažu sa standardima Konvencije.”

Zaključak je Europskog suda da hrvatske vlasti nisu postigle traženu, poštenu, ravnotežu između općeg interesa zajednice i zaštite prava podnositeljice zahtjeva na vlasništvo, te je stoga podnositeljica zahtjeva morala snositi prekomjeran pojedinačni teret i miješanje u pravo na vlasništvo, a da se to ne može smatrati razmjernim s legitimnim ciljem kojeg se željelo ostvariti. (...)

8. Ustavni sud smatra osnovanim pozivanje podnositelja u ustavnoj tužbi da je pogrešno stajalište sudova prema kojem se u navedenoj pravnoj situaciji imaju primijeniti isključivo odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o područjima posebne državne skrbi (“Narodne novine” broj 88/02.). Navedene

76 Odluke broj: U-III-195/2006 od 18.6.2008., U-III-3225/2005 od 22.10.2008., U-III-229/2006 od 9.10.2008., U-III-1192/2005 od 25.9.2008., 1310/2005 od 12.11.2008., U-III-3636/2007 od 13.5.2009. i dr.

77 Odluka broj: U-III-195/2006. od 28.lipnja 2008. („Narodne novine“ 78/08 i na: www.usud.hr).

odredbe Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o područjima posebne državne skrbi, prema ocjeni Ustavnog suda, predstavljaju prijelazne i završne odredbe kojima se propisuje obveza Republike Hrvatske na naknadu štete u slučaju nepriдрžavanja rokova koji su propisani tim zakonom, a ne i obveza Republike Hrvatske na naknadu vlasniku zbog nemogućnosti korištenja nekretnine u utuženom razdoblju, dakle od dana podnošenja zahtjeva nadležnom tijelu za njezino vraćanje u posjed zbog nemogućnosti korištenja nekretnine.

Ocjena je Ustavnog suda da navedene odredbe Zakona o područjima posebne državne skrbi nisu mjerodavne u konkretnom slučaju.

8.1. Međutim, to ne znači da samim time, kako to smatraju sudovi, ne postoji niti materijalnoppravna osnova za dosuđivanje podnositelju "naknade štete" odnosno naknade zbog nemogućnosti korištenja nekretnine u utuženom razdoblju - od dana podnošenja zahtjeva za njezino vraćanje u posjed, dakle i za razdoblje prije stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o područjima posebne države skrbi. Pravo podnositelja na naknadu za to razdoblje ovisit će o ocjeni suda je li podnositelju zbog duljine razdoblja u kome je bio onemogućen u posjedu svoje imovine nametnut prekomjeran teret u odnosu na legitiman cilj zbog kojeg mu je ona oduzeta iz posjeda. Stoga je obveza sudova da u svakom pojedinom slučaju, pri odlučivanju o osnovanosti tužbenog zahtjeva za naknadu zbog nemogućnosti korištenja imovine, utvrde postojanje navedenih okolnosti.

Na temelju svega navedenog, polazeći od odredbe članka 16. Ustava i Protokola br. 1 uz Konvenciju, ocjena je Ustavnog suda da se u ovim slučajevima radi o naknadi koja vlasniku pripada zbog nemogućnosti korištenja imovine, koju je uzrokovala država u provedbi socijalnih mjera, poduzetih s ciljem uklanjanja posljedica ratnih zbivanja (...)."

4. RAZDOBLJE OD 2009. GODINE

U nastojanju da uskladi svoju praksu sa stajalištem Europskog suda, koja je izgrađena u primjeni članka 1. Protokola 1 uz Konvenciju, u području zaštite prava vlasništva, u novijoj praksi, Ustavni sud je veliki korak napravio odlukom broj: U-III B-1373/2009 od 7. srpnja 2009.⁷⁸

Navedenom odlukom Ustavni sud je usvoji ustavnu tužbu, ukinuo rješenje Ministarstva zaštite okoliša, prostornog uređenja i graditeljstva klasa: UP/I-361-05/07-06/8, ur. broj: 531-04-07-1 od 1. ožujka 2007., te je predmet vratio tom Ministarstvu na ponovni postupak. Ustavna tužba bila je podnesena na temelju ovlaštenja sadržanog u posljednjem dijelu odredbe članka 63. stavka 1.⁷⁹ Ustavnog

78 Odluka broj: U-III B-1373/2009 od 7. srpnja 2009., („Narodne novine“ 88/09 i na: www.usud.hr)

79 Članak 63. stavak 1. Ustavnog zakona glasi:

“Članak 63.

(1) Ustavni sud će pokrenuti postupak po ustavnoj tužbi i prije no što je iscrpljen pravni put, u slučaju ... kad se osporenim pojedinačnim aktom grubo vrijeđaju ustavna prava,

zakona, prije no što je protiv osporenog upravnog akta bio iscrpljen put pravne zaštite.

U ustavnosudskom postupku Ustavni sud je morao odgovoriti na pitanje je li osporenim rješenjem Ministarstva podnositeljima grubo povrijeđeno njihovo pravo vlasništva, zajamčeno člankom 48. stavkom 1. Ustava.⁸⁰

Odgovor na postavljeno pitanje u prvom redu ovisio je o tome je li u konkretnom slučaju riječ o imovini podnositelja koja je zaštićena ustavnim jamstvom prava vlasništva (članak 48. stavak 1. Ustava) u smislu njegove nepovredivosti kao najviše vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske (članak 3. Ustava).

Ustavni sud u konkretnom je slučaju u prvom redu bio dužan ispitati je li riječ o imovini podnositelja u koju se, prema njihovim tvrdnjama, država neosnovano umiješala ukidanjem građevinske dozvole koju su podnositelji ishodili za gradnju nekretnine.

Ustavni sud je podsjetio na svoje ustaljeno stajalište da se vlasništvo u smislu članka 48. stavka 1. Ustava “mora vrlo široko tumačiti”, jer obuhvaća „načelno sva imovinska prava,⁸¹ 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.

U ovoj odluci Ustavni sud je podsjetio i na ustaljeno pravno stajalište Europskog suda za ljudska prava koji priznaje da se legitimna očekivanja stranaka pod određenim pretpostavkama moraju smatrati “imovinom” pod zaštitom članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, koji uređuje zaštitu vlasništva.⁸²

a potpuno je razvidno da bi nepokretanjem ustavnosudskog postupka za podnositelja ustavne tužbe mogle nastati teške i nepopravljive posljedice. (...)”

- 80 Ta bi povreda, naime, u okolnostima konkretnog slučaja mogla dovesti i do povrede prava koja su podnositelji stekli ulaganjem kapitala zbog činjenice da su podnositelji poduzetnici koji su na temelju ukinute građevinske dozvole investirali u izgradnju nekretnine (članak 49. stavak 4. Ustava), sve u svjetlu okolnosti da je u Republici Hrvatskoj zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti (članak 50. stavak 1. Ustava), odnosno da se poduzetnička sloboda i vlasnička prava mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (članak 50. stavak 2. Ustava), ali uvijek samo razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (članak 16. stavak 2. Ustava).
- 81 V., primjerice, odluke Ustavnog suda broj: U-III-661/1999 od 13. ožujka 2000.; U-III-72/1995 od 11. travnja 2000.; U-III-551/1999 od 25. svibnja 2000.; U-III-476/2000 od 14. lipnja 2000., itd.
- 82 Pojam ‘legitimnih očekivanja’ u kontekstu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju Europski je sud prvi put spomenuo u presudi *Pine Valley Developments LTD i ostali protiv Irske* od 29. studenoga 1991. (zahtjev br. 12742/87). 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 irskog Vrhovnog suda, utvrđen *ultra vires* i *ab initio* ništetnim, jer je bio u suprotnosti s mjerodavnim zakonima. Europski je sud zauzeo stajalište da je “legitimno očekivanje” nastalo onda kad je dozvola (*outline planning permission*) 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” (§ 51.

Ustavni sud je dodatno napomenuo da se uvjetna potraživanja ili zahtjevi koji su odbijeni uslijed toga što stranka nije ispunjavala uvjete propisane zakonom ili drugim mjerodavnim pravnim aktom ne smatraju imovinom koja bi konstituirala vlasnička prava u smislu članka 48. stavka 1. Ustava.⁸³

U slučaju koji je bio predmet ispitivanja u ovom ustavnosudskom postupku nije riječ o tomu da je zahtjev podnositelja za izdavanjem građevinske dozvole odbijen zato što nisu bili ispunjeni uvjeti za njezino izdavanje propisani zakonom. Suprotno od toga, u konkretnom je slučaju zahtjev za izdavanjem građevinske dozvole podnositelja utvrđen osnovanim, pa im je građevinska dozvola i izdana, a

presude *Pine Valley* i § 45. presude Velikog vijeća u predmetu *Kopecký protiv Slovačke* od 28. rujna 2004., zahtjev br. 44912/98, 2004-IX).

U presudi *Kopecký protiv Slovačke* Veliko vijeće Europskog suda saželo je stajališta obrazložena u presudi *Pine Valley* i u novijoj presudi *Stretch protiv Ujedinjenog Kraljevstva* od 24. lipnja 2003. (zahtjev br. 44277/98, § 35). Ono je izrijekom utvrdilo da su u oba ta slučaja podnositelji bili ovlašteni pouzdati se na činjenicu da pravni akt na temelju kojeg su na sebe preuzeli teret financijskih obveza neće biti retroaktivno utvrđen nevaljanim (*invalidated*) na njihovu štetu. U toj se skupini slučajeva "legitimno očekivanje", prema tome, temeljilo na razumno opravdanom povjerenju u pravni akt (*reasonably justified reliance on a legal act*) koji je imao valjanu pravnu osnovu (*sound legal basis*) i odnosio se na vlasnička prava" (§ 47. presude *Kopecký*).

Nadalje, Europski sud u nizu je svojih odluka opetovano isticao da podnositelji zahtjeva nemaju "legitimno očekivanje" ako se ne može utvrditi da imaju "aktualan ovršni zahtjev koji je u dostatnoj mjeri ustanovljen" (*currently enforceable claim that was sufficiently established*). Tako je u odluci Velikog vijeća o dopuštenosti zahtjeva u predmetu *Gratzinger i Gratzingerova protiv Češke Republike* od 10. srpnja 2002. (zahtjev br. 39794/98, 2002-VII), u kojemu podnositelji nisu ispunjavali jednu od bitnih zakonskih pretpostavki za ostvarenje prava koje su potraživali, Veliko vijeće Europskog suda utvrdilo da zahtjev podnositelja nije bio dostatno ustanovljen u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. "Vjerovanje da će zakon koji je na snazi biti izmijenjen u korist podnositelja ne može se smatrati oblikom 'legitimnog očekivanja' u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. Sud smatra da postoji razlika između puke nade u restituciju, koliko god razumljiva ta nada može biti, i legitimnog očekivanja, koje mora biti mnogo konkretnije naravi od puke nade i (mora) biti utemeljeno na zakonskoj odredbi ili pravnom aktu kao što je sudska odluka. Sud sukladno tome zaključuje da podnositelji nisu pokazali da imaju zahtjev (*claim*) koji je dostatno ustanovljen da bi bio ovršan i stoga oni ne mogu tvrditi da imaju 'imovinu' u smislu članka 1. Protokola br. 1" (§§ 73. i 74. odluke *Gratzinger* i § 49. presude *Kopecký*).

Na navedena pravna stajališta Europskog suda Ustavni sud se već pozvao u svojoj odluci broj: U-I-2921/2003, U-I-3114/2003, U-I-3615/2003, U-I-483/2004, U-I-2833/2004, U-I-3172/2005, U-I-2565/2007, U-I-2150/2008, U-I-3787/2008 od 19. studenoga 2008. ("Narodne novine" 137/08.), pa mu na ovom mjestu preostaje samo to da ih opetovano ocijeni sukladnim članku 48. stavku 1. Ustava, a time i primjenjivim u ustavnopravnom poretku Republike Hrvatske.

83 Istovjetno stajalište zauzima i Europski sud (v. sažetak relevantnih stajališta u predmetima: *Mario de Napolés Pacheco protiv Belgije*, odluka Europske komisije od 5. listopada 1978., zahtjev br. 7775/77, DR 15, str. 151. u engleskom izdanju; *Malhous protiv Češke Republike*, odluka Velikog vijeća od 13. prosinca 2000., zahtjev br. 33071/96, ECHR 2000-XII; *Prince Hans-Adam II protiv Njemačke*, presuda Velikog vijeća, zahtjev br. 42527/98, ECHR 2001-VIII, § 85.; *Nerva protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 24. rujna 2002., zahtjev br. 42295/98, Izvješće o presudama i odlukama 2002-VIII., § 43.).

podnositeljima je njome konačno i pravomoćno priznato pravo gradnje, koju su oni i započeli. Za potrebe te gradnje djelomice su uložili vlastita sredstva, a djelomice su se kreditno zadužili kod banke, s utvrđenim rokovima otplate kredita na određeno višegodišnje razdoblje.

Polazeći od navedenih pravnih stajališta Europskog suda, koje je u svojoj dosadašnjoj praksi i sam prihvatio, Ustavni sud je ocijenio da su u konkretnom slučaju podnositelji imali 'legitimno očekivanje' da će uvjeti iz građevinske dozvole, na temelju koje su na sebe preuzeli teret financijskih obveza, biti ispunjeni, s obzirom na to da se ono temeljilo na razumno opravdanom povjerenju u konačni i pravomoćni upravni akt koji je imao valjanu pravnu osnovu. Ustavni sud je ocijenio da nema dvojbe da je njihov zahtjev bio dostatno ustanovljen, a time i 'ovršan', što ga kvalificira kao "imovinu" u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

Ustavni sud je zaključio da je navedeno legitimno očekivanje samo po sebi konstitutivno za vlasnički interes podnositelja, pa je u konkretnom slučaju pravomoćna građevinska dozvola sastavni dio imovine podnositelja koja potpada pod jamstvo članka 48. stavka 1. Ustava i članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju.

4.1. Tri ustavna pravila o jamstvu prava vlasništva

Značaj ove odluke Ustavnog suda je u prihvaćanju tri pravila koja je Europski sud, u smislu članka 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju, ugradio u svoju praksu.

Tumačeći sadržaj ustavnog prava vlasništva Ustavni sud je nastavio razvijati ustavnosudske standarde koje služe kao smjernica u interpretaciji i primjeni u konkretnom slučaju ovoga važnog ustavnog prava.⁸⁴

U toč. 8. odluke Ustavni sud je naveo:

"Članak 48. stavak 1. Ustava, koji jamči pravo vlasništva, mora se sagledavati zajedno s člankom 50. Ustava koji uređuje ustavnopravne mogućnosti njegova oduzimanja odnosno ograničavanja radi zaštite pojedinih ustavnih vrijednosti odnosno zaštićenih ustavnih dobara.

Tako je zakonom moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti (članak 50. stavak 1. Ustava).

Osim toga, poduzetnička se sloboda i vlasnička prava mogu iznimno ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi (članak 50. stavak 2. Ustava).

Sukladno navedenom, Ustav sadrži tri zasebna pravila vezana uz ustavno uređenje vlasništva:

- prvo pravilo, sadržano u članku 48. stavku 1. Ustava, opće je naravi i propisuje jamstvo prava vlasništva;
- drugo pravilo, sadržano u članku 50. stavku 1. Ustava, uređuje oduzimanje odnosno ograničavanje vlasništva koje se neće smatrati ustavnopravno nedopuštenim

84 V. Omejec, J., Ustavno i konvencijsko jamstvo prava vlasništva, u Liber Amicorum, In honorem Jadranko Crnić, Novi informator, 2009., str. 139.-187

ako je propisano zakonom, ako je u interesu Republike Hrvatske i ako je za tako oduzeto odnosno ograničeno vlasništvo osigurana i isplaćena naknada u tržišnoj vrijednosti oduzete odnosno ograničene imovine;

- *treće pravilo, sadržano u članku 50. stavku 2. Ustava, priznaje zakonodavcu ovlast da zakonom ograničava vlasnička prava (i poduzetničke slobode) radi zaštite pojedinih ustavnih vrednota ili zaštićenih ustavnih dobara koja ustavotvorac smatra toliko važnim da ih podvodi pod državne odnosno pod opće interese zajednice (zaštita interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi), bez obveze isplate bilo kakve naknade.*

Ta tri pravila, međutim, nisu samostojna i nepovezana. Drugo i treće pravilo, koji se tiču određenih stupnjeva miješanja u pravo vlasništva, uvijek se moraju tumačiti u svjetlu općeg jamstva iz članka 48. stavka 1. Ustava: prije razmatranja je li prvo pravilo poštovano uvijek se mora odrediti jesu li druga dva primjenjiva na konkretan slučaj koji je predmet ustavnosudskog ispitivanja.

Ustavni sud također napominje da svako miješanje u pravo vlasništva, zasnovano na odredbama članka 50. Ustava, mora osigurati pravičnu ravnotežu između zahtjeva za poštovanjem i zaštitom ustavnog prava vlasništva privatnih osoba i zahtjeva koje postavljaju državni odnosno javni ili opći interesi zajednice (koji mogu uključivati i zaštitu suprotstavljenih prava ili interesa trećih privatnih osoba). Zahtjev za postizanjem te ravnoteže izražen je u strukturi članaka 48. stavka 1. i 50. Ustava, promatra li ih se kao jednu cjelinu, pri čemu ustavotvorac izrijeком postavlja još i dopunski zahtjev: svako ograničenje vlasništva odnosno vlasničkih prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (članak 16. stavak 2. Ustava). Stoga u svakom pojedinom slučaju mora postojati razuman odnos razmjernosti između sredstava koja se koriste pri oduzimanju ili ograničavanju vlasništva i ciljeva koji se time nastoje postići. Sažeto, miješanje u vlasništvo mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju.

*I u tom području, međutim, država uživa izvjesnu slobodu prosudbe u primjeni mjera koje poduzima u području vlasništva te ugovornih i drugih odnosa povezanih s njim, kao što je ima i u primjeni mjera u drugim područjima vezanim uz socijalnu, financijsku ili gospodarsku politiku zemlje. Istovjetno stajalište zastupa i Europski sud (v., primjerice, presudu u predmetu *Stretch protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 24. lipnja 2003., zahtjev br. 44277/98 § 37.; v., *mutatis mutandis*, i predmet *AGOSI protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 24. listopada 1986.,*

*Series A, br. 108, § 52.). Ustavni sud i taj zahtjev, dakle, mora uzeti u obzir pri ispitivanju navodnih povreda prava vlasništva u svakom pojedinom slučaju koji razmatra.*⁸⁵

4.2. Novije odluke Ustavnog suda

Rješenjem broj: U-I-2643/07⁸⁶ Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9.a Zakona o ljekarništvu.⁸⁷

Iz ustavnih, međunarodnopravnih i zakonskih odredbi koje su citirane u prijedlogu, a polazeći od činjenice da je predlagateljica županija, to jest jedinica područne (regionalne) samouprave koja je ujedno osnivač određenog broja ljekarni na svom području, Ustavni sud je zaključio da predlagateljica smatra zakonsku zabranu prijenosa njezinih osnivačkih prava nad ljekarnama na druge pravne ili fizičke osobe neustavnim ograničavanjem njezinih poduzetničkih sloboda i vlasničkih prava. Stoga je u konkretnom ustavnosudskom postupku Ustavni sud morao odgovoriti na pitanje je li u suglasnosti s ustavnim jamstvom prava vlasništva zakonska zabrana prijenosa osnivačkih prava županije nad ljekarnama kojima je ona osnivač na druge pravne ili fizičke osobe? Prije odgovora na to pitanje, međutim, bilo je potrebno utvrditi mogu li se osnivačka prava županije nad ljekarnama kojima

85 U konkretnom slučaju, ocjena je Ustavnog suda, da nije postignuta pravična ravnoteža između interesa Republike Hrvatske i zaštite prava vlasništva podnositelja. Jednostranim zahvaćanjem države u njihovo pravo vlasništva, koje se očitovalo u donošenju osporenog rješenja kojim je ukinuta njihova građevinska dozvola zbog (navodne) pogreške samog njezina donositelja, podnositelji snose prekomjeren pojedinačan teret koji se ne može smatrati razmjernim s naravi potrebe za ograničenjem u konkretnom slučaju, to jest s legitimnim ciljem koji se tim ukidanjem nastojao ostvariti.

Ustavni sud je posebno istaknuo da je u ponovljenom postupku Ministarstvo dužno podrobno ispitati konkretan slučaj uvažavajući zahtjev iz članka 50. stavka 1. Ustava da oduzimanje vlasništva (imovine) podnositelja mora biti u interesu Republike Hrvatske i sagledavajući te uzimajući u obzir sve aspekte postojeće situacije vezane uz vlasništvo (imovinu) podnositelja koje je Ustavni sud u ovoj odluci naznačio. Utvrdi li u ponovljenom postupku da je u interesu Republike Hrvatske ukidanje po pravu nadzora pravomoćne građevinske dozvole u konkretnom slučaju, jer je riječ o tako očitj povredi materijalnih odredbi Zakona o gradnji koju objektivni pravni poredak ne smije tolerirati, Ustavni sud utvrđuje obvezu Republike Hrvatske za isplatu podnositeljima naknade tržišne vrijednosti u smislu članka 50. stavka 1. Ustava (v. točku 10. obrazloženja ove odluke).

Ustavni sud je istaknuo da se konkretna pravna situacija može riješiti i na drugi način, odnosno drugim sredstvima koja su na raspolaganju državi i podnositeljima, ali se pri svakom rješenju uvijek mora paziti na postizanje pravične ravnoteže između državnih (javnih ili općih) interesa i zaštite ustavnog prava vlasništva podnositelja u svim njegovim aspektima koji su obrazloženi u ovoj odluci.

Budući da je utvrdio povredu ustavnog prava vlasništva podnositelja zajamčenog člankom 48. stavkom 1. u vezi s člankom 50. stavkom 1. Ustava, Ustavni sud nije razmatrao ostale navodne povrede ustavnih prava koje su podnositelji istaknuli u ustavnoj tužbi.

86 Rješenje broj: U-I- 2643/2007 od 22. prosinca 2009., ("Narodne novine" 4/10. i na: www.usud.hr).

87 Zakon o ljekarništvu ("Narodne novine" 121/03., 142/06., 35/08. i 117/08.).

je ona osnivač smatrati imovinom županije na koju se odnosi ustavno jamstvo prava vlasništva.

Ustavni sud je utvrdio da u konkretnom ustavnosudskom postupku županija, kao javnopravna osoba i subjekt javnog prava, osporava ustavnost zakonske mjere koju je u odnosu prema njoj propisala država (Hrvatski sabor), a koja se sastoji u zabrani prijenosa osnivačkih prava županija nad ljekarnama kojima su one osnivači na druge pravne ili fizičke osobe, koja prava nesporno predstavljaju imovinu županija posebne namjene, odnosno imovinu s osobitom javnopravnom svrhom. Ustavni sud je zaključio da i ta imovina iako specifična javnopravnog karaktera i iako vezana uz specifična javnopravnog ovlaštenika - načelno potpada pod ustavno jamstvo prava vlasništva. Pri ispitivanju eventualnih povreda toga prava u obzir se moraju uzimati različiti čimbenici koji ne postoje u slučajevima zaštite Ustavom zajamčenog prava vlasništva privatnih osoba u smislu pravila privatnog prava. Pri tom se mora uzeti u obzir i činjenica da je Republika Hrvatska ovlaštena mjerama gospodarske i socijalne politike stvarati uvjete za provođenje zdravstvene zaštite kao i uvjete za zaštitu i očuvanje te poboljšanje zdravlja stanovništva te usklađivati djelovanje i razvoj na svim područjima zdravstva u cilju osiguranja ostvarivanja zdravstvene zaštite stanovništva. Republika Hrvatska svoja prava, obveze, zadaće i ciljeve na području zdravstvene zaštite ostvaruje i tako da planira zdravstvenu zaštitu i određuje strategiju razvoja zdravstvene zaštite te osigurava zakonsku osnovu za ostvarivanje ciljeva zdravstvene zaštite (članci 4. i 5. Zakona o zdravstvenoj zaštiti).

Ustavni sud je podsjetio na svoje ustaljeno stajalište da se vlasništvo u smislu članka 48. stavka 1. Ustava „mora vrlo široko tumačiti.“

Prema ocjeni Ustavnog suda, u konkretnom slučaju nije riječ o prekomjernom teretu nametnutom županijama, osobito u svjetlu činjenice da one imaju ustavnu obvezu obavljati na svom području poslove koji se odnose na ljekarništvo kao javnu službu. Zato se zakonska zabrana prijenosa osnivačkih prava nad ljekarnama, nametnuta županijama, teško može i sagledavati kroz prizmu ograničenja njihovih vlasničkih prava u uobičajenom smislu članka 50. stavka 2. Ustava.⁸⁸

Odlukom broj: U-III-3491/2006 i dr.,⁸⁹ Ustavni sud je, u toč. I. izreke, utvrdio da je osporenim odlukama podnositeljici ustavne tužbe povrijeđeno ustavno pravo

88 Ustavni sud je podsjetio na svoje ustaljeno stajalište da se vlasništvo u smislu članka 48. stavka 1. Ustava „mora vrlo široko tumačiti“ i na tri ustavna pravila o jamstvu prava vlasništva i u rješenju broj: U-I-3118/03 od 28. rujna 2009., („Narodne novine“ 117/10. i na: www.usud.hr). Tim rješenjem Ustavni sud nije prihvatio prijedlog za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članaka 33., 34., 42. stavka 1. alineje 4., 43. stavka 1. točaka 8., 9. i 10. i članka 50., 65. i 66. Zakona o stomatološkoj djelatnosti („Narodne novine“ 121/03. i 117/08.). Na sveobuhvatno tumačenje navedenih ustavnih odredbi, koje je Ustavni sud dao u odluci broj: U-IIIB-1373/2009 nazvavši ih „tri ustavna pravila o jamstvu prava vlasništva,“ Ustavni sud je podsjetio i u rješenju broj: U-I-1267/06 od 7. travnja 2010., („Narodne novine“ 47/10. i na: www.usud.hr). Tim rješenjem Ustavni sud nije prihvatio prijedloge za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članaka 1., 2., 3., 6., 7., 8., 10., 11., 12. i 18. Zakona o prodaji stanova namijenjenih za nadstojnika stambene zgrade („Narodne novine“ 22/06.).

89 Odluka broj: U-III-3491/2006, U-III-2081/2007, U-III-1243/2010 od 7. srpnja 2010., („Narodne novine“ 90/10. i na: www.usud.hr).

vlasništva zajamčeno člankom 48. stavkom 1. Ustava Republike Hrvatske. Točkom II. izreke Ustavni sud je odlučio da je Vlada Republike Hrvatske dužna osigurati otklanjanje posljedica povrede ustavnog prava podnositeljice u primjerenom obliku (u nekretnini, novcu ili na drugi način) u visini koja čini razliku između iznosa koji je podnositeljica dobila od prodaje stanova, koji su predmet ova tri ustavnosudska postupka, do iznosa njihove tržišne vrijednosti na dan njihove prodaje. Za provođenje naloga iz točke II. Ustavni sud je odredio rok od tri godine od dana objave ove odluke Ustavnog suda u "Narodnim novinama."

Podnositeljica je podnijela tri ustavne tužbe u povodu presuda donesenih u tri parnična postupka vođena radi donošenja presuda kojima će se nadomjestiti ugovori o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo. Prema osporenim presudama podnositeljica, tužena u parničnim postupcima, prodaje tužiteljima (nositeljima stanarskog prava) stanove u svom vlasništvu pod uvjetima propisanim Zakonom o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo⁹⁰ (u daljnjem tekstu: Zakon o prodaji stanova). U ustavnim tužbama podnositeljica je istaknula povredu ustavnog prava vlasništva zajamčenog člankom 48. stavkom 1. Ustava.

Ocjenjujući je li osporenim presudama podnositeljici povrijeđeno ustavno pravo vlasništva zajamčeno člankom 48. stavkom 1. Ustava, Ustavni sud je prethodno morao utvrditi smatraju li se sporni stanovi imovinom pod zaštitom jamstva prava vlasništva.

Prema ocjeni Ustavnog suda, obvezivanje podnositeljice da proda svoje stanove po nižoj, netržišnoj cijeni, sukladno Zakonu o prodaji stanova, predstavlja miješanje u vlasništvo podnositeljice. Ustavni sud je primijetio da podnositeljica nije lišena svoga prava vlasništva, jer iako je podnositeljica obvezana prodati svoje stanove po nižoj cijeni od tržišne, ona je ipak, od kupaca - bivših nositelja stanarskog prava ostvarila određenu naknadu za svoje vlasništvo. Stoga je u konkretnim slučajevima riječ o ograničenju njezina vlasništva u smislu umanjenja vrijednosti njezine imovine.

U svezi s navedenim, Ustavni sud je primijetio da su u konkretnom slučaju, zahtjevi za prodaju podneseni nakon stupanja na snagu Zakona o Hrvatskoj akademiji znanosti i umjetnosti,⁹¹ kojim je na temelju članka 27. podnositeljica postala vlasnicom i predmetne imovine. Stoga, ne dovodeći u pitanje legitimnost cilja Zakona o prodaji stanova, Ustavni sud je ocijenio da se (ponovno) oduzimanje (ili ograničavanje) vlasništva podnositeljice moglo provesti samo u skladu sa stajalištima Ustavnog suda i Europskog suda o zaštiti prava vlasništva.

Ustavni sud je utvrdio da je obvezivanjem na prodaju najmanje 30 stanova u svom vlasništvu po nižoj netržišnoj cijeni, podnositeljici nametnut prekomjeran teret u odnosu na legitiman cilj koji se Zakonom o prodaji stanova želio postići. To je dovelo do nerazmjerne neravnoteže između zaštite javnog interesa uspostavljenog

90 Zakon o prodaji stanova na kojima postoji stanarsko pravo („Narodne novine“ 27/91., 33/92., 43/92. - pročišćeni tekst, 69/92., 25/93., 48/93., 2/94., 44/94., 58/95., 103/95., 11/96., 11/97., 68/98., 96/99., 120/00. i 94/01).

91 Zakon o Hrvatskoj akademiji znanosti i umjetnosti („Narodne novine“ 34/91. i 43/96.).

Zakonom o prodaji stanova i njegovih učinaka na podnositeljicu.⁹²

Odlukom broj: U-III-647/2006⁹³ Ustavni sud je usvojio ustavnu tužbu, ukinuo osporene presude parničnih sudova.

Sa stajališta zaštite ustavnih prava podnositelja, Ustavni sud je ocijenio da je duljina trajanja upravnog postupka, odnosno s tim povezana duljina razdoblja kroz koje je podnositelj bio lišen svojega vlasništva i izložen trpljenju štete trebala predstavljati pravu činjeničnu i pravnu osnovu konkretnog spora pred parničnim sudovima i temelj odštetne odgovornosti Republike Hrvatske. Međutim, navedeno parnični sudovi nisu imali u vidu i nisu u tom smislu podnositelju pružili odgovarajuću satisfakciju, pa čak ni valjane razloge za njezin izostanak. S ustavnopravnog gledišta, Ustavni sud je takvo postupanje ocijenio kao izvor povrede ustavnih (članak 29. stavak 1., članak 48. stavak 1. i članak 50. stavak 1. Ustava) i konvencijskih prava (članak 1. Protokola broj 1 uz Konvenciju), dakle, prava vezanih uz jamstva pravičnog suđenja, a napose onih vezanih uz zaštitu prava vlasništva, na koja je podnositelj posebno i supstancijalno ukazivao u svojoj ustavnoj tužbi.

Ustavni sud je napomenuo da je u ustavnim, odnosno konvencijskim odredbama koje štite pravo vlasništva sadržano, prije svega, načelo mirnog uživanja vlasništva. Pritom je naglasio da to načelo ne isključuje niti umanjuje pravo države da propisima uređuje uporabu vlasništva, pa stoga normativno uređenje uporabe vlasništva može podrazumijevati i oduzimanje vlasništva i njegovo ograničavanje. Iz tog razloga oduzimanje podnositeljevo vozila, do kojeg je u konkretnom slučaju došlo temeljem mjerodavnih propisa, samo po sebi, nije ustavnopravno sporno. Ono, samo po sebi, nije trebalo biti sporno ni u provedenom parničnom postupku, između ostalog i zbog činjenice da naknadno utvrđena neosnovanost sumnje na kazneno djelo nije učinila neosnovanim i oduzimanje vozila.

Međutim, Ustavni sud je naveo da svaka mjera koju država u pravcu ograničavanja ili oduzimanja vlasništva poduzima mora biti usklađena sa zahtjevima zakonitosti, javnog interesa i razmjernosti i na njima se zasnivati.

Ti zahtjevi bit će povrijeđeni ako tijela državne vlasti (upravne i/ili sudbene) zadiru u vlasništvo na način da provode postupke i/ili donose odluke koje su neprihvatljive s gledišta zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda zajamčenih Ustavom i Konvencijom.

Prema ocjeni Ustavnog suda, u predmetu podnositelja ustavne tužbe ne može se osnovano tvrditi da mjera koju je poduzelo državno upravno tijelo, a kojom se zadire u podnositeljevo pravo vlasništva, udovoljava zahtjevima zakonitosti, javnog interesa i razmjernosti. Nametanje podnositelju prekomjernog tereta u vidu nemogućnosti uživanja svojega vlasništva i u vidu imovinske štete, koje je trpio znatno dulje i u većem opsegu negoli je to bio dužan i negoli je to bilo nužno - tijekom razdoblja od gotovo četiri godine - ne može se opravdati odgovarajućim

92 U toč. 20. odluke Ustavni sud je naveo: „Ustavni sud posebno ističe da se stajališta izražena u ovoj odluci odnose samo na ovaj slučaj i ne mogu se primijeniti ni na jedan drugi. Razlozi za to proizlaze iz obrazloženja ove odluke pod točkom 19. 2.”

93 Odluka broj: U-III-647/2006 od 6. srpnja 2010., (“Narodne novine” 91/10. i na: www.usud.hr).

stupnjem neposredne društvene potrebe, odnosno javnog interesa (otkrivanje i sprječavanje kaznenih djela vezanih uz trgovinu i uvoz motornih vozila) koji se u provedenom upravnom postupku želio zaštititi.

Stoga je Ustavni sud ocjenio da nadležni parnični sudovi, odlučujući o podnositeljevom zahtjevu za naknadu pretrpljene štete, nisu vodili računa o pravičnoj ravnoteži koja se u konkretnom slučaju morala postići između zaštite prava vlasništva podnositelja, s jedne strane, i zaštite javnog interesa, s druge strane, a za što su u mjerodavnom pravu, i s obzirom na činjenice utvrđene u konkretnom slučaju, imali osnovu.

4.4. Nova praksa u postupanju Ustavnog suda - utvrđivanje postojanja pretpostavki za odlučivanje o ustavnim tužbama

Nova praksa u postupanju Ustavnog suda, kod utvrđivanja postojanja pretpostavki za odlučivanje o ustavnim tužbama,⁹⁴ od utjecaja je i u ovom području odlučivanja Ustavnog suda.

Naime, Ustavni sud je, u neprestanom povećanju broja zaprimljenih ustavnih tužbi općenito, ocijenio da među tim ustavnim tužbama ima velik broj onih koje ne pružaju razloge za valjanu osnovu za odlučivanje. Ustavni sud je zauzeo stajalište da u postupku u povodu ustavne tužbe Ustavni sud štiti ustavna prava, ali ne i neka druga, te da ustavna tužba nije redovni ili izvanredni pravni lijek u sustavu domaćih pravnih lijekova. Ona je posebno ustavnopravno sredstvo zaštite ustavnih prava u pojedinačnim slučajevima. Stoga nije dostatno pozvati se u ustavnoj tužbi na povrede koje su rezultat navodnih nezakonitosti što ih je počinilo nadležno tijelo ili sud u sudskom postupku. Protiv takvih nezakonitosti pravnu zaštitu pružaju redovni i specijalizirani sudovi u postupcima ustrojenim u više stupnjeva sudske zaštite. One iznimno mogu biti i predmet ispitivanja pred Ustavnim sudom, ali samo ako i u mjeri u kojoj mogu povrijediti ljudska prava i temeljne slobode zaštićene Ustavom. U ustavnoj tužbi također nije dostatno ponoviti razloge koji su već istaknuti u žalbenim ili revizijskim postupcima pred sudom niti je dostatno samo navesti ustavna prava koja se smatraju povrijeđenima. Ustavna tužba mora sadržavati konkretne i obrazložene razloge eventualne povrede određenog ustavnog prava.

U ustavnopravnoj zaštiti prava vlasništva, u novijoj praksi Ustavnog suda, veliki je broj ustavnih tužbi povodom kojih je Ustavni sud donio rješenja o odbačaju, ne našavši da se radi o ustavnopravno relevantnom pitanju.⁹⁵

94 Više u Marković, Sandra i Trgovac, Sanja, Nova praksa u postupanju Ustavnog suda Republike Hrvatske, Pretpostavke za odlučivanje o ustavnim tužbama, Informator, broj 5844, od 10. ožujka 2010.

95 Ustavni sud je rješenjima odbacio ustavne tužbe u predmetima broj: U-III-1931/07 od 7. siječnja 2010. (stjecanje prava vlasništva dosjelošću, odnosno građenjem), U-III-41863/09 od 21. siječnja 2010. (tužbeni zahtjev za utvrđenje da je podnositelj, kao najbolji ponuditelj, stekao pravo vlasništva na nekretnini), U-III-64585/09 od 11. ožujka 2010. (stjecanje prava vlasništva dosjelošću), U-III-166/09 od 11. ožujka 2010. (zahtjev za poništenje rješenja o eksproprijaciji), U-III-2937/08 od 25. ožujka 2010. (stjecanje prava vlasništva dosjelošću),

5. ZAKLJUČNO

Iz prikaza prakse i stajališta Ustavnog suda u odnosu na jamstvo prava vlasništva proizlazi da Ustavni sud intenzivno razvija svoju praksu, mijenjajući opseg zaštite ovog ustavnog prava, pri tom prihvaćajući visoke standarde koje postavlja Europski sud. Ustavni sud sve više prihvaća i svoju ulogu suda koji interpretativnim metodama pruža sve širi opseg zaštite ustavnih prava, tako i konkretno ustavnog prava vlasništva.

U-III-332/08 od 25. ožujka 2010. (tužbeni zahtjev za utvrđenje suvlasništva nadgrobnog spomenika), U-III-64796/09 od 25. ožujka 2010. (tužbeni zahtjev radi poništenja izjave o priznanju prava vlasništva na nekretninama), U-III-4117/08 od 9. lipnja 2010. (utvrđenje prava vlasništva suvlasničkog dijela nekretnine), U-III-525/08 od 30. rujna 2010. (utvrđenje suvlasništva i pravo na uknjižbu prava vlasništva, stečenog na temelju Zakona o ukidanju agrarnih odnosa feudalnog karaktera na području Dalmacije i Hrvatskog primorja), U-III-2895/08 od 6. listopada 2010. (predaja u posjed i utvrđenje prava vlasništva) i dr.

Sve su ovo primjeri u kojima je Ustavni sud ocijenio da ne postoje pretpostake za odlučivanje o biti stvari. Ustavni sud, kao ustavnosudske temelje u takvim rješenjima navodi:

“Člankom 71. stavcima 1. i 2. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (“Narodne novine” broj 99/99., 29/02. i 49/02. - pročišćeni tekst; u daljnjem tekstu: Ustavni zakon) propisano je:

(1) Vijeće, odnosno sjednica Ustavnog suda ispituje samo one povrede ustavnih prava koje su istaknute u ustavnoj tužbi.

(2) Ustavna tužba neće se uzeti u razmatranje u slučaju kad se ne radi o povredi ustavnog prava.

Člankom 32. Ustavnog zakona propisano je:

Ustavni sud će rješenjem odbaciti (...) ustavnu tužbu ... u drugim slučajevima kad ne postoje pretpostavke za odlučivanje o biti stvari.

Pod “odlučivanjem o biti stvari” u smislu članka 32. Ustavnog zakona razumijeva se odlučivanje o ustavnopravnoj biti stvari.

Summary

CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE RIGHT OF OWNERSHIP IN THE LIGHT OF POSITIONS TAKEN BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA

According to the Article 3 of the Republic Croatia the right to own property is inviolable as one of the highest constitutional value. The Article 48, paragraph 1, guarantees the right to property as one of the human rights and basic freedoms. The constitutional judicial protection of these rights in front of the Constitutional Court of the Republic of Croatia is secured under the Article 128 of the Constitution. The article presents an overview of practice and standings of the Constitutional Court regarding the protection of constitutional right to property since 1991 until nowadays. Two main issues are discussed: the control of constitutionality and legality of legislative acts in abstracto and the control of protection of human rights and basic freedoms in concreto. In the first research period the object of constitutional control were transitional regulations and their application in concrete, individual cases. In such cases the Constitutional Court applied the extensive interpretation of the constitutional right of ownership. For example; the Court declared that the right of ownership was infringed even in case of trespassing and procedural infringements by courts. By the beginning of 2000, the Constitutional Court shifted to restrictive approach when deciding about protection of the constitutional right of ownership trying to restrict its actions within the limits of its constitutional jurisdiction (the Court in its judgements protects constitutional, but not all subjective rights). The impulse for such shifting was a significant rise of constitutional complaints lodged with the Court. In this period, the Constitutional Court began to pay more attention to the rulings of the European Court for Human Rights and to harmonise its own positions with these taken by the European Court. In the last period starting with 2009 and decision no. U-IIIB-1373/2009, the Constitutional Court has elaborated the essence of the constitutional right of ownership identifying three individual rules on constitutional regulation of ownership according to the model proposed by the European court for Human Rights. At the same time, the Constitutional Court has changed its method when deciding upon constitutional complaints. Due to the constant increase in number of constitutional complaints filed with the Court and to the fact that many of them do not contain relevant reasons from the constitutional point of view which would be a valid basis for the Constitutional Court to deliver a judgment, the Court dismisses such complaints without deciding about the infringement of constitutional rights because complaint has given no explanations on the infringement, but rather the constitutional rights have been only enumerated within it.

Key words: *Constitutional Court, ownership, European Courts for Human Rights.*

Zusammenfassung

VERFASSUNGSRECHTLICHER SCHUTZ DES RECHTES AUF EIGENTUM IM LICHT DER STELLUNGNAHMEN DES VERFASSUNGSGERICHTES DER REPUBLIK KROATIEN

Die Verfassung der Republik Kroatien legt im Artikel 3. die Unverletzbarkeit des Eigentums, als ein der höchsten Verfassungswerte fest und gewährleistet im Artikel 84. Abs. 1. das Recht auf Eigentum als Teil der Menschenrechte und Grundfreiheiten, indem ihr verfassungsrechtlicher Schutz vor dem Verfassungsgericht der Republik Kroatien sichergestellt wird (Artikel 128. der Verfassung). Diese Arbeit bietet eine Übersicht der Rechtsprechung und Stellungnahmen des Verfassungsgerichtes im Schutz des Verfassungsrechtes auf Eigentum in Bezug auf die abstrakte Verfassungsmäßigkeitskontrolle und auf konkrete Kontrolle des Menschenrechten- und Grundfreiheitschutzes seit dem Jahr 1991 bis heute. Im ersten Zeitraum bildeten Transformationsakten, bzw. ihre Anwendung auf konkrete Einzelfälle den Gegenstand verfassungsrechtlicher Kontrolle. Derzeit behandelte das Verfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentumsrechtes extensiv, so dass eine Verletzung dieses Rechtes auch im Fall von Besitzstörung oder Verfahrensverletzung seitens der Gerichte festgestellt werden konnte. Zu Beginn des Jahres 2000 nahm das Verfassungsgericht eine mehr restriktive Stellung gegenüber dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentumsrechtes. Dem zu Grunde liegende Motiv war die Notwendigkeit das Handeln des Gerichtes in Grenzen seiner Zuständigkeit zu halten (Schutz der Verfassungsrechte und nicht der subjektiven Rechte) sowie der Zuwachs an Verfassungsbeschwerden. Gleichzeitig beginnt das Verfassungsgericht die Stellungnahmen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu beachten und seine eigenen mit diesen in Einklang zu bringen. Seit der Entscheidung U-III B-1373/2009 aus dem Jahr 2009 hat das Verfassungsgericht das Verfassungsrecht auf Eigentum ausgearbeitet und nach dem Vorbild des Europäischen Gerichtshofs drei Regeln festgestellt. Parallel dazu, änderte das Verfassungsgericht die Entscheidungsweise über Verfassungsbeschwerden. Als Folge des Zuwachses an Verfassungsbeschwerden hatte eine Vielzahl der Beschwerden keine verfassungsrechtliche Begründung, weswegen solche Beschwerden vom Verfassungsgericht abgewiesen werden, ohne eine Verletzung der Rechte festzustellen.

***Schlüsselwörter:** Verfassungsgericht, Eigentum, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.*

Riassunto

LA TUTELA COSTITUZIONALE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ ALLA LUCE DELLA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA

La Costituzione della Repubblica di Croazia sancisce all'art. 3 l'inviolabilità della proprietà, quale uno dei valori più alti dell'ordinamento costituzionale; all'art. 48, comma 1, poi, garantisce il diritto di proprietà, annoverandolo tra i diritti umani e le libertà fondamentali e garantendone la protezione a livello costituzionale dinnanzi alla Corte costituzionale della Repubblica di Croazia (art. 128 della Costituzione). Nel contributo è offerta una rassegna della giurisprudenza e della posizione della Corte costituzionale con riguardo alla tutela del diritto di proprietà dal 1991 ad oggi, quanto con riferimento all'astratto controllo di legittimità costituzionale e legalità delle leggi tanto al controllo concreto della tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In un primo periodo, erano oggetto di controllo costituzionale soprattutto le leggi di conversione, ossia la loro applicazione nei singoli casi concreti. In tale fase la Corte costituzionale aveva un approccio relativamente ampio nella tutela del diritto di proprietà costituzionalmente garantito, sicché è arrivata ad accertare la violazione di tale diritto costituzionale addirittura nel caso di molestie nei rapporti di vicinato, nel caso di molestie del possesso e nell'ipotesi di violazioni procedurali causate dalle corti. Agli inizi del 2000 la Corte costituzionale ha cominciato ad indirizzarsi verso un approccio restrittivo nella tutela del diritto di proprietà costituzionalmente garantito, mosso prima di tutto dall'esigenza di ricondurre il proprio operato entro i confini della sua competenza costituzionale (tutela dei diritti costituzionali e non di quelli soggettivi), in ragione anche dell'incremento del numero di ricorsi ricevuti. In detto periodo la Corte costituzionale inizia a prestare sempre crescente attenzione alle posizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, conformando i propri punti di vista con quelli di tale corte. Nel periodo più recente, dal 2009, partendo dalla decisione numero: U-IIIB-1373/2009, la Corte costituzionale ha elaborato il diritto costituzionale di proprietà, stabilendo, sul modello della Corte per i diritti dell'uomo, tre distinte regole connesse alla disciplina costituzionale del diritto di proprietà. Allo stesso tempo, la Corte costituzionale ha anche cambiato il modo di pronunciarsi sui ricorsi costituzionali. Precisamente, a causa del continuo incremento del numero di ricorsi ricevuti, ma anche per il fatto che tra questi ricorsi molti non contengono motivazioni rilevanti sotto il profilo costituzionale, tali da costituire valido motivo per l'intervento della Corte costituzionale, la Corte costituzionale rigetta detti ricorsi non entrando nel merito della questione di quelle violazioni di diritti costituzionali che risultano non motivate, bensì solo enumerate.

Parole chiave: *Corte costituzionale, proprietà, Corte dei diritti dell'uomo.*

OGRANIČENJA PRAVA VLASNIŠTVA U POSTUPKU URBANE KOMASACIJE

Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 351.778.51:347.23
Ur.: 31. prosinca 2010.
Pr.: 4. ožujka 2011.
Stručni rad

Sažetak

Urbana komasacija institut je koji je u hrvatski pravni poredak unesen Zakonom o prostornom uređenju i gradnji s ciljem boljeg upravljanja i uređenja građevinskog zemljišta u naseljima. Planirano prostorno uređenje svakako je od interesa za Republiku Hrvatsku, a takvim je proglašen i sam institut urbane komasacije. Međutim, ograničenja, a u nekim slučajevima i prestanak prava vlasništva, koji proizlaze iz odredaba kojima je regulirana urbana komasacija nisu u granicama koje dopušta Ustav Republike Hrvatske. Upravo su te odredbe i posljedice koje njihova primjena može imati za vlasnike komasiranog zemljišta, predmet analize ovoga rada. U radu se također ukazuje na one odredbe Zakona kojima se čine znatna odstupanja od ustavnog načela sudske zaštite građanskih prava, općeg stvarnopravnog uređenja i temeljnih načela zemljišnoknjižnog prava. Neusklađenost propisa s temeljnim postulatima Ustava Republike Hrvatske i načelima građanskog prava može ozbiljno ugroziti pravnu sigurnost. Zbog svega navedenog autorica je mišljenja da zakonodavac treba ozbiljno razmisliti o izmjenama odredaba o urbanoj komasaciji, kako bi se osiguralo ustavom zajamčeno pravo vlasništva i pravna sigurnost.

Ključne riječi: *urbana komasacija, jamstvo vlasništva, ograničenja vlasništva.*

1. UVOD

Kvalitetnim prostornim planiranjem svakako se pridonosi unaprjeđenju gospodarskih, društvenih, prirodnih, kulturnih i ekoloških polazišta održivog razvitka u prostoru. Takvo gospodarenje prostorom nesporno je u javnom interesu. Jedna od mjera kojima se željelo omogućiti jedinicama lokalne samouprave aktivno sudjelovanje u prostornom planiranju je urbana komasacija. Zakonska definicija urbane komasacije nalazi se u odredbi čl. 2. st. 1. t. 25. Zakona o prostornom

uređenju i gradnji.¹ Opisana je kao postupak spajanja čestica građevinskog zemljišta u jednu cjelinu i njezina podjela na građevne i druge čestice u skladu s detaljnim planom uređenja na području komasacije, uz istodobno sređivanje vlasničkih i drugih stvarno-pravnih odnosa na tom zemljištu s ciljem podjele građevnih čestica vlasnicima tog zemljišta razmjerno njegovoj površini i jedinici lokalne samouprave za potrebe površina javne namjene. Odredbu o tomu da je provedba postupka urbane komasacije od interesa za Republiku Hrvatsku sadrži i sam ZPUG u čl. 137. st. 2. Postojanje takvog interesa razlog je zbog kojega Ustav Republike Hrvatske dopušta zadiranje u pravo vlasništva, njegovim ograničenjem ili oduzimanjem, ali uvijek uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1. Ustava Republike Hrvatske²). Ustavom RH je, također, propisano kako svako ograničenje slobode i prava mora biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju (čl. 16. st. 2. Ustava RH).

Navedene odredbe Ustava, kao i odredba čl. 6. st. 1 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, kojom je postavljen zahtjev glede svojstava koje mora imati tijelo koje odlučuje o subjektivnom građanskom pravu,³ svakako su trebale biti polazišne odrednice pri reguliranju instituta kojim se ozbiljno zadire u pravo vlasništva u širem smislu. Iako je urbana komasacija u stručnoj literaturi opisana kao postupak kojim se usklađuje privatni i javni interes, postupak kojim se štite vlasnička prava, ali ne i geometrija vlasništva, potom kao sredstvo komunalne politike i 'najbolji instrument javnog građevinskog prava',⁴ smatramo da se postupak urbane komasacije kako je reguliran odredbama ZPUG-a može (i treba) podvrći vrlo ozbiljnim prigovorima.

U želji da se postupci urbane komasacije provedu što brže, odredbama ZPUG-a učinjena su znatna, po našem mišljenju neprihvatljiva, odstupanja i od općeg stvarnopravnog uređenja i temeljnih načela zemljišnoknjižnog prava. U radu ćemo izdvojiti i analizirati one segmente instituta postupka urbane komasacije koje bi u praksi, sa stajališta vlasnika, mogle biti dovedene u pitanje. Položaj nositelja drugih stvarnih prava također zaslužuje detaljnu analizu, koja, međutim, prelazi

1 NN, br. 76/07., 38/09. (u daljnjem tekstu: ZPUG).

2 NN, br. 56/90., 135/97., 8/98. (proč. tekst), 113/00., 124/00. (proč. tekst), 28/01., 41/01. (proč. tekst), 55/01. (proč. tekst), 76/10., 85/10. (proč. tekst), (u daljnjem tekstu: Ustav RH).

3 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, NN, MU, 18/97., 6/99. (proč. tekst), 8/99. (ispr.). 'Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama'.

4 KONČIĆ, Ana Marija, KONTREC, Damir, KRTALIĆ, Vladimir, PELIVAN, Mato, RAJČIĆ, Davor, *Građevinsko zemljište – od parcelacijskog elaborata do upisa u zemljišne knjige*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb, 2009., str. 67. Pozitivan stav prema urbanoj komasaciji kako je uređena ZPUG-om ima i BIENENFELD, Josip, *Novine koje donosi Zakon o prostornom uređenju i gradnji s osvrtom na urbanu komasaciju*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 14, Organizator, Zagreb, 2007., str. 39-73.; isti: *Novine u uređenju građevinskog zemljišta nakon donošenja Zakona o prostornom uređenju i gradnji*, Nekretnine u pravnom prometu – aktualna pitanja zakonodavstva i sudske prakse, Inženjerski biro, Zagreb, 2007., str. 94-113.

okvire ovoga rada.⁵ Veći se dio primjedaba upućenih odredbama ZPUG-a sa stajališta vlasnika odnosi i na ostale nositelje stvarnih prava.

Za istaknuti je također, da unatoč velikim očekivanjima, ovaj institut nije zaživio u praksi, a Državno komasacijsko povjerenstvo uopće nije osnovano. Tim više smatramo potrebnim ukazati na moguće posljedice primjene ovog instituta u praksi, vjerujući da će se Zakon u ovom dijelu izmijeniti na način da njegove odredbe budu u skladu s ustavnim zahtjevom za zaštitom prava vlasništva.

2. POSTUPAK URBANE KOMASACIJE

Postupak komasacije provodi i o zahtjevu za komasaciju odlučuje komasacijsko povjerenstvo koje za svoje područje osniva predstavničko tijelo županije, Grada Zagreba, odnosno velikoga grada (čl. 148. st. 1. ZPUG). Područje komasacije određuje se prostornim planom uređenja općine ili grada ili urbanističkim planom uređenja (138. st. 1. ZPUG). Komascacijska povjerenstva imenuje i razrješava dužnosti predstavničko tijelo županije, Grada Zagreba, odnosno velikoga grada. Predsjednik i njegov zamjenik imenuju se iz reda službenika županije, Grada Zagreba, odnosno velikoga grada koji su diplomirani pravnici. Jedan član i njegov zamjenik imenuju se iz reda službenika županije, Grada Zagreba, odnosno velikoga grada koji su diplomirani inženjeri arhitekture. Po jedan član i njegov zamjenik imenuju se iz reda sudaca županijskog suda koji imaju radnog iskustva u građansko-pravnim odnosima, iz reda službenika katastarskog ureda, koji je diplomirani inženjer geodezije i reda članova općinskog vijeća, gradskog vijeća, odnosno predstavnika Gradske skupštine Grada Zagreba na čijem se području provodi komasacija (čl. 148. st. 4. ZPUG).

Zahtjev za pokretanje postupka urbane komasacije podnosi se komasacijskom povjerenstvu putem tijela koje obavlja administrativno-tehničke poslove povjerenstva. Prema odredbama ZPUG-a takav zahtjev može postaviti samo jedinica lokalne samouprave, čime joj se omogućava aktivno sudjelovanje u prostornom uređenju. Mišljenja smo da bi, *de lege ferenda*, bilo dobro omogućiti pokretanje tog postupka i vlasnicima zemljišta koje je detaljnim planom uređenja određeno građevnim.⁶ Zahtjevu mora biti priložen detaljni plan uređenja, parcelacijski elaborat za formiranje građevnih i drugih čestica, izvadci iz zemljišnih knjiga i posjedovni listovi uz eventualne druge dokumente značajne za utvrđivanje

5 Detaljna analiza utjecaja provođenja postupka izvlaštenja i urbane komasacije na sve vjerovnike izložena je u radu: ERNST, Hano, Zaštita vjerovnika u postupku izvlaštenja i urbane komasacije, u: Zaštita vjerovnika: financijski, pravni i porezni aspekt, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 225.-259.

6 U Sloveniji je tako čl. 116. Zakona o urejanju prostora (ZUreP-1), Uradni list RS, št. 110/2002. propisano: "Komasacija se uvede, če to predlagajo lastniki zemljišč na območju lokacijskega načrta (v nadaljnjem besedilu: komasacijsko območje), ki imajo v lasti najmanj 67% površine zemljišč na predvidenem komasacijskem območju. Vsa zemljišča na območju predvidenega lokacijskega načrta se vključijo v komasacijski sklad."

vlasništva zemljišta, građevina i trajnih nasada, popis i stručni opis građevina i trajnih nasada koje je potrebno ukloniti te procjena troškova provedbe komasacije, a na traženje komasacijskog povjerenstva i drugi dokumenti (čl. 154. ZPUG). Ukoliko je udovoljeno ovim zakonskim pretpostavkama komasacijsko povjerenstvo donosi zaključak o provedbi postupka komasacije. Zaključak sadrži oznake nekretnina, a po jedan se njegov primjerak dostavlja zemljišnoknjižnom sudu, katastarskom uredu, svim strankama javnim priopćenjem u dnevnom tisku i objavom na web stranici te izlaganjem na oglasnoj ploči (čl. 155. ZPUG).

2.1. Zabilježba vođenja postupka komasacije

Vođenje postupka komasacije nesporno je pravna činjenica važna za pravni promet nekretnina. Kako bi se u javnoj knjizi učinilo vidljivim provođenje ovoga postupka Zakonom je propisana obveza zemljišnoknjižnog suda da na temelju zaključka o provedbi postupka komasacije u zemljišnim knjigama zabilježi vođenje toga postupka (čl. 156. st. 1. ZPUG). Međutim, za razliku od drugih vrsta zabilježbi, ova, pored publiciranja provođenja postupka komasacije, proizvodi i neka ograničenja za nositelje svih stvarnih prava na tim nekretninama. Tako su od dostave zaključka o provedbi postupka komasacije nadležnom zemljišnoknjižnom sudu i katastru do dana pravomoćnog okončanja postupka komasacije promjene podataka u katastarskom operatu i zemljišnim knjigama dopuštene samo uz prethodnu suglasnost komasacijskog povjerenstva i to pod prijetnjom ništetnosti pravnih poslova zaključenih bez navedene suglasnosti (čl. 156. st. 2. i 3. ZPUG).

Nametanje obveze vlasniku i nositeljima drugih prava na nekretnini da su za svaku promjenu podataka na nekretnini koja je obuhvaćena postupkom komasacije dužni zatražiti prethodnu suglasnost komasacijskog povjerenstva smatramo nepotrebnim zakonskim ograničenjem. Zakonom nije propisan ni rok u kojem je komasacijsko povjerenstvo dužno odlučiti o davanju suglasnosti, niti po kojem će se ključu suglasnost za pojedino raspolaganje davati, odnosno uskraćivati.

Za pretpostaviti je da je ova odredba unesena u Zakon kako bi komasacijska povjerenstva bila obaviještena o aktualnim promjenama na nekretninama nad kojima se provodi urbana komasacija. Ukoliko je ovo *ratio* navedene zakonske odredbe, smatramo da bi se isti cilj mogao, učinkovitije i u manjoj mjeri ograničavajuće, postići drugim mjerama. Primjerice, propisivanjem obveze strankama u postupku o dužnosti obavještavanja komasacijskog povjerenstva o svim promjenama na nekretninama. Takvu bi obvezu *de lege ferenda* trebalo propisati zakonom tako da obveza obavještavanja bude istaknuta već u zaključku o provedbi komasacije. Obavješćivanje komasacijskog povjerenstva o promjenama na nekretninama svakako bi bilo bolje rješenje od prethodne suglasnosti komasacijskog povjerenstva koje predstavlja preveliko ograničenje za nositelje prava na nekretninama, a ionako ne ispunjava svoju (presumiranu) zadaću. Moguće je, primjerice, da vlasnik nakon pribavljene suglasnosti povjerenstva ne zaključi pravni posao kojim prenosi ili osniva novo stvarno pravo na nekretnini. S druge strane ova dužnost obavještavanja

bila bi u interesu stranaka u postupku, odnosno novih nositelja stvarnih prava pa bi bilo realno za očekivati da će zainteresirana strana pravovremeno obavijestiti komasacijsko povjerenstvo o nastalim promjenama. U prilog ovakvom rješenju svakako ide i činjenica da do prijenosa prava vlasništva i osnivanja drugih stvarnih prava na nekretnini dolazi i na drugim pravnim temeljima. Teško nam je zamisliti da bi moguća uskrata suglasnosti komasacijskog povjerenstva mogla imati ikakav pravni učinak na stjecanje stvarnih prava na temelju nasljeđivanja, zakona, sudske odluke ili odluke drugoga nadležnog tijela. Osim toga, navedeno ograničenje (odnosno uvjetovanje suglasnošću) pravnog prometa nekretninama vremenski je određeno trajanjem postupka komasacije, a nije za očekivati da će postupci biti pravomoćno dovršeni u kratkom roku, što ovu odredbu o davanju suglasnosti čini još tegobnijom.

2.2. Utvrđivanje stanja nekretnine

Predmet komasacije su sva zemljišta na području komasacije osim građevnih čestica izgrađenih u skladu s važećim detaljnim planom uređenja, neizgrađenih čestica koje imaju oblik i površinu određenu važećim detaljnim planom uređenja, izgrađenih čestica koje se promjenom oblika i površine mogu uskladiti s važećim detaljnim planom uređenja⁷ i čestica na kojima su izgrađene građevine bez građevinske dozvole, odnosno drugog odgovarajućeg akta u skladu s detaljnim planom uređenja koje se promjenom oblika i površine mogu uskladiti s tim planom (čl. 139. ZPUG).

Kako bi se postupak urbane komasacije uopće mogao provesti, komasacijsko povjerenstvo mora utvrditi pravno stanje zemljišta, građevina i trajnih nasada (dakle, nekretnine) koja bi trebala biti obuhvaćena postupkom komasacije. Upravo stoga Zakonom je propisano da jedinica lokalne samouprave zahtjevu za pokretanje komasacije pored detaljnog plana uređenja i parcelacijskog elaborata za formiranje građevnih i drugih čestica na području komasacije, prilaže i potpune izvratke iz zemljišnih knjiga i posjedovne listove za zemljište koje je predmet komasacije i/ili pojedinih radnji u tom postupku te druge dokumente i podatke značajne za utvrđivanje vlasništva tog zemljišta, te građevina i trajnih nasada na tom zemljištu kojima raspolaže (neprovedene odluke tijela državne vlasti, kupoprodajne ugovore, podatke o promjeni adresa vlasnika i posjednika i sl.), kao i popis i stručni opis građevina i trajnih nasada koje je potrebno ukloniti radi provedbe komasacije s oznakom zemljišta na kojem se nalaze i izgrađenih čestica koje se promjenom oblika i površine usklađuju s detaljnim planom uređenja. Komascacijsko povjerenstvo dužno je, u svrhu utvrđivanja stvarnoga stanja nekretnina u pogledu vlasništva, drugih stvarnih prava, oblika, veličine i izgrađenosti, te radi pružanja mogućnosti strankama izjasniti se o činjenicama i okolnostima koje su od važnosti za donošenje

⁷ Dio izgrađene čestice koji prema važećem detaljnom planu uređenja ne čini građevnu česticu, predmet je komasacije.

rješenja, pozvati osobno i javnim priopćenjem na očitovanje sve stranke (čl. 158. st. 1. ZPUG).

2.2.1. Utvrđenje 'stvarnog stanja' nekretnine

Postupak utvrđivanja stanja zemljišta te građevina i trajnih nasada koji su predmet komasacije uređen je čl. 140., 141. i 142. ZPUG-a.⁸ Stanje zemljišta, građevina i trajnih nasada utvrđuje se u postupku komasacije u dva smjera. s jedne se strane utvrđuje njihov oblik, veličina i izgrađenost (dakle, katastarski podaci),⁹ a s druge se strane utvrđuje stvarnopravno stanje nekretnine. Pored prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama obuhvaćenim postupkom komasacije za potrebe provedbe postupka komasacije utvrđuje se i posjednik nekretnine. Kao mjerodavno stanje glede vlasništva i ograničenih stvarnih prava te oblika, veličine i izgrađenosti nekretnine, uzima se stanje u zemljišnim knjigama (čl. 141. st. 2. ZPUG). Ovakva je odredba gotovo suvišna budući da je *ratio* postojanja zemljišnih knjiga upravo evidencija pravnog stanja nekretnina na području Republike Hrvatske, koja je mjerodavna za pravni promet nekretnina (čl. 1. Zakona o zemljišnim knjigama¹⁰). Relativno je čest slučaj da zemljišnoknjižno stanje nekretnine ne odgovara njezinom stvarnom, izvanknjižnom stanju. ZPUG-om je za te slučajeve određeno da će se kao mjerodavno uzeti stvarno stanje (čl. 141. st. 3. ZPUG). Iz stipulacije odredbe čl. 142. st. 2. ZPUG-a proizlazi, međutim, da 'stvarno stanje' u smislu ovoga Zakona ima bitno drugačije značenje od pojma 'stvarnog stanja' u teoriji stvarnog i zemljišnoknjižnog prava. Naime, do nesklada između zemljišnoknjižnog i stvarnog stanja nekretnine doći će u dva slučaja – kada je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno i kada je zemljišnoknjižno stanje neistinito.¹¹ Izvanknjižno stjecanje vlasništva¹² moguće je samo na tri pravna osnova: na temelju odluke suda ili druge vlasti, pri čemu se vlasništvo stječe u trenutku pravomoćnosti sudske, odnosno konačnosti odluke druge vlasti (čl. 126. st. 2. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima¹³), na temelju nasljeđivanja, u trenutku otvaranja nasljedstva (čl. 128. st. 1. ZV) te

8 Iako izrijekom nije propisano da se postupak komasacije provodi po pravilima upravnog postupka, postoji načelna odredba ZPUG-a kojom je propisano da se na postupovna pitanja koja nisu uređena ZPUG-om primjenjuju odredbe propisa kojim se uređuje opći upravni postupak (čl. 3. ZPUG).

9 Ako je za utvrđivanje stvarnog stanja nekretnina glede njihova oblika, veličine i izgrađenosti potrebno stručno znanje geodetske struke dokazi se izvode uz pomoć osobe ovlaštene za obavljanje poslova državne izmjere i katastra nekretnina prema posebnom zakonu (čl. 158. st. 3. ZPUG).

10 NN, br. 91/96., 68/98., 137/99., 114/01., 100/04., 107/07., 152/08. (u daljnjem tekstu: ZZK).

11 Više o tome: JOSIPOVIĆ, Tatjana, *Zemljišnoknjižno pravo*, Informator, Zagreb, 2001., str. 240.-242.

12 U radu se ograničavamo samo na pravo vlasništva, iako će do nesklada između stvarnog i izvanknjižnog stanja doći i kod ograničenih stvarnih prava, ali i pravnih činjenica i osobnih odnosa mjerodavnih za pravni promet nekretnina.

13 NN br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 129/00., 114/01., 79/06., 141/06., 107/07., 146/08., 38/09., 153/09. (u daljnjem tekstu: ZV).

na temelju zakona u trenutku kada se ispune zakonom propisane pretpostavke za stjecanje (čl. 129. st. 1. ZV). Upis u zemljišnu knjigu prava koje je stečeno na ovim pravnim temeljima ima samo deklaratoran karakter. Prije upisa nositelji ovih prava su izvanknjižni vlasnici i nositelji drugih stvarnih prava.

‘Stvarno stanje’ nekretnine u pogledu vlasništva i drugih stvarnih prava koje se utvrđuje ‘za potrebe provedbe postupka komasacije’ ne odnosi se, međutim, samo na izvanknjižno stečena prava. Naime, sudionici komasacije su, pored vlasnika i nositelja drugih stvarnih prava, također, i ‘nositelji obveznih prava koja su osnova za stjecanje vlasništva i drugih stvarnih prava’ (čl. 143. st. 2. ZPUG). Kada je *titulus adquirendi* prava vlasništva valjani pravni posao kojemu je cilj stjecanje vlasništva, zaključenjem takvog ugovora za kupca, odnosno osobe u čiju se korist osniva neko drugo stvarno pravo, nastaje obvezno pravo zahtijevati prijenos (ili osnivanje) toga prava. Pravo vlasništva ne stječe se zaključenjem pravog posla nego tek upisom stjecateljeva vlasništva u zemljišnu knjigu i to na temelju tog pravnog posla (čl. 115. st. 1. i 119. st. 1. ZV) ukoliko su ispunjene opće i posebne pretpostavke propisane ZZK-om. Sa stajališta stvarnopravnog i zemljišnoknjižnog prava stvarno stanje nekretnine, prije upisa tog prava, nije drugačije od zemljišnoknjižnog jer osobe koje imaju zaključene valjane pravne poslove kojima je *causa* stjecanje nekog stvarnog prava imaju samo pravni temelj za upis u zemljišnu knjigu koji je konstitutivan. Stoga se može činiti da su odredbom čl. 143. st. 2. ZPUG-a, kojom su pravni položaj stranke u postupku dobili i ‘nositelji obveznih prava koja su osnova za stjecanje vlasništva i drugih stvarnih prava’, to svojstvo dobile i osobe koje to ne bi trebale biti, čime se omogućuje komasacijskim tijelima da kao vlasnike nekretnine utvrde i osobe koje to nisu.¹⁴

Priznavanje pravnog položaja stranke u postupku i onim osobama koje su ‘nositelji obveznih prava koja su osnova za stjecanje vlasništva i drugih stvarnih prava’ u skladu je, međutim, s općim načelom upravnog postupka iz čl. 4. st. 1. Zakona o općem upravnom postupku.¹⁵ Njime je propisano da je stranka u upravnom postupku, pored fizičke ili pravne osobe na čiji je zahtjev pokrenut postupak te osobe protiv koje se vodi postupak, i svaka ona osoba koja radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa ima pravo sudjelovati u postupku. Osobe koje imaju zaključene ugovore koji mogu biti temelj za stjecanje stvarnih prava nesporno imaju pravni interes sudjelovati u upravnom postupku. Ono što je svakako dvojbeno je ima li upravno tijelo – komasacijsko povjerenstvo kompetencije odlučivati o tome ispunjavaju li pojedine isprave pretpostavke valjanosti za upis stvarnih prava u zemljišne knjige sukladno ZZK-u. Ovo tim više jer ZPUG-om nije propisano na koji način komasacijsko povjerenstvo donosi odluke i je li pri tome odlučujuće mišljenje suca kao člana povjerenstva ili postoji opasnost donošenja odluke većinom glasova.

14 Tako: ERNST, Hano, Utjecaj prejudicijelnog odlučivanja u postupku urbane komasacije na stvarnopravne odnose, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 14, Organizator, Zagreb, 2007., str. 576.; KOVAČIĆ, Tihomir, Jamstvo vlasništva u postupcima urbane komasacije, Informator, br. 5298, 11.02.2008., str. 27.

15 NN br. 47/09. (u daljnjem tekstu: ZUP).

Pri odgovoru na ovo pitanje valja posebice uzeti u obzir činjenicu da sintagma 'uzet će se kao mjerodavno stvarno stanje', dakle stanje drugačije od zemljišnoknjižnog stanja, zapravo znači odlučivanje o postojanju ili nepostojanju određenog prava. Na temelju u postupku komasacije utvrđenog pravnog stanja nekretnine donosi se rješenje o komasaciji čijom pravomoćnošću tako utvrđeno vlasništvo i druga stvarna prava prestaju, a stječu se vlasništvo i druga stvarna prava na drugom zemljištu (ili se dobiva novčana naknada). Utvrđivanje 'stvarnog stanja nekretnine' nesporno je prethodno pitanje, međutim pravni učinci takve odluke bliži su pravnim učincima meritornih odluka.¹⁶ Ovo tim više stoga što je uloga zemljišnoknjižnog suda, kao nadzornika provedivosti rješenja u zemljišnoj knjizi, odredbom čl. 173. st. 2. ZPUG-a ukinuta. Naime, prema navedenoj odredbi zemljišnoknjižni sud dužan je u zemljišnoj knjizi provesti upise kako je to određeno rješenjem, bez obzira na ranije upise (kritiku ove odredbe vidjeti *infra* 2.4.3.1.). Mišljenja smo da bi komasacijska povjerenstva trebala pri utvrđivanju stvarnog stanja nekretnine svakako voditi računa o pravnim učincima koje takva odluka proizvodi, ali, nažalost, odredbe ZPUG-a ne daju za to ni okvir niti garanciju.

Bilo bi, po našem mišljenju, bolje rješenje da je zakonodavac dopustio da kao stranke u postupku sudjeluju i osobe koje se na temelju pravnoga posla mogu upisati u zemljišnu knjigu kao vlasnici ili nositelji drugih stvarnih prava, te da iste uputi da u određenom roku podnesu zahtjeve za upis prava zemljišnoknjižnom sudu.

2.2.2. *Građevine i trajni nasadi*

Posebnom zakonskom normom reguliran je način postupanja s građevinama i trajnim nasadima koji se nalaze na zemljištu koje je predmet komasacije, a koje je potrebno ukloniti radi provedbe detaljnog plana uređenja. Takve se građevine i trajni nasadi, u postupku komasacije, izvlašćuju u korist jedinica lokalne samouprave, prema odredbama Zakona o izvlaštenju¹⁷ (čl. 140. st. 1. i 2. ZPUG). Propisivanjem mogućnosti izvlaštenja samo građevine, odnosno samo trajnih nasada, a ne i zemljišta na kojima se one nalaze određena je nova iznimka od načela *superficies solo cedit*. Budući da odredbe ZI-a ne previđaju mogućnost izvlaštenja samo građevine ili trajnih nasada ostaje nejasno na koje odredbe ZI-a upućuje čl. 140. ZPUG-a.¹⁸ Naknada za izvlaštenu nekretninu, sukladno odredbama ZI-a, određuje se, u pravilu, davanjem na ime naknade druge odgovarajuće nekretnine koja odgovara visini tržišne vrijednosti nekretnine koja se izvlašćuje, pa niti odredbe o naknadi nisu primjenjive. Primjenjive su odredbe ZI-a u dijelu u kojem se govori o naknadi za izvlaštenu nekretninu kada je građevina izgrađena bez akta na temelju kojega se može graditi prema posebnom propisu, osim građevina izgrađenih do 15.

16 ERNST, Hano, Utjecaj prejudicijelnog pitanja..., op. cit.

17 NN br. 9/94., 35/94., 112/00., 114/01. i 79/06. (u daljnjem tekstu: ZI).

18 Provođenjem potpunog izvlaštenja nekretnina postaje vlasništvo korisnika izvlaštenja, a izvlaštenjem se obuhvaća i zgrada ili drugi građevinski objekt koji se na zemljištu nalazi (čl. 3. ZI). Pored potpunog izvlaštenja, ZI poznaje i nepotpuno izvlaštenje. Nepotpunim izvlaštenjem ograničava se pravo vlasništva na nekretnini osnivanjem služnosti ili zakupa (čl. 4. st. 1. ZI).

veljače 1968. godine pa vlasnik takve građevine nema pravo na naknadu (čl. 32. st. 2. i 5. ZI). Ako se u postupku izvlaštenja utvrdi da ne postoji ovršno rješenje o uklanjanju građevine, ured državne uprave koji vodi postupak izvlaštenja prekinut će postupak izvlaštenja i zatražiti od nadležne građevinske inspekcije pokretanje postupka radi razrješenja prethodnog pitanja prema posebnom propisu. Prekinuti postupak nastaviti će se nakon što rješenje doneseno o tom pitanju bude izvršeno, budući da je postupak uklanjanja građevine izgrađene bez dozvole prethodno pitanje u odnosu na postupak izvlaštenja zemljišta.

Budući da se odluka o izvlaštenju građevina i trajnih nasada donosi u rješenju o komasaciji, pravomoćnošću rješenja dotadašnjem vlasniku nekretnine prestaje pravo vlasništva na komasiranom zemljištu i vlasništvo nad građevinom i trajnim nasadima. Na komasiranom zemljištu se, sukladno detaljnom planu uređenja formiraju građevne čestice koje se dodjeljuju sudionicima komasacije, dok građevine i trajni nasadi postaju trenutkom pravomoćnosti rješenja o komasaciji vlasništvo jedinica lokalne samouprave u čiju se korist izvlaštenje provodi. Izvlaštene građevine i trajni nasadi neće se, kako je to propisano ZI-om, privesti nekoj novoj namjeni, već će se u određenom trenutku ukloniti radi provedbe detaljnog plana uređenja.¹⁹ Teško je odrediti što je zakonodavca ponukalo na ovakvo rješenje, odnosno zašto ZPUG-om nije vlasnicima građevina i trajnih nasada određena naknada za građevine i trajne nasade koji se moraju ukloniti. Ukoliko se građevine ili trajni nasadi moraju ukloniti radi provedbe detaljnog plana uređenja, njihovo bi uklanjanje bilo zakonsko ograničenje prava vlasništva, koje je u interesu Republike Hrvatske, i za koje vlasniku pripada naknada tržišne vrijednosti već po samom Ustavu RH. Odredba čl. 50. st. 1. Ustava RH²⁰ ne odnosi se samo na mogućnost ograničenja i oduzimanja prava vlasništva izvlaštenjem, nego na svako ograničenje i oduzimanje vlasništva učinjeno u interesu Republike Hrvatske. Za svako takvo ograničenje vlasnik i nositelji drugih stvarnih prava imaju pravo na naknadu tržišne vrijednosti. U ovom bi se slučaju radilo o ograničenju prava vlasništva na temelju odluke komasacijskog povjerenstva (kao tijela upravne, javne vlasti), a na temelju Zakona. Konačno, i sam postupak urbane komasacije predstavlja ograničenje, a za neke sudionike i prestanak, odnosno oduzimanje prava vlasništva uz naknadu tržišne vrijednosti. Mišljenja smo da bi bilo bolje odredbu kojom se upućuje na postupak izvlaštenja zamijeniti odredbom o naknadi koja pripada vlasniku uklonjenih građevina i trajnih nasada radi ograničenja njegova vlasništva. Prijenos prava vlasništva na jedinicu lokalne samouprave nepotreban je korak, a može otvoriti vrata za zlouporabu ovakvog rješenja. Kao vlasnik i jedinica

19 Zakonom o izvlaštenju reguliran je postupak izvlaštenja nekretnina kada je to potrebno radi izgradnje objekata ili izvođenja radova u interesu Republike Hrvatske i kada se ocijeni da će se korištenjem nekretnine, za koju se namjerava predložiti izvlaštenje, u novoj namjeni postići veća korist od one koja se postizala korištenjem te nekretnine na dosadašnji način (čl. 1. st. 1. ZI).

20 Zakonom je moguće u interesu Republike Hrvatske ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1. Ustava RH).

lokalne samouprave bi, kada se građevine i trajni nasadi budu uklanjali, mogla zahtijevati naknadu, jer će uklanjanjem građevina i trajnih nasada prestati njezino pravo vlasništva na građevinama i trajnim nasadima. U svakom slučaju naknada za izvlaštenu građevinu i trajne nasade ne bi smjela biti, po našem mišljenju, trošak komasacijskog postupka kojega snose svi sudionici. Kada je već propisano da je korisnik izvlaštenja jedinca lokalne samouprave, ona je ta koja mora platiti naknadu za izvlaštenje (takvo rješenje proizlazi i iz odredaba ZI-a, na koji ZPUG uostalom i upućuje). U Zakonu, međutim, nije propisano o čijem će se trošku građevine i trajni nasadi ukloniti. Budući da ovi troškovi mogu biti vrlo visoki smatramo da se nije smjelo propustiti zakonski izriječkom propisati obveznika naknade.

2.2.3. Rješavanje sporova o vlasništvu

Tijekom utvrđivanja stvarnog stanja nekretnine pred komasacijskim se povjerenstvom mogu pojaviti sporovi o pravu vlasništva, kao i drugim stvarnim pravima na nekretnina, ali i o obliku, veličini i izgrađenosti nekretnina. Moguće je također, da se u odnosu na neke od nekretnina koje su obuhvaćene postupkom komasacije, kako glede stvarnih prava na njima tako i glede obilježja nekretnine, već vode postupci pred nadležnim sudom ili drugim tijelom vlasti. Sve navedene sporove, kao i 'druge postupke nužne za provedbu postupaka komasacije', osim postupaka čija je provedba u nadležnosti građevinske i urbanističke inspekcije, rješava tijelo nadležno za provedbu komasacije kao prethodno pitanje (čl. 142. ZPUG). Prethodno pitanje je, po svojoj definiciji, pravno pitanje o postojanju nekog prava ili pravnog odnosa, koje čini samostalnu pravnu cjelinu, a bez čijeg se rješenja ne može riješiti glavna stvar. Pri rješavanju prethodnog pitanja na kompleks činjenica mora se primijeniti mjerodavna pravna norma.²¹ Budući da se na prethodno pitanje ne odnosi pravomoćnost rješenja kojim je odlučeno o glavnoj stvari te da odluke o prethodnom pitanju proizvode pravne učinke samo u sklopu postupka u kojem su donesene, logična je odredba čl. 142. st. 3. ZPUG-a. Njome je, naime, propisano kako se utvrđivanjem 'stvarnog stanja' nekretnine u postupku komasacije ne dira u prava trećih osoba na te nekretnine niti na mogućnost uređivanja ovih pitanja pred inače nadležnim tijelima državne vlasti nakon pravomoćnog okončanja postupka komasacije. Navedena odredba može na prvi pogled zavarati. Naime, čl. 169. ZPUG-a propisani su učinci pravomoćnosti rješenja o komasaciji: vlasništvo i druga stvarna prava na zemljištu koje je predmet komasacije prestaju, a stječe se pravo vlasništva i druga stvarna prava na tom zemljištu prema rješenju o komasaciji. Nadalje je propisana dužnost zemljišnoknjižnog suda da u zemljišnoj knjizi provede upise bez obzira na ranije upise (čl. 173. st. 2. ZPUG). Uzme li se pored navedenih odredaba u obzir i odredba čl. 147. ZPUG-a kojom je propisano da obnova postupka u postupku urbane komasacije nije dopuštena, može se zaključiti kako odluka koju

21 Članak 55. i 56. ZUP-a uređuju rješavanje prethodnog pitanja u upravnom postupku i njegove pravne učinke.

komasacijsko povjerenstvo donese o stanju nekretnina i sporova na njima ima meritorne učinke.

Pri razrađivanju načela razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa zakonodavac je propisao kako su javnopravna tijela dužna strankama omogućiti da što lakše zaštite i ostvare svoja prava, vodeći pri tome računa da njihovo ostvarivanje ne bude na štetu prava trećih osoba niti u protivnosti s javnim interesom (čl. 6. st. 3. ZUP-a). Mišljenja smo da odredba čl. 142. st. 1. ZPUG-a kojom je propisano da sporove o pravu vlasništva i drugim stvarnim pravima na nekretninama te o njihovu obliku, veličini i izgrađenosti 'rješava tijelo nadležno za provedbu komasacije' ne bi trebalo tumačiti na način da komasacijsko povjerenstvo ne može prekinuti postupak, odnosno da je dužno samostalno riješiti spor.²² Navedenu odredbu, po našem mišljenju, valja tumačiti na način da komasacijsko povjerenstvo takav spor može, ali ne mora riješiti, već po potrebi i u skladu s načelom razmjernosti njegovo rješavanje može prepustiti nadležnom 'tijelu državne vlasti', odnosno sudu. Ovo tim više ukoliko se spor o vlasništvu ili kojem drugom stvarnom pravu na nekretnini već vodi pred nadležnim sudom. U tom bi slučaju postupak komasacije trebao biti u prekidu do donošenja pravomoćne sudske odluke pri čemu bi valjalo propisati da je ovakav sudski postupak hitan. Nažalost, ne samo da ovo nije tako, već komasacijsko povjerenstvo uopće nije dužno voditi računa o zabilježenim zabranama raspolaganja nekretninama donesenim od tijela državne vlasti, čak dapače, izričito je navedeno da ove zabrane ne sprječavaju provedbu postupka komasacije (čl. 142. st. 2. ZPUG).

Već je navedeno kako utvrđivanje stvarnog stanja i rješavanje prethodnih pitanja ne dira u prava trećih osoba na te nekretnine niti na mogućnost uređivanja ovih pitanja pred inače nadležnim tijelima državne vlasti nakon pravomoćnog okončanja postupka komasacije (čl. 142. st. 3. ZPUG). Odgovor na pitanje tko se smatra trećim osobama, mišljenja smo, treba dati ekstenzivnim tumačenjem norme, odnosno na način da svatko (uključujući i one osobe koje su bile uključene u postupak komasacije kao stranke) tko smatra da je 'stvarno stanje' u postupku komasacije pogrešno utvrđeno zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ili zbog pogrešne primjene materijalnog prava može pokrenuti postupak pred nadležnim tijelima državne vlasti. Vlasnik ili nositelj drugog stvarnog prava koji smatra da je oštećen pri utvrđivanju 'stvarnog stanja' i/ili prejudicijelnom rješavanju sporova o nekretninama pokrenut će parnicu pred nadležnim sudom. Upitno je, međutim, na koji bi način ta presuda uopće bila provediva u zemljišnim knjigama i ovršiva u pogledu isplate naknade, budući da je mogućnost obnove postupka izrijekom isključena (čl. 147. ZPUG). Upitno je bi li, u sudskom postupku utvrđeni vlasnik zemljišta koje je bilo predmet komasacije mogao zahtijevati da mu se dodijeli ona građevna čestica koja je u postupku komasacije dodijeljena osobi koja je u tom postupku bila pogrešno utvrđena vlasnikom. Mišljenja smo da bi s takvim zahtjevom vlasnik mogao uspjeti protiv osobe koje je bila *mala fide* u postupku komasacije dok je zaista upitno kakav bi bio ishod parnice u slučaju da je osoba koja je u postupku

22 Takvo tumačenje: KOVAČIĆ, Tihomir, op. cit., str. 27. i 28.

bila utvrđena vlasnikom bila u dobroj vjeri. Ovo tim više ako je *bona fide* stjecatelj započeo s gradnjom na građevnoj čestici stečenoj u postupku komasacije. Ukoliko osoba koja je pravomoćnom sudskom odlukom utvrđena vlasnikom ne uspije sa zahtjevom za predaju nekretnine, nameće se pitanje ima li pravo na naknadu za to zemljište. Država bi bila dužna isplatiti naknadu samo ukoliko je u postupku utvrđivanja stvarnog stanja bilo nepravilnosti u radu komasacijskog povjerenstva. Ukoliko nema protupravnosti, nema, čini se ni pravnog osnova za odgovornost države za štetu. Moguće bi, eventualno, bilo zahtijevati naknadu od Republike Hrvatske, pozivajući se na sam Ustav RH, kojim je propisano da je oduzimanje prava vlasništva dopušteno ukoliko postoji interes za Republiku Hrvatsku, ali uvijek uz naknadu tržišne vrijednosti (čl. 50. st. 1. Ustava). Naime, tom je vlasniku njegovo vlasništvo prestalo upravo stoga što je njegovo zemljište ušlo u postupak urbane komasacije, provedba kojega je od interesa za Republiku Hrvatsku (čl. 137. st. 2 ZPUG). Ukoliko niti ovakav, pomalo nategnut zahtjev, ne bi bio prihvaćen, vlasnik bi ostao i bez prava vlasništva i bez naknade, što je neprihvatljivo i iz čega proizlazi zaključak da postupak urbane komasacije kako je uređen ZPUG-om ne jamči pravo vlasništva i da je stoga protuustavan.

Budući da je postupak urbane komasacije nesporno postupak u kojem se odlučuje o pravima građanske naravi, štoviše o temeljnom subjektivnom građanskom pravu – pravu vlasništva i drugim stvarnim pravima i na njega se odnosi ustavna odredba kojom je propisano da ‘svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama’ (čl. 29. st. 1. Ustava Republike Hrvatske i čl. 6. st. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda). Stavljanjem u nadležnost komasacijskih povjerenstava, dakle upravnih tijela, odlučivanje o ‘stvarnom stanju’ nekretnine, te odlučivanje o prestanku i stjecanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama na području obuhvaćenom komasacijom, a ne predviđajući pritom mogućnost barem naknadne²³ sudske kontrole, odnosno zaštite građanskog prava pred sudom koji ispunjava postupkovne zahtjeve,²⁴ u suprotnosti je s čl. 19. st. 2. i čl. 29. st. 1. Ustava RH i odredbama čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i Protokola broj 1. uz Konvenciju.

23 Ne radi se o povredi Konvencije ako o građanskim pravima i obvezama odlučuje tijelo koje ne udovoljava zahtjevima iz stavka 1. članka 6. Konvencije, ako je osigurano naknadno preispitivanje odluke od strane tijela koje tim zahtjevima udovoljava, konkretno, od strane suda pune jurisdikcije.

24 Upravni sud nije sud pune jurisdikcije. Vežanost Upravnog suda na činjenično stanje u upravnom postupku primjereno je temeljnoj karakteristici upravnog spora kao spora o zakonitosti upravnog akta, više o tome odluka Ustavnog suda, broj: U-I-745/1999, od 8. studenoga 2000., NN br. 112/00. Drugačije će biti od 1. siječnja 2012. kada stupa na snagu novi Zakon o upravnim sporovima (NN br. 20/10.).

2.3. Utvrđivanje tržišne vrijednosti zemljišta

Odredbom čl. 157. ZPUG-a određeno je na koji će se način utvrđivati tržišna vrijednost zemljišta koje je obuhvaćeno komasacijom. Tržišna vrijednost zemljišta je vrijednost izražena u cijeni koja se za komasirano zemljište može postići na tržištu i koja ovisi o odnosu ponude i potražnje, na području komasacije ili sličnom susjednom području. Nadalje je ZPUG-om propisano kako namjena pojedinog zemljišta, koje je predmet komasacije, određena detaljnim planom uređenja ne može biti od utjecaja na utvrđivanje iznosa tržišne vrijednosti zemljišta u svrhu isplate naknade. Kao pomoćni, ali neobvezujući, kriterij za određivanje tržišne vrijednosti nekretnina uzimaju se u obzir podaci Ministarstva financija o tržišnoj vrijednosti zemljišta na području komasacije ili sličnom susjednom području i tržišna vrijednost zemljišta navedena u procjeni troškova provedbe komasacije.

Smatramo važnim naglasiti da se tržišna vrijednost nekretnina utvrđuje samo prije provođenja komasacije. Nakon što se sva zemljišta koja uđu u obuhvat komasacije usklade s detaljnim planom uređenja, ne utvrđuje se nova vrijednost građevnih čestica, a jedino je mjerilo prema kojem se obračunavaju sve naknade u postupku urbane komasacije - površina zemljišta, što smatramo neprimjerenim.²⁵

2.4. Rješenje o komasaciji

Nakon što komasacijsko povjerenstvo utvrdi stvarno stanje nekretnine i provede postupak komasacije, donosi rješenje o komasaciji. Rješenjem o komasaciji odlučuje se o izvlaštenju građevina i trajnih nasada koji se nalaze na zemljištu koje je predmet komasacije i drugim prethodnim pitanjima značajnim za provedbu komasacije, zatim se odlučuje o dodjeljivanju građevnih i drugih čestica, dodjeli zemljišta potrebnog za formiranje izgrađenih građevnih čestica, naknadama koje se plaćaju prema ZPUG-u, te o prelaganju stvarnih prava i tereta na zemljištu koje je predmet komasacije, a čija svrha nije prestala provedbom komasacije (čl. 168. ZPUG). Protiv rješenja o komasaciji može se izjaviti žalba Državnom komasacijskom povjerenstvu u roku od petnaest dana od dana dostave izvoda iz rješenja o komasaciji (čl. 172. st. 1. ZPUG).

Žalbom iz čl. 172. st. 1. ZPUG-a nije moguće pobijati način utvrđivanja i visinu utvrđene tržišne vrijednosti nekretnine za koju se plaća ili dobiva naknada, odnosno iznos ove naknade, ali nezadovoljna stranka, odnosno druga osoba može po konačnosti rješenja o komasaciji zatražiti da sud u izvanparničnom postupku utvrdi iznos tržišne vrijednosti komasirane nekretnine te iznos naknade u skladu

25 O načinu na koji se utvrđuje iznos koji je dužna naknaditi jedinica lokalne samouprave, odnosno vlasnik prema austrijskom i njemačkom pravu vidjeti: KRTALIĆ, Vladimir, Urbana komasacija u Bavarskoj, Hrvatska javna uprava, br. 3/2007., Institut za javnu upravu, Novi informator, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Društveno veleučilište u Zagrebu, Zagreb, 2007.; isti: Planiranje urbanističkog razvitka hrvatskih i europskih gradova, Hrvatski savez građevinskih inženjera, Sabor hrvatskih graditelja 2008., Cavtat, 2008.

s ovim Zakonom. Nejasno je zbog čega nije dopuštena žalba u odnosu na način utvrđivanja i visinu utvrđene tržišne vrijednosti. Odredba kojom je propisano da vlasnik ima pravo u sudskom postupku zatražiti da se utvrdi iznos tržišne vrijednosti komasirane nekretnine inspirirana je, čini nam se odlukom Ustavnog suda²⁶ kojim su ukinute neke odredbe ZI-a upravo iz razloga što tim odredbama nije pružena zaštita prava vlasništva i ograničenih stvarnih prava na način kako je jamče Ustav i Konvencija.

2.4.1. Naknada u novcu

Pod naslovom 'Naknada u novcu' su tri članka. Članak 164. ZPUG-a odnosi se na one sudionike komasacije kojima je u postupku komasacije dodijeljena u vlasništvo građevna čestica. Člankom 165. ZPUG-a propisana je naknada za one sudionike komasacije čije je zemljište bilo obuhvaćeno komasacijom, ali u postupku nisu dobili građevnu česticu. Člankom 166. ZPUG-a određeni su rokovi u kojima sudionici komasacije moraju ispuniti obveze plaćanja naknada.

Naknada u novcu pored građevne čestice

Građevne čestice formirane od zemljišta koje je predmet komasacije, a koje detaljnim planom uređenja nisu određene za javnu namjenu, dodjeljuju se u vlasništvo sudionicima komasacije koji su to zatražili prilikom očitovanja. Zakon je dao smjernice po kojima bi komasacijsko povjerenstvo trebalo odlučiti o načinu dodjele pojedinih građevnih čestica. Tako je propisano da se sudioniku komasacije po mogućnosti treba dodijeliti u vlasništvo građevnu česticu, ili više njih, koje po svojoj površini približno odgovaraju površini njegovog zemljišta koje je predmet komasacije razmjerno umanjenoj za izdvojenu površinu. Nadalje, da se, po mogućnosti, u vlasništvo dodijeli građevna čestica na položaju na kojemu je ranije imao pretežni dio zemljišta, što bliže tom položaju ili na što sličnijem položaju, a sve to uzimajući u obzir međusobne dogovore sudionika komasacije (čl. 160. st. 3. ZPUG). Nejasno je, međutim, kada bi se sudionici komasacije mogli i trebali dogovarati o međusobnoj raspodjeli građevnih čestica kada Zakon ne predviđa javnu raspravu. Okolnost da je javna rasprava održana u postupku donošenja detaljnog plana uređenja, nije dovoljno jak razlog za nepropisivanje javne rasprave i u postupku urbane komasacije. Ovo tim više što se upravo u ovome postupku odlučuje o prestanku prava vlasništva i drugih stvarnih prava na zemljištu obuhvaćenom komasacijom te o načinu dodjele, dakle, osnivanju prava vlasništva i drugih stvarnih prava na novoformiranim građevnim česticama. Za pojedince, koji su nositelji konkretnih stvarnih prava, to je pitanje od iznimne važnosti.

Budući da su građevne čestice određene detaljnim planom uređenja, dakle, unaprijed su isplanirane, neće svi sudionici komasacije dobiti građevne čestice koje su razmjerno umanjene za izdvojenu površinu. Neki će sudionici dobiti građevne

26 NN br. 112/00., Odluka USRH, broj: U-I-745/1999, od 8. studenoga 2000.

čestice koje su manje, a neki čestice koje su veće od zemljišta koje je bilo predmet komasacije, razmjerno umanjenog za izdvojene površine. Okolnost da će se pri izračunavanju visine naknade sudionicima kojima je dodijeljena građevna čestica, površina komasiranog zemljišta razmjerno umanjiti za izdvojene površine proizlazi na neki način već iz same biti instituta urbane komasacije, ali i iz čl. 48. st. 2. Ustava RH koji propisuje: 'Vlasništvo obvezuje. Nositelji vlasničkih prava i njihovi korisnici dužni su pridonositi općem dobru.' Uređenje građevinskog zemljišta u skladu s detaljnim planom uređenja svakako jest u javnom interesu, ali i u njihovom privatnom. Razmjernim umanjenjem zemljišta unesenog u komasaciju za potrebe izdvojenih površina svaki od vlasnika pridonosi općem dobru. U teoriji postoje i mišljenja kako je time što vlasnik ne dobiva naknadu za izdvojenu površinu povrijeđen ustavnopravni princip pune naknade za izvlaštenje.²⁷ Smatramo da ipak treba imati na umu svrhu urbane komasacije i činjenicu da će sudionici komasacije kojima budu dodijeljene građevne čestice u pravilu profitirati budući da je za očekivati da će tržišna vrijednost građevne čestice koja se stječe redovito biti veća od tržišne vrijednosti zemljišta koje je ušlo u postupak komasacije.

Tržišna vrijednost novih, građevnih čestica, nije, međutim, kriterij po kojem se određuje visina naknade. Zakon visinu naknade (i dužnika) čini ovisnom isključivo o odnosu površina komasiranog zemljišta i dodijeljene građevne čestice. Ovakvo određivanje naknade svakako jest matematički najjednostavnije (pa stoga i vremenski najbrže rješenje), no pitanje je, je li ono pravično.

Ukoliko je površina komasiranog zemljišta, razmjerno umanjena za izdvojene površine, veća od površine građevne čestice dobivene u vlasništvo, tom sudioniku komasacije pripada naknada u novcu prema tržišnoj vrijednosti komasiranog zemljišta za razliku između tih površina (čl. 164. st. 1. ZPUG). Primjerice, ukoliko je zemljište koje je ušlo u komasaciju bilo površine 1000 m², površine se razmjerno umanjuju za npr. 20%, dakle za 200 m², a nova čestica je površine 700 m², tom bi sudioniku komasacije pripadala naknada tržišne vrijednosti komasiranog zemljišta za površinsku razliku od 100 m². Naknadu u novcu koja prema ovom Zakonu pripada sudioniku komasacije 'ili drugoj osobi' plaća jedinica lokalne samouprave po konačnosti rješenja o komasaciji, odnosno po pravomoćnosti odluke suda iz članka 172. stavka 2. ovoga Zakona (čl. 166. st. 1. ZPUG). Zakonom je propisano da je stranka dužna jedinici lokalne samouprave isplatiti naknadu najkasnije do donošenja zaključka o uvođenju sudionika komasacije u posjed, dok takva obveza nije izrijeком propisana za naknadu koju je dužna isplatiti jedinica lokalne samouprave. Ova obveza jedinica lokalne samouprave proizlazi iz odredbe čl. 175. st. 3. ZPUG-a, kojom je propisano da se sudionik komasacije (a jedinica lokalne samouprave je sudionik komasacije) neće uvesti u posjed dodijeljenog zemljišta dok ne plati naknadu prema rješenju o komasaciji. Sudionik komasacije kojemu pripada pravo na naknadu od jedinice lokalne samouprave nema, međutim, nikakvo stvarnopravno osiguranje svog potraživanja.

27 Tako: ERNST, Hano, *Zaštita vjerovnika...*, op. cit., str. 245.

Naknada u novcu koja prema ovom Zakonu pripada sudioniku komasacije umanjuje se za iznos troškova komasacije koje snosi sudionik komasacije (čl. 166. st. 2. ZPUG). Troškove provedbe postupka komasacije čine upravo troškovi za naknade i pologe koje jedinica lokalne samouprave plaća strankama u postupku komasacije umanjeni za iznos naknada koje jedinici lokalne samouprave plaćaju stranke u postupku komasacije i drugi troškovi nastali u postupku komasacije. Dakle, sudioniku komasacije koji ima pravo na naknadu za određenu površinu zemljišta po tržišnoj vrijednosti se ta naknada umanjuje ne samo za izdvojene površine, već i stoga što i on mora participirati u plaćanju te naknade.

Ukoliko je sudioniku komasacije u vlasništvo dodijeljena građevna čestica koja je veća od zemljišta koje je bilo predmet komasacije, razmjerno umanjenog za izdvojene površine, naknadu u novcu prema tržišnoj vrijednosti komasiranog zemljišta bit će dužan platiti sudionik komasacije. Dakle, ukoliko bi vlasniku zemljišta iz gornjeg primjera bila dodijeljena čestica od 900 m², on bi bio dužan platiti naknadu za 100 m². Naknada u novcu koju prema ovom Zakonu plaća stranka pripada jedinici lokalne samouprave, a plaća se najkasnije do donošenja zaključka o uvođenju sudionika komasacije u posjed dodijeljenih građevnih čestica (čl. 166. st. 3. ZPUG). Sudionik komasacije koji nije platio naknadu koju je prema rješenju o komasaciji dužan platiti neće se uvesti u posjed dodijeljenog zemljišta dok ne plati naknadu (čl. 175. st. 3. ZPUG). Na zemljištu osobe koja nije platila dužnu naknadu u novcu zemljišnoknjižni sud upisat će po službenoj dužnosti hipoteku u dužnom iznosu za korist jedinice lokalne samouprave (čl. 173. st. 3. ZPUG). I ova je odredba sporna glede provedbe u zemljišnim knjigama. Naime, upis založnog prava trebao bi, po našem mišljenju, također biti određen rješenjem o komasaciji, kako bi zemljišnoknjižni sud imao pravni temelj za njezin upis.²⁸

Naknada umjesto zemljišta

U postupku komasacije ne dobivaju sve osobe čije je zemljište bilo predmet komasacije u vlasništvo građevnu česticu. Za to su mogući tri razloga. Građevne čestice neće se dodijeliti sudionicima komasacije koji to nisu zatražili prilikom očitovanja (čl. 158. st. 2. i čl. 160. st. 1. ZPUG). Građevna se čestica neće dodijeliti niti onom sudioniku komasacije čije zemljište koje je predmet komasacije, razmjerno umanjeno za površinu koja je bila potrebna za formiranje građevnih čestica za javnu namjenu, nema barem površinu najmanje građevne čestice određene detaljnim planom uređenja (čl. 160. st. 2. ZPUG). I konačno, moguće je da sudionik komasacije koji je zatražio dodjelu zemljišta u vlasništvo, ne dobije građevnu česticu jer nema dovoljnog broja čestica za dodjelu. U tom će slučaju prednost imati sudionik komasacije čije je zemljište, koje je bilo predmet komasacije, imalo veću površinu (čl. 161. st. 1. ZPUG). I ovdje dolazi do izražaja neprimjerenost površine kao jedinog kriterija dodjele građevnih čestica, budući da će područja komasiranog

28 Tako i KONTREC, Damir, Utjecaj novog Zakona o prostornom uređenju i gradnji na upise u zemljišne knjige, u: Primjena Zakona o prostornom uređenju i gradnji, Novi Informator, Zagreb, 2008., str. 98.

zemljišta vrlo vjerojatno obuhvaćati parcele različite tržišne vrijednosti s obzirom na mikrolokaciju.

Nezavisno od razloga zbog kojega građevna čestica nije dodijeljena, sudioniku komasacije pripada naknada za komasirano zemljište. Ta se naknada isplaćuje u novcu prema tržišnoj vrijednosti komasiranog zemljišta, razmjerno umanjenog za izdvojene površine (čl. 165. ZPUG). Ovdje se nameće pitanje zašto bivši vlasnik nema pravo na naknadu za cijelo zemljište, nego samo za površinu razmjerno umanjenu za izdvojene površine. Naime, to što osobe koje stječu građevne čestice nemaju pravo na naknadu za razmjerno umanjenje površine zemljišta zbog potrebe formiranja čestica za javnu namjenu, logično je. Bivši vlasnik kojemu se ne dodijeli građevna čestica nema, međutim, nikakve prednosti od provedbe postupka urbane komasacije. Njegovo je vlasništvo prestalo. Provedba postupka komasacije je u interesu Republike Hrvatske. Stoga nam se čini krajnje nepravično, protuzakonito i protuustavno zakonsko rješenje prema kojemu on nema pravo na potpunu naknadu tržišne vrijednosti za zemljište na kojem mu je vlasništvo prestalo.

Za napomenuti je kako je samim Zakonom propisano da se prilikom očitovanja strankama obvezno objašnjava svrha i pravne posljedice komasacije, predočavaju svi dokumenti koji se nalaze u spisu predmeta, a posebno parcelacijski elaborat, te ih se obvezno upozorava da će za zemljište, koje je predmet komasacije, dobiti naknadu u novcu prema tržišnoj vrijednosti ako ne zatraže dodjelu građevne čestice (čl. 158. st. 2. ZPUG). Budući da izdvojene površine mogu iznositi do 33 % površine zemljišta, moguće je da vlasnik zemljišta, koji u postupku komasacije nije zatražio dodjelu čestice, dobije naknadu za trećinu manju od očekivane.

Osim svega navedenog nejasno je i kako bi se odredilo što u ovom slučaju znači 'razmjerno umanjenog za izdvojene površine', odnosno koji bi bio zajednički nazivnik pri izračunavanju tog razmjernog umanjenja, kada se i naknada za nekretnine koje se dodjeljuju u postupku komasacije (a dodjeljuju se sve čestice i njihov zbroj čini komasirano područje, odnosno jedno cijelo) izračunava tako da se površina dodijeljenog zemljišta razmjerno umanja za izdvojene površine.

2.4.2. Troškovi postupka

Troškove provedbe postupka komasacije čine troškovi za naknade i pologe koje prema ovom Zakonu jedinica lokalne samouprave plaća strankama u postupku komasacije i drugim osobama u vezi s tim postupkom umanjeni za iznos naknada koje jedinici lokalne samouprave plaćaju stranke u postupku komasacije i drugi troškovi nastali u postupku komasacije.²⁹ Naknadne troškove postupka komasacije čine troškovi za naknade koje prema ovom Zakonu jedinica lokalne samouprave plaća sudionicima komasacije i drugim osobama na temelju odluke koju sud donosi u izvavanparničnom postupku, na prijedlog stranke nezadovoljne naknadom

29 Troškove pripreme postupka komasacije čine troškovi izrade, odnosno pribavljanja procjene, isprava i dokumenata koje se prilažu uz zahtjev. Navedene troškove, kao i troškove geodetskih radova u komasaciji snosi jedinica lokalne samouprave (čl. 144. st. 1-3. ZPUG).

određenom u konačnom rješenju o komasaciji.³⁰

U Zakonu, međutim, nije propisano o čijem će se trošku ukloniti građevine i trajni nasadi čije je uklanjanje potrebno radi provedbe detaljnog plana uređenja. Budući da ovi troškovi mogu biti vrlo visoki smatramo da se nije smjelo propustiti zakonski izrijekom propisati tko će te troškove snositi.

Troškove provedbe postupka komasacije i naknadne troškove postupka komasacije nose jedinica lokalne samouprave i sudionik komasacije, razmjerno površini građevnih i drugih čestica koje im se dodjeljuju u vlasništvo u tom postupku. Dio troškova snosi i vlasnik izgrađene čestice, kojem se dodjeljuje dio zemljišta potreban za formiranje građevne čestice, u skladu s detaljnim planom uređenja razmjerno površini zemljišta koje mu se dodjeljuje.

Pored osoba kojima se građevne i druge čestice dodjeljuju u vlasništvo, Zakonom je propisano da navedene troškove snosi i sudionik komasacije kojem se ne dodjeljuje građevna čestica, razmjerno površini zemljišta za koje mu prema Zakonu pripada naknada u novcu (čl. 144. st. 6. al. 2. ZPUG). Opterećivanje naknade koju bivši vlasnik nekretnine dobiva umjesto nekretnine troškovima postupka od kojega on nema nikakve koristi suprotno je načelu naknade tržišne vrijednosti za oduzete nekretnine. Osim što je ova odredba upitna s gledišta jamstva vlasništva, nejasno je na koji će se način odrediti omjer, odnosno što će se uzeti kao zajednički nazivnik, u kojem pojedini sudionik mora sudjelovati u troškovima ako se u obračun uzimaju ne samo osobe koje su stekle vlasništvo nego i osobe kojima nije dodijeljena građevna čestica.

Troškove provedbe postupka komasacije, kao i naknadne troškove, ni u kom slučaju ne bi smjeli snositi oni sudionici postupka komasacije kojima građevna čestica u postupku komasacije nije dodijeljena u vlasništvo.

2.4.3. Pravomoćnost rješenja o komasaciji

Pravomoćnošću rješenja o komasaciji prestaje vlasništvo i druga stvarna prava koja su do tada postojala na zemljištu koje je predmet komasacije, a stječe se vlasništvo zemljišta i druga stvarna prava na tom zemljištu prema tom rješenju (čl. 169. ZPUG). Konstitutivni učinak pravomoćne, odnosno konačne, odluke 'drugog tijela vlasti' o stjecanju stvarnih prava na nekretninama propisan je već i ZV-om. Utvrđivanjem stvarnog stanja vlasništva i drugih stvarnih prava na nekretninama u smislu članka 141. ZPUG-a te rješavanjem sporova o pravu vlasništva i drugim stvarnim pravima kao i o obliku, veličini i izgrađenosti nekretnine kao prethodnih pitanja ne dira se u prava trećih osoba na te nekretnine niti na mogućnost uređivanja ovih pitanja pred inače nadležnim tijelima državne vlasti nakon pravomoćnog okončanja postupka komasacije (čl. 142. st. 3. ZPUG). Međutim, osoba koja i uspije u parnici dokazati da je u vrijeme kada je proveden postupak komasacije bila vlasnik

³⁰ U čl. 144. st. 5. propisano je da naknadne troškove postupka komasacije čine troškovi za naknade iz čl. 186. st. 2. Budući da se navedeni članak nalazi u dijelu III. Zakona (Gradnja), te govori o stručnom nadzoru gradnje, za zaključiti je kako je numeracija netočna te je za pretpostaviti da je trebalo pisati čl. 172. st. 2. i 3. ZPUG.

ili nositelj kojeg drugog stvarnog prava na nekretninama na kojima je proveden postupak komasacije, neće moći ostvariti to svoje pravo. Naime, odredbom čl. 147. ZPUG-a propisana je zabrana obnove postupka u postupku komasacije.³¹ *Ratio* ove odredbe je, pretpostavljamo, zaštita pravne sigurnosti. Međutim, njome se pravna sigurnost osigurava samo osobama koje su zadovoljne rješenjem komasacijskog povjerenstva. Za one nositelje stvarnih prava koji smatraju da su u postupku komasacije oštećeni, zabrana obnove postupka je rješenje kojim se ugrožava pravna sigurnost i ozbiljno dovodi u pitanje ustavno načelo jamstva vlasništva.

Utvrđivanje 'stvarnog stanja' nekretnine provodi se 'za potrebe provedbe postupka komasacije' (čl. 141. st. 1. ZPUG). Pravomoćnost rješenja o komasaciji ne odnosi se na prethodna pitanja.³² Međutim, činjenica da komasacijsko tijelo donosi rješenje o komasaciji na temelju 'za potrebe komasacije' utvrđenog pravnog stanja nekretnine, i da se po pravomoćnosti toga rješenja ono provodi u zemljišnim knjigama, bez obzira na ranije zemljišnoknjižno stanje, te da mogućnost obnove postupka ne postoji, prethodnoj odluci daje smisao meritorne odluke.³³

Provedba rješenja o komasaciji u zemljišnim knjigama

Pravomoćno rješenje o komasaciji s parcelacijskim elaboratom dostavlja se zemljišnoknjižnom sudu, koji je to rješenje dužan provesti u zemljišnoj knjizi hitno, najkasnije u roku od trideset dana od primitka rješenja³⁴ (čl. 173. st. 1. ZPUG). Zemljišnoknjižni sud dužan je u zemljišnoj knjizi provesti upise onako kako je to određeno rješenjem bez obzira na ranije upise (čl. 173. st. 2. ZPUG). U odnosu na stvarna prava i terete na zemljištu koje je predmet komasacije, a čija svrha nije prestala provedbom komasacije preložit će se rješenjem o komasaciji na odgovarajuću građevnu česticu istog vlasnika (čl. 170. st. 1. ZPUG). Ukoliko vlasnik zemljišta dobiva naknadu u novcu umjesto komasiranog zemljišta i nositelju stvarnog prava ili tereta pripada naknada u novcu prema tržišnoj vrijednosti tog prava (čl. 170. st. 2. ZPUG).

31 Odredbama čl. 123-127. ZUP-a regulirana je materija obnove postupka. ZUP-om nije predviđena mogućnost isključenja ovog instituta posebnim propisom (za razliku od povrata u prijašnje stanje, koje posebnim zakonom može biti isključeno čl. 82. st. 5. ZUP). Obnova postupka u kojem je doneseno rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba može se pokrenuti na zahtjev stranke ili po službenoj dužnosti bez vremenskog ograničenja u tri slučaja. Obnova će biti dopuštena ako je rješenje doneseno na temelju lažne isprave ili lažnog iskaza svjedoka ili vještaka ili je posljedica kakvoga kaznenog djela, zatim u slučaju kada se rješenje temelji na presudi donesenoj u sudskom postupku, a ta je presuda pravomoćno ukinuta te ako se rješenje temelji na prethodnom pitanju, a nadležni sud ili javnopravno tijelo o tom je pitanju kasnije odlučilo u bitnim točkama drukčije (čl. 123. st. 2. ZUP).

32 O utvrđenju 'stvarnog stanja' u postupku urbane komasacije kao prethodnom pitanju i njegovom utjecaju na stvarna prava vidjeti: ERNST, Hano, Utjecaj prejudicijelnog odlučivanja..., op. cit., str. 569-584.

33 Opširnije vidjeti kod ERNST, Hano, Utjecaj prejudicijelnog odlučivanja..., op. cit., str. 577 i dalje.

34 Istim je člankom propisana i obveza katastarskog ureda da rješenje provede u katastarskom operatu.

Odredbu čl. 173. st. 2. ZPUG-a smatramo najopasnijom od svih odredaba kojima je regulirana urbana komasacija. Naime, propisivanje dužnosti zemljišnoknjižnog suda da upise provede bez obzira na ranije upise suprotno je dvama temeljnim načelima zemljišnoknjižnog prava – načelu zakonitosti i načelu knjižnog prednika, a posljedično tomu i brojnim odredbama ZZK-a.

Načelo zakonitosti ili legaliteta određuje da je zemljišnoknjižni sud dužan po službenoj dužnosti prilikom odlučivanja o prijedlogu za upis ispitati jesu li ispunjene sve ZZK-om propisane pretpostavke za upis u zemljišne knjige.³⁵ U slučaju kada zemljišnoknjižni upis određuje drugi sud ili drugo nadležno tijelo, zemljišnoknjižni sud će se ograničiti na ispitivanje je li upis odredilo za to nadležno tijelo te je li upis provediv s obzirom na stanje zemljišne knjige, a glede ostalih pretpostavki odlučuje onaj sud ili drugo tijelo koje upis dopušta (čl. 108. st. 2. ZZK).^{36,37} Mišljenja smo da se odredbama ZPUG-a ne može derogirati temeljna načela zemljišnoknjižnog prava i držimo da je zemljišnoknjižni sud, i unatoč odredbi čl. 173. st. 2. ZPUG-a, dužan postupati sukladno odredbama ZZK-a.³⁸ Zemljišnoknjižni sud, po našem mišljenju, treba utvrditi nadležnost komasacijskog povjerenstva da donosi rješenje kojim se određuje upis u zemljišne knjige i ispitati je li upis koji je određen odlukom komasacijskog povjerenstva provediv u zemljišnim knjigama s obzirom na zemljišnoknjižno stanje u trenutku zaprimanja prijedloga za upis na temelju rješenja o komasaciji (čl. 107. st. 1. ZZK). Zemljišnoknjižni sud se pritom ograničava na ispitivanje je li u tom rješenju naznačen broj zemljišnoknjižnog uloška, je li upis određen protiv osobe koja je u trenutku podnošenja prijedloga za upis upisana kao nositelj određenog knjižnog prava (odnosno je li ispunjena pretpostavka knjižnog prednika) i jesu li nekretnina i pravo na koje se odnosi upis upisani u zemljišnoj knjizi, ali i zadovoljava li isprava na temelju koje se zahtijeva upis (rješenje o komasaciji) pretpostavke propisane odredbom čl. 44. ZZK.³⁹

Primjena odredbe čl. 173. st. 2. ZPUG-a, dakle provedba upisa u zemljišnim knjigama bez obzira na ranije upise u suprotnosti je i s načelom knjižnog prednika, jednim od temeljnih načela zemljišnoknjižnog prava.⁴⁰ Prema načelu knjižnog prednika, upisi u zemljišnu knjigu dopušteni su samo protiv osobe koja je u trenutku podnošenja prijedloga za upis u toj zemljišnoj knjizi već upisana kao vlasnik zemljišta ili nositelj prava glede kojega se upis zahtijeva ili koja bar istodobno bude kao takva uknjižena ili predbilježena (čl. 40. ZZK).

35 O načelu zakonitosti vidjeti: JOSIPOVIĆ, Tatjana, Zemljišnoknjižno pravo, op. cit., str. 137-138.

36 Vidi opširnije: KONTREC, Damir, Odlučivanje zemljišnoknjižnog suda kad je rješenje o zemljišnoknjižnom upisu donio drugi sud ili tijelo u granicama svoje nadležnosti, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 12, Organizator, Zagreb, 2005., str. 487-504.

37 KONTREC, Damir, Odlučivanje..., op. cit., bilješka pod 4, str. 296.-297.

38 Tako i: KONTREC, Damir, Urbana komasacija (mogućnosti i ograničenja provedbe u praksi), Inženjerski biro, 2010.; isti: Utjecaj novog Zakona..., op. cit., str. 94.-98.

39 JOSIPOVIĆ, T., Zemljišnoknjižno pravo, op. cit., str. 295.-297.

40 JOSIPOVIĆ, T., Zemljišnoknjižno pravo, op. cit., str. 126.-128.

Ukoliko bi iz rješenja o komasaciji proizlazilo da se upis zahtijeva protiv osobe koja nije upisana u zemljišnoj knjizi, mišljenja smo da bi zemljišnoknjižni sud trebao odbiti prijedlog za upis, budući da on nije provediv s obzirom na zemljišnoknjižno stanje u trenutku podnošenja zahtjeva (čl. 108. ZZK).

Ukoliko bi se postupalo prema citiranoj odredbi čl. 173. st. 2. ZPUG uklonio bi se i posljednji mehanizam kontrole i u potpunosti bi se obezvrijedilo načelo knjižnog prednika.⁴¹ Ukoliko prihvatimo da je svakim pojedinim propisom moguće derogirati osnovna načela zemljišnoknjižnog prava, to će za posljedicu imati obezvrjeđivanje sustava zemljišnih knjiga i ugroziti će njihovu osnovnu funkciju – pravnu sigurnost u pravnom prometu nekretnina.

3. ZAKLJUČNO

Uspješna primjena postupka urbane komasacije u zemljama zapadne Europe bila je jedan od argumenata za njegovu zakonsku regulaciju i primjenu u Republici Hrvatskoj. Provođenje toga postupka svakako je u interesu Republike Hrvatske, no njime se istodobno duboko zadire u pravo vlasništva u najširem smislu riječi. Prilikom reguliranja svakog ograničenja prava vlasništva, zakonodavac bi trebao voditi računa o načelu razmjernosti ograničenja koje se vlasniku nameće i javnog interesa koji se tim ograničenjem želi postići. Nažalost, analiza niza odredbi kojima je reguliran postupak urbane komasacije upućuje na zaključak kako zakonodavac nije u dostatnoj mjeri razmotrio posljedice koje za pojedinca može imati pravomoćno rješenje o komasaciji, jer brojna ograničenja koja proizlaze iz odredaba ZPUG-a nisu razmjerna legitimnom cilju koji se tim odredbama želi postići.

Postupak urbane komasacije kako je uređen ZPUG-om vrlo je brz. Učinkovitost postupka njegova je prednost, ukoliko se promatra sa stajališta provoditelja prostornog planiranja, ali je gledano iz kuta vlasnika, i njegova velika mana jer negativno utječe na pravnu sigurnost, koja je čitavim nizom odredaba ZPUG-a ozbiljno poljuljana. Komasacijska povjerenstva koja provode postupak utvrđuju u tom postupku ‘stvarno stanje nekretnine’ i rješavaju sporove o vlasništvu i drugim pravima kao prejudicijelna pitanja. Relativno je čest slučaj da zemljišnoknjižno stanje nekretnine ne odgovara njezinom stvarnom, izvanknjižnom stanju pa je ZPUG-om za te slučajeve propisano da će se kao mjerodavno uzeti stvarno stanje. Međutim, sintagma ‘stvarno stanje’ prema ZPUG-u ima različito značenje od onog općeprihvaćenog u stvarnopravnoj teoriji. Komasacijsko povjerenstvo tako odlučuje o postojanju ili nepostojanju određenoga prava, čak i kada je *modus* za stjecanje toga prava upis u zemljišne knjige. To otvara pitanje kompetencije komasacijskog povjerenstva da odlučuje o tome ispunjavaju li isprave koje donesu ‘nositelji obveznih prava koja su osnova za stjecanje vlasništva i drugih stvarnih prava’ opće i posebne pretpostavke za upis (dakle stjecanje) tih stvarnih prava u zemljišne knjige. Rješavanjem imovinskopravnih odnosa od strane tijela koje nije sud, odstupa se od

41 KONTREC, Damir, Utjecaj novog Zakona..., op. cit., str. 97.

ustavnog i konvencijskog zahtjeva o svojstvima koje mora imati tijelo koje odlučuje o subjektivnom građanskom pravu. Štoviše, ZPUG-om nije propisana dužnost, čak ni mogućnost, komasacijskog povjerenstva da ukoliko se spor o vlasništvu ili kojem drugom stvarnom pravu na nekretnini već vodi pred nadležnim sudom, postupak komasacije prekine do donošenja pravomoćne sudske odluke. Komascijsko povjerenstvo nije dužno niti voditi računa o zabilježenim zabranama raspolaganja nekretninama donesenih od tijela državne vlasti. Dapače, izričito je navedeno da ove zabrane ne sprječavaju provedbu postupka komasacije. Zakonom je posebno uređen status građevina i trajnih nasada koji se moraju ukloniti radi provođenja detaljnog urbanističkog plana na način da se ove izvlašćuju u korist jedinica lokalne samouprave. Takvo izvlaštenje smatramo suvišnim u postupku koji je sam po sebi osnova za prestanak vlasništva. Naime, ukoliko se u postupku utvrdi da se građevine ili trajni nasadi ne uklapaju u detaljni plan uređenja, njihovo je uklanjanje u skladu s općom koncepcijom urbane komasacije, dakle u interesu Republike Hrvatske. Samim time vlasnik zemljišta imao bi pravo na naknadu za ograničenje koje mu je time nametnuto.

Na temelju 'za potrebe komasacije utvrđenog' pravnog stanja nekretnine komascijsko povjerenstvo donosi rješenje o komasaciji, čiji je pravni učinak prestanak tako utvrđenog prava vlasništva i drugih stvarnih prava i stjecanje prava vlasništva na novoformiranim česticama. ZPUG-om je određeno da je zemljišnoknjižni sud dužan provesti upise onako kako je to određeno rješenjem o komasaciji, dakle suprotno načelima legaliteta i knjižnoga prednika kao temeljnim načelima zemljišnoknjižnog prava. Zahtjev ZPUG-a za ovako grubo odstupanje zemljišnoknjižnog suda od osnovnih načela zemljišnoknjižnog prava smatramo neprihvatljivim i krajnje opasnim za pravnu sigurnost. Naime, činjenica da komascijsko tijelo donosi rješenje o komasaciji na temelju 'za potrebe komasacije' utvrđenoga pravnog stanja nekretnine i da se po pravomoćnosti toga rješenja ono provodi u zemljišnim knjigama, bez obzira na ranije zemljišnoknjižno stanje, te da mogućnost obnove postupka ne postoji, prethodnoj odluci daje smisao meritorne odluke.

Nepotrebno ograničenje nositeljima stvarnih prava nametnuto je i propisivanjem zabrane promjene podataka u katastarskom operatu i zemljišnim knjigama bez prethodno pribavljene suglasnosti komasacijskog povjerenstva i to pod prijetnjom ništetnosti pravnih poslova zaključenih bez navedene suglasnosti. Ovo tim više što ZPUG-om nije regulirano na koji način i u kojem roku komascijsko povjerenstvo mora donijeti odluku i pod kojim pretpostavkama može uskratiti suglasnost.

Kritiku treba uputiti i odredbama o naknadama koje se isplaćuju u postupku komasacije. Tržišna vrijednost nekretnine procjenjuje se samo prije provedbe komasacije, a ne i nakon formiranja novih čestica, pa je jedini kriterij prema kojemu se određuju naknade odnos površina komasirane i dodijeljene građevne čestice, što po našem mišljenju može rezultirati vrlo nepravičnim rješenjima. U odnosu na način utvrđivanja i visinu utvrđene tržišne vrijednosti nekretnine za koju se plaća ili dobiva naknada, nezadovoljna stranka nema pravo uložiti žalbu, već može, ali

tek po konačnosti rješenja o komasaciji, zatražiti da sud u izvanparničnom postupku utvrdi iznos tržišne vrijednosti komasirane nekretnine te iznos naknade.

Naknada na koju sudionici imaju pravo razmjerno se umanjuje za izdvojene površine i troškove komasacije. U odnosu na sudionike komasacije, koji su postali vlasnici građevnih čestica, ovakvo se zakonsko rješenje može pravdati ustavnim odredbom kojom je propisano da vlasništvo obvezuje i da su vlasnici dužni pridonositi općem dobru. Prema onim sudionicima komasacije koji uopće ne dobivaju građevnu česticu ovakvo je zakonsko rješenje krajnje nepravično, protuzakonito i protuustavno jer se njime vrijeđa ustavno načelo pune naknade za ograničenje i oduzimanje prava vlasništva.

Za pretpostaviti je da broj osoba koje će se smatrati oštećenima u postupku utvrđivanja 'stvarnog stanja' nekretnine neće biti neznan. Mogućnost da svoje pravo ostvare pred sudom, po okončanju postupka urbane komasacije, Zakonom je predviđena, no istovremeno je u tolikoj mjeri ograničena da će, ukoliko i uspiju sa zahtjevom pred nadležnim sudom, vrlo teško moći provesti pravomoćnu sudsku odluku, budući da je propisana zabrana obnove postupka komasacije.

Summary

LIMITATION ON OWNERSHIP IN THE PROCESS OF URBAN CONSOLIDATION

Urban consolidation is an institute which was introduced in Croatian legal system by the Regional Planning and Development Act intended to better administer and regulate building land in urban areas. Without any doubt, physical planning is in interest of the Republic of Croatia. The same quality was attached to the institute of urban consolidation. Nevertheless, limitation on ownership, and in some cases cessation of the right of ownership, deriving from provisions which regulate the urban consolidation are not within the limits imposed by the Constitution of the Republic of Croatia. Therefore, the aforesaid provisions and consequences caused by their application for owners of consolidated land are an object of analysis in this article. Moreover, the author points at provisions in significant derogation of the constitutional principle of court protection of civil rights, general legal regulation of real property and basic principles of land registry law. Non-compliance of regulations with the basic constitutional and civil law principles may seriously compromise legal certainty. Having all this in mind, the author firmly believes that legislator has to seriously consider amending provisions on urban consolidation to ensure the right of ownership and legal certainty guaranteed by the constitution.

***Key words:** urban consolidation, guaranteeing the right of ownership, limitation on ownership.*

Zusammenfassung

EINSCHRÄNKUNG DES EIGENTUMSRECHTS IM UMLEGUNGSVERFAHREN

Das Rechtsinstitut der Umlegung wurde durch das Raumplanungs- und Baugesetz in die kroatische Rechtsordnung mit dem Ziel besserer Verwaltung und Einrichtung von Baugrundstücken in bewohnten Siedlungen eingeführt. Sowohl Raumplanung, als auch Umlegung sind sehr wichtig für die Republik Kroatien. Allerdings sind Einschränkungen und in einigen Fällen Beendigung des Eigentumsrechtes aus den Bestimmungen zur Umlegung nicht in Grenzen dessen, was nach der Verfassung der Republik Kroatien erlaubt ist. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den genannten Bestimmungen und den Folgen ihrer Anwendung auf die Eigentümer von umgelegten Grundstücken. Es wird auf Gesetzesbestimmungen, die vom verfassungsrechtlichen Schutz der bürgerlichen Rechte, der allgemeinen dinglichen Regelung sowie von Grundprinzipien des Grundbuchsrechts abweichen, aufmerksam gemacht. Diese Abweichung der

Bestimmungen von den Grundprinzipien der kroatischen Verfassung stellt potenzielle Gefahr für die Rechtssicherheit dar. Auf Grund dessen, sollte der Gesetzgeber Änderung der Umlegungsbestimmungen in Erwägung ziehen, um das Eigentumsrecht und die Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Schlüsselwörter: *Umlegung, Eigentumsgewährleistung, Eigentumseinschränkungen.*

Riassunto

LE LIMITAZIONI AL DIRITTO DI PROPRIETÀ NEL PROCEDIMENTO DI COMMASSAZIONE URBANA

La commassazione urbana è un istituto introdotto nell'ordinamento giuridico croato con l'emanazione della legge sulla pianificazione territoriale ed edilizia con l'intento di pervenire ad una quanto migliore amministrazione e regolazione del terreno edificabile nei centri abitati. Certamente è d'interesse per la Repubblica di Croazia avere una regolazione del territorio pianificata, come d'interesse è sicuramente l'istituto della commassazione urbana. Nondimeno, le limitazioni, ed in certi casi addirittura l'estinzione del diritto di proprietà, che derivano dalle disposizioni che regolano la commassazione urbana non rientrano nei confini concessi dalla Costituzione della Repubblica di Croazia. Ecco che proprio tali disposizioni, e le conseguenze che ne derivano a carico dei proprietari dei terreni commassati, rappresentano il tema d'indagine di questo lavoro. Nel contributo si rilevano, altresì, quelle disposizioni della legge che permettono deroghe rilevanti ai precetti costituzionali di tutela giurisdizionale di diritti civili, alla disciplina generale dei diritti reali, come anche ai principi fondamentali del diritto tavolare. L'incongruenza della normativa rispetto ai fondamentali postulati della Costituzione della Repubblica di Croazia ed ai principi del diritto privato può ledere seriamente alla certezza del diritto. Per queste ragioni siamo dell'idea che il legislatore debba seriamente considerare l'opportunità di modificare le disposizioni riguardanti la commassazione urbana al fine di tutelare tanto il diritto di proprietà costituzionalmente garantito, quanto la certezza del diritto.

Parole chiave: *commassazione urbana, tutela della proprietà, limitazioni della proprietà.*

Prikazi (Surveyes, Beschprechungen, Presentazioni)

Prof. dr. sc. Svjetlana Šokčević

UREĐIVANJE I NADZOR ZAŠTITE NA RADU

***IPROZ d.o.o. Zagreb, Visoka škola za sigurnost s pravom javnosti,
Zagreb, 2010., str. I-V+286.***

U Biblioteci inženjera sigurnosti (S-020) u 2010. godini pojavila se još jedna stručna knjiga, čime su prvenstveno autorica prof. dr. sc. Svjetlana Šokčević te Visoka škola za sigurnost s pravom javnosti, Zagreb i IPROZ d.o.o. Zagreb, obogatili bibliografsku građu u oblasti zaštite na radu.

Recenzenti knjige su: prof. dr. sc. Nenad Kacian i prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur. Urednica izdanja je Lidija Kacian, prof. (CIP zapis dostupan u računalnom katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice pod brojem 738755; ISBN: 978-953-6026-67-8).

Vrsnim poznavanjem pravnih odnosa u zaštiti na radu, autorica je ovom knjigom obuhvatila zahtjevan sadržaj: izvori radnog prava (formalni izvori, heteronomni izvori, Ustav Republike Hrvatske, međunarodni ugovori, zakoni, podzakonski propisi); autonomni izvori prava (jednostrani akti poslodavca, dvostrano obvezujući akti); pravna pravila i načela zaštite na radu; rizični utjecaji rada i mjera zaštite; organizacija provedbe zaštite na radu; sadržaj radnog odnosa; djelovanje radničkih predstavnika; odbor za zaštitu na radu; Nadzor nad provedbom zaštite na radu; prekršajna odgovornost; kaznena odgovornost; odgovornost za štetu.

Knjiga je opremljena stvarnim kazalom i literaturom. Stvarno kazalo (od slova b do slova ž) omogućuje pregled i lakše snalaženje u bogatom i heterogenom sadržaju knjige (uz

odgovarajući pojam označene su odgovarajuće stranice u knjizi). U literaturi su metodom znanstvenog pisanja rada navedeni autori knjiga i članaka, ne samo po izboru autorice, relevantni za oblast odnosa o kojima piše (o jeziku, pravu na slobodu, pravu na osobnost, kolektivnim radnim odnosima, međunarodnom radnom pravu, odštetnom pravu, odgovornosti za štetu na radu, radnim sporovima, kolektivnim ugovorima, sudskoj praksi u radnim sporovima, kaznenoj odgovornosti i kaznenom postupku, ugovoru o radu, odmorima i dopustima, prekršajima i prekršajnom postupku, zabrani diskriminacije, inspekcijskom pravu, uvjetima rada u pravu EU, nomotehnici, konvencijama MOR-a i dr.). Izdvajamo imena autora: Buklijaš, Crnić, Dika, Eraković, Gović, Grubiša, Grgurev, Jelčić, Josipović, Klarić, Perić, Potočnjak, Gotovac, Šokčević, Učur i Vedriš.

Bogatstvo čini i navođenje propisa te sudskih odluka (Ustavnog suda Republike Hrvatske, Vrhovnog suda Republike Hrvatske, županijskih sudova, Visokog prekršajnog suda Republike Hrvatske, Upravnog suda Republike Hrvatske, Europskog suda za ljudska prava, Europskog suda u Luksemburgu, ali i mišljenja nezavisnih odvjetnika Europskog suda u Luksemburgu, sve u vezi sa sadržajem knjige).

Prof. dr. sc. Svjetlana Šokčević odabrala je aktualan dokument Državnog inspektorata Republike Hrvatske,

Izvrješće o radu u 2009. godini (iz ožujka 2010. godine) na području radnih odnosa i zaštite na radu, pa u „pogovoru“ piše „...situacija je ostala zabrinjavajuća kakva je bila i prethodnih godina“, pa je pred institucijama i pojedincima mnogo posla. „Hrvatska je uredila i europeizirala svoj radnopravni poredak, ali nije poboljšala učinkovitost koju njegova primjena mora postići u praksi“.

Pravo zaštite na radu zaslužuje biti izdvojeno kao multidisciplinarna i interdisciplinarna disciplina, pored ostalog i zbog značenja koje ima (i treba imati) u životu i radu ljudi u svim djelatnostima.

Prof. dr. sc. Svjetlana Šokčević piše jednostavno. Definira pojmove, koristi kategorije i institucije onako kako su priznate i poznate u teoriji i zakonodavstvu. Iznad svega zna o čemu piše, a piše znanstveno i stručno. Znanstvenim pristupom od reguliranja do realiziranja i zaštite pravnih odnosa upušta se u analize složenih odnosa u: propisivanju, realiziranju i nadzoru prava zaštite na radu radi „sprječavanja profesionalnih rizika i njihovih štetnih posljedica“. Autorica je profesionalka. Tako piše, tako se ponaša i tako zaključuje. Glavni subjekti ovih odnosa su država, poslodavci (i njihove udruge), radnici (i njihove udruge). Ovdje se misli na državu i njezinu zakonodavnu,

izvršnu i sudbenu vlast.

Uz „referentni okvir“ za stručnjaka-praktičara dat je i zadatak: „mora sagledati ukupnost odnosa i pravila objektivnog pravnog poretka, odnosno načina na koji se uspostavljaju odnosi na radu i u svezi s radom te propise na kojima se temelji“. Nema sigurnih i zdravih radnih uvjeta i zaštite radnog okoliša bez pojedinaca „koji pridonose provedbi preventivnih mjera“ kojima se to postiže, ali i drugih subjekata koji to čine „slijedom vlastitog odabira ili pravne prirode“.

Knjiga je namijenjena brojnim subjektima: studentima kao nastavna građa, ali i kao „praktičan priručnik“ za sve koji se profesionalno bave odnosima u zaštiti na radu. Treba koristiti propise, bogatu praksu, ali i ovaj vrijedan priručnik.

Svi dijelovi ove knjige čine cjeline analitički i sintetički: propisi, praksa, sporovi, ali i ono što se svakodnevno događa u individualnim i kolektivnim odnosima zaštite na radu. To uspijeva samo vrhunski znanstvenik i stručnjak u odnosima koji to zahtijevaju. Autorica ih zna, prezentira i omogućava onima kojima su namijenjeni da znaju više i da sigurnije rade. To je uspjeh i autorice i izdavača.

Prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur

Recenzije (Reviews, Rezensionen, Recensioni)

Günter Frankenberg¹
STAATSTECHNIK
(PERSPEKTIVEN AUF RECHTSSTAAT UND
AUSNAHMEZUSTAND)

Suhrkamp, Frankfurt/M, 2010., 306. str.

I

Ugledni teoretičar prava suočava nas u svojoj knjizi uzornom jasnoćom s fenomenom strukturalne preobrazbe *pravne države* u *sigurnosnu državu*. Nakon što je izložio klasične teorije pravne države prelazi na diskusiju s vodećim suvremenim teoretičarima izvanrednog stanja koje kao realni fenomen utječe na preobrazbu pravne u sigurnosnu državu. U središtu rasprave nisu samo Carl Schmitt i Giorgio Agamben, nego dvije generacije njemačkih poslijeratnih teoretičara prava i politike koji razvijaju svoje teorije suočeni s fenomenom klizeće erozije pravne države suočene s procesima koje nije moguće pravno kontrolirati i još manje pravno predvidjeti.

Frankenberg je teoretičar prava, on nije politolog ili je to samo u mjeri kad ne može izbjeći političke aspekte teme o pravnotehničkom obuzdavanju izvanrednih stanja koja utječu na transformaciju pravne u sigurnosnu državu.

Državna tehnika ili kako su je nazivali renesansni teoretičari politike *arcana dominationis* kao *teorija* opisuje načine kako se obnaša i pravno ograničava politička moć.

Metode pravnog ograničavanja političke moći su se tijekom historijskog razvitka prava i države dramatično promijenile. U liberalno-demokratskoj pravnoj državi odnjegovana tehnika vladavine mora se u krizna vremena neprekidno braniti od iskušenja ustavno *predviđenog* i ustavno *nepredvidivog* izvanrednog stanja koje provociraju pravno ne regulirane političke i druge društvene moći.

Frankenberg se u svojoj knjizi bavi sa scenarijima ugroze kao i instrumentarijem, pravilima i strategijama obrane do opasnosti izvanrednog stanja. Pokazuje kako suvremena država kao autogenerativni sustav raspolaže tehnikama kojima u doba rata protiv *terora* i drugih nepredvidivih kriza prekoračuje okvire ustava i prava i kako se pervertira u izvršnu tehniku sigurnosti. Cilj je autorovih analiza osvijetliti ambivalentni odnos države prema ustavu i pravu i pritom traži putove obrane demokratski legitimiranog legaliteta od tendencija državne tehnike vladanja koje izvanredno stanje nastoji pretvoriti u normalno stanje. U stanje u kojem država radi vlastitog očuvanja tendencijski posve upravlja pravnom.

Iz opširnog spiska literature vidljivo je da Frankenberg svoje teze

1 Günter Frankenberg je profesor javnog prava, filozofije prava i komparativnog prava na Goethe Sveučilištu u Frankfurtu/M. Čest je gost u Hrvatskoj te redovito sudjeluje na seminarima iz Političke teorije koji se svake godine u rujnu održavaju na IUC u Dubrovniku.

razvija u dijalogu s najutjecajnijim suvremenim teoričarima prava i politike: Carl Schmitt, Giorgio Agamben, Michel Foucault, Niklas Luhmann, John Rawls i drugi prvenstveno njemački teoretičari prava i politike.

Knjiga je podijeljena u 7 poglavlja: 1. Kritika državne tehnike; 2. Država kao pojam i predodžba; 3. Konstelacija pravne države i izvanrednog stanja; 4. Pozicije i odnosi; 5. Regresivna pravna država i politički ekstremizam; 6. Normalizirano izvanredno stanje u sigurnosnoj državi; 7. Mučenje na putu prema normalnoj državnoj tehnici? – Paradigme, praktike i argumenti.

Napetije ne može biti! Iznijet ćemo ključne teze u I. i III. poglavlju.

U prvom poglavlju Frankenberg analizira državnu tehniku u političkim teorijama Machiavellia, Hobbesa, Lockeja s posebnim naglaskom na ustavno ograničavanje vlasti i ustavno određenje izvanrednog stanja. Analizu završava s Foucaultovom koncepcijom sigurnosne države, kao teoretskim kontrapunktom tradicionalne pravne države.

Oslanjajući se na suvremenu diskusiju izvanrednog stanja Frankenberg upozorava na opasnu tendenciju da se postupno normalizira izvanredno stanje da država bez demokratske i pravne kontrole permanentno prekoračuje ustavna ograničenja vlasti¹. Liberalna pravna država, kako su je opisali neokantovski teoretičari prava (Kelsen), htjela je i izvanredno stanje registrirati u

ustav, naime pravno regulirati, *opsadno stanje, građanski rat, katastrofe i iznimne slučajeve*, sredstvima *temporalno ograničene ustavne diktature*.

Rezimirajući odnos liberalne pravne države koja je različite oblike izvanrednog stanja pokušavala pravno i ustavno regulirati Frankenberg pokazuje da se pravna država na tragu tih pokušaja postupno transformirala u *sigurnosnu državu*. Inženjeri sigurnosne tehnike postaju eksperti informacijske tehnologije koji imaju slobodne ruke u borbi protiv *organiziranog kriminala i terorizma*, ugrožavatelja sigurnosti, spavača, koji čekaju svoj trenutak, protiv opasnih ljudi i svih drugih inkarnacija zla.

Zakoni o zaštiti podataka tu malo pomažu sigurnosti pojedinaca.

U trećem poglavlju Frankenberg upozorava da je za pravnu državu izvanredno stanje koje karakterizira asimetrični ili *nesumjerljivi* odnos prava i moći *kvadratura kruga*², naime neriješivi odnos.

Pravo i moć su nesumjerljivi, asimetrični mediji, a izvanredno stanje je forma u kojem se ta nesumjerljivost radikalno očituje u nerazrješivoj dilemi *ili suspenzija prava, ili suspenzija moći*. Frankenberg ne raspravlja o politici kao djelatnosti koja podjednako homogenizira kao i dehomogenizira različite društvene moći da bi ih osposobila odnosno onesposobila za akciju, već politiku *nediferencirano izjednačuje s moći*.

To se vidi iz njegova interpretiranja Foucaultovih pojmova industrijske discipline i informacijske kontrole građana

1 Usporedi str. 34. "Liberalna pravna država povezivala je normalno stanje s legalitetom kako bi isključila vladavinsku samovolju i time istjerala golo nasilje iz društvenih konflikata".

2 G. Frankenberg, str. 126.

kao novih izvora nedemokratske moći. Dok moć izravno djeluje na pravo dotle politika ima dvojaku funkciju: ona ponajprije homogenizira različite segmente društva osposobljavajući ih za društvene promjene, a istovremeno rastače dominantne društvene moći kako bi očuvala pluralističku demokraciju. Frankenberg se kritički odnosi prema realnoj politici koja je politiku srozala na puki oportunitizam prema stvarnim društvenim moćima u radi održavanja političara na državnim funkcijama i nakon demokratskih izbora.

Da bi održali svoje položaje u institucijama države političari se, po njemu, radije opredjeljuju za odnos prema izvanrednim opasnostima od prijetećih društvenih moći, nego za demokraciju i takozvani *normalni legalitet*³. Oni biračko tijelo sučeljavaju s listom prijetećih opasnosti, a zatim reklamiraju zaštitu od tih ugroza. Pritom političarima njihova *deformation professionnelle* sugerira da prijeteće opasnosti i građanske strahove pretoče u zakone čime im se priznaje kompetencija kojoj na drugoj strani korespondira odgovarajući gubitak slobode građana⁴. Tamo gdje bi integrativno ili dezintegrativno političko djelovanje trebalo pacificirati prijetnje novih socijalnih moći tamo se protiv njih reagira zakonskom represijom: to je *konsekvencija medijskog poistovjećivanja države i moći*. Tako je, primjerice, Gerhard Schröder u kriznoj situaciji 1960. godine nazvao svoju inicijativu za uvođenje izvanrednog stanja “trenutkom egzekutive” u

kojoj treba djelovati pozivajući se na ustavno predviđeno izvanredno stanje za čije provođenje nije potrebna ni parlamentarna većina ni konsenzus: *Dovoljno je pozivanje na ustav*. Prilikom preslušavanja na parlamentarnoj komisiji u vezi ispitivanja ustavnosti predviđenog izvanrednog stanja odgovorni je ministar dao legendarnu izjavu: “Ne mogu čuvari ustava neprekidno nositi ustav pod rukom”⁵.

Kao pravnik Frankenberg istražuje prvenstveno odnos države prema ustavu i pravu stoga i navodi primjere u kojima država prekoračuje svoja ustavna ovlaštenja. Pritom Frankenberg ima na umu i Carla Schmitta (str. 130.) prema kojem svaka presuda ustavnog suda interpretativno transcendiraju ustavne odredbe, kao što i svaka politička odluka kao slobodni čin prekoračuje ustavna ograničenja jer ustavna ograničenja ne mogu predvidjeti sve oblike političkoga djelovanja. *Praksa ustavnog sudovanja i politička praksa su nesumjerljive djelatnosti*.

Naravno, ovdje je riječ o slučajevima *ustavno predviđenog izvanrednog stanja* ili o “neautentičnom izvanrednom stanju”⁶ koje unaprijed tekstem ustava određuje djelovanja koja mogu izazvati izvanredno stanje, primjerice djelovanje neke radikalne političke grupacije. Nju bi se moglo prema tekstu ustava u tom slučaju zabraniti.

U mnogim drugim slučajevima ustavno nepredvidivih opasnosti primjerice terora Baader Meinhof grupe

3 Ibidem str. 128.

4 Ovakve uvide zahvaljuje Frankenberg Foucaultu, ibidem, str. 129.

5 Ibidem, str. 130.

6 Ono je neautentično jer nije riječ o socijalnoj revoluciji, ili nepredvidivim katastrofama koje ugrožavaju sustav u cjelini.

egzekutiva je legislativi i ustavnom sudu naknadno predložila izmjene ustava. U razdoblju velike opasnosti od terora ondašnji njemački ministar unutrašnjih poslova Otto Schily zaletio se u toj zgodi pitanjem "...zar u krajnjem slučaju ubojstvo neke osobe nije kao nužna obrana opravdano"⁷. Frankenberg takvo rezoniranje naziva *nadustavnim izvanrednim stanjem*⁸. Na posljeticu političari koji zagovaraju sigurnost države i građana skloni su dramatisiranju opasnosti, kako bi posegnuli za izvanrednim ovlastima ili kako bi pokrenuli inicijativu da se izvanredne mjere po potrebi i prema scenariju opasnosti ugrade u pravni poredak"⁹

Giorgio Agamben pokazuje da je takvo *neautentično izvanredno stanje*, permentno jer vladajuća većina u parlamentu svojom zakonodavnom djelatnošću, pozivajući se na ustav, neprekidno mijenja i zakonske i ustavne okvire vladavine.

Stječemo dojam da Frankenberg izvanredno uočava asimetriju, *moći, prava i politike*, ali tu asimetriju ne tematizira, već prikazuje napose na njemačkom primjeru.

II

Prikazat ćemo zaključno Frankenbergovu kritičku analizu teorije izvanrednog i normalnog stanja u radovima Carla Schmitta i Giorgia Agambena. Pritom ne možemo prešutjeti srodnost ovih analiza izvanrednog stanja s radovima Thomasa Kuhna i njegovog

razlikovanja normalne i revolucionarne znanosti. Frankenberg je morao taj aspekt imati u vidu, iako ga ne spominje.

Frankenberg je vrhunski informirani znalac i analitičar moderne teorije države i prava posebno koncentriran na analizu odnosa prava i politike. Kao kompetentni analitičar suvremenih socijalnih procesa zabrinut je nad erozijom liberalno demokratske pravne države kakvu je naposljetku najkonzekventnije branio Hans Kelsen. On se, dakako ne opredjeuje ni za Kelsena ni za njegova radikalnog oponenta Carla Schmitta, kao ni za Giorgia Agambena i Mishela Foucaulta, već minucioznom analizom primjera iz suvremene njemačke državno-pravne prakse opisuje klizanje pravne u sigurnosnu državu."Kako na jednoj strani društvo mutira u "sigurnosno društvo" kao novu formaciju socijalne kontrole i konstelacije poraslih potreba za sigurnošću, tako se s druge strane i pravna država pretvara u sigurnosnu državu"¹⁰.

Suvremeni pravni poredak on razmatra na rasteru odnosa *pravila i iznimke*, dakle na paradoksu koju je po njemu Carl Schmitt preuzeo od protestantskog teologa S. Kierkegaarda koji je među prvima iznimci dao viši rang od pravila.

Frankenberg asimetrični odnos pravila i iznimke ne tumači iz rakursa njihova medijskog razlikovanja, nego kao logički paradoks: "Opravdana iznimka pomirena je s općenitošću... neopravdana iznimka vidljiva je upravo onda kada želi zaobići općenitost"¹¹.

7 Ibidem str. 132.

8 Ibidem str. 132.

9 Ibidem str. 132.

10 Ibidem str. 184.

11 Kierkegaard, *Die Wiederholung*, str. 79.

Frankenberg ne tematizira *selektivno sljepilo* logičkoga paradoksa već ostaje na njegovoj razini pa mu stoga izmiče iz vida da je logički odnos pravila i iznimke svojstvo simboličkih sustava (govora i pisma), a ne političke i pravne prakse. Frankenberg analizira iznimku u sklopu logičkog pravila, a ne kao Adorno sa stajališta političkog i pravnog djelovanja kao drugačijih medija. Odnos pravila i iznimke je oblik *logičkog prikaza nesumjerljivosti* pravnog, odnosno političkog djelovanja¹².

Frankenberg se ne osvrće na paralelne procese u teoriji znanosti (Th. Kuhn, P. Feyerabend) gdje je ponajprije došlo do sistemski novog tretiranja iznimke kao prodora iz zatvorenog sustava normalne znanosti u novu paradigmu u revolucionarnu znanost ili inovaciju koja transcendiraju kapacitete prethodnog ustava. Ovaj se prijelaz iz normalne u revolucionarnu znanost ne može tumačiti ni kauzalno i kumulativno već isključivo semantički iz jednog drugačijeg razumijevanja znanstvene tradicije.

Prema Frankenbergu Schmitt i Agamben *mistificiraju izvanredno stanje*, jer obojica preuveličavaju *paradoks regulacije onoga što nije moguće regulirati* i time trajno

destabiliziraju svaki državno-pravni poredak. Nasuprot njima Frankenberg ne odbacuje izvanredno stanje već se zalaže za *juridifikaciju iznimnih slučajeva i izvanrednog stanja*. On zna da između *faktičkog i normativnog, auctoritas i potestas, nomos i anomija* postoji nepremostiva asimetrija (“u suvremenim sekularnim društvima nije moguće računati na anđele i rajska stanja”), ali Frankenberg se stoga ne odriče mogućnosti međusobne prilagodbe faktičkog i normativnog. Tu međusobnu prilagodbu različitih oblika djelovanja on naziva *juridifikacijom izvanrednog stanja*.

Suprotno njemu Schmitt i Agamben osporavaju mogućnost juridikacije izvanrednog stanja i tako dolaze do teze o *permanentnom izvanrednom stanju*. Budući da asimetrični odnos prava i politike nije moguće ni ukinuti ni prevladati višim jedinstvom to Schmitt i Agamben ne vide čak ni mogućnost međusobne *semantičke akomodacije* tih različitih oblika djelovanja.

Frankenberg suprotno njima zastupa tezu da država ne treba kapitulirati pred predvidivim, ali i nepredvidivim izvanrednim stanjima već da pravni poredak i u slučaju krajnje opasnosti mora pronaći pravnu obranu normalnog stanja i prilagoditi se i na ono nezamislivo¹³. Za Frankenberga, je naime, neprihvatljivo da država u borbi protiv terorista kao “neljudi” može suspendirati svako njihovo pravo kako bi to slijedilo iz Schmitta, a Frankenberg

12 Ta se medijska razlika pravnog teksta i političkog djelovanja ne može razriješiti usporedbom s literarnim tekstom kako misli Isensee, jer misli da je literarni tekst slobodniji za interpretacije od pravnog. Uspoređivanje prava i literature zaboravlja da je i literatura oblik govorne, a ne pravne ili političke prakse da je dakle literarni tekst vezan logikom i gramatikom kao i pravom. Literatura se za razliku od prava jedino slobodnije odnosi prema drugim medijima koje opisuje.

13 Ibidem str. 149. Države su našle put izlaska iz katastrofa atentata, revolucija, kuge, revolucija do zločinačkih bitaka Drugog svjetskog rata. Na sve su se to države morale prilagoditi.

s visokim "C" Schmittu dodaje i M. Heideggera i E. Jüngeru.

Frankenberg nedvosmisleno pokazuje da su sve teorije koje na bilo koji način brane izvanredno stanje u službi očuvanja nacionalne države svim pravno dopuštenim i nedopuštenim sredstvima. Tom desperatnom stanju stvari Frankenberg može suprotstaviti samo nedefiniranu semantičku relaciju između pravnog poretka i onih događanja koja nisu obuhvaćena pravnim poretkom ali nezaustavljivo nadiru u njegovu domenu. Jer, kako upozorava Böckenförde: "Očuvanje normalnog pravnog poretka pretpostavlja izvanredno stanje"¹⁴. Njega nije moguće isključiti ali ga se ne smije dogmatski apsolutizirati što faktički znači normalizirati naime suspendirati svaki normalni pravni poredak.

Naravno nastup izvanrednog stanja nije moguće pravno predvidjeti a kada ono nastupi tada je prema Böckenfördu država moćnija od ustava te stoga Frankenberg zaključuje da Böckenförde misli u etatičkoj tradiciji, jer očekuje zaštitu prava od države. Država naime u interesu zaštite vlastitoga opstanka može kršiti kao i braniti vlastiti ustav.

Državno kršenje ustava, posebno odredbi o ljudskim pravima analizira Frankenberg na mnogobrojnim aktualnim slučajevima *mučenja zatvorenika* radi prikupljanja dokaza o terorističkim napadima¹⁵. Država kao jamac pravnog poretka mora u nuždi mučenjima ili

obaranjem aviona s nedužnim putnicima zaštititi samu sebe.

Takvo kršenje ustavno zajamčenih ljudskih prava generiralo je *bifurkaciju prava* pa se govori uz ustavno garantiranim ljudskim pravima i o *kaznenom pravu neprijatelja*, dakle *neosoba* (Unperson). Neprijatelji nisu delinkventni građani već "opasni ljudi" izvan svih prava.

Transformirajući Schmittov pojam neprijatelja (dušmana) mnogi nastavljači isključuju neprijatelja iz pravnog poretka i time faktički provode "pravnu" normalizaciju mučenja¹⁶. Suprotno njima Frankenberg zaključuje: "Strogo uzevši i egzistencijalno pravo države kao i izvanredna ovlaštenja diktatora stoje izvan okvira normalnog prava. Ili, kako je pravovremeno zaključio Walter Benjamin:" državna pozitivizacija izvanrednog stanja negira protuslovlje pravila i iznimke. Izvanredno stanje postaje pravilo. Njega se ne potiskuje nego normira i normalizira. Uporište takve koncepcije jest pravo na samoodržanje države"¹⁷.

To je stanje ozakonjeno *ustavnom diktaturom* kojom se izvanredne situacije juridificiraju: "Time se ustav rasteže u poredak koji po mogućnosti obuhvaća sva izvanredna stanja, kako bi se pravni poredak države spasio od prodora *kaosa, pobune, prevrata i katastrofa*. Poput sjene prati normalno stanje izvanredno pravo. Izvanredno se pravo svojom funkcijom stavlja u službu inženjera

14 Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, "Neue Juristische Wochenschrift" 1978.

15 Usporedi N. Luhmann, *Gibt es in unserer Gesellschaft unverzichtbare Normen*, Heilderberg 1993.

16 Frankenberg pritom ne spominje da je bifurkacija prava izvršena već u praksi koncentracijskih logora u Drugom svjetskom ratu. Ibidem, str. 165.

17 Ibidem str. 178.

moći i stoji im u svim kriznim stanjima na raspolaganju”¹⁸.

Dakako, između normalnog građanskog prava i prava koje se odnosi na neprijatelje i izvanredne situacije postoje *granične točke*, prostori u kojima ne važi pravno rezoniranje i gdje su moguće iznimke¹⁹.

ZAKLJUČAK

Svojim kompetentnim poznavanjem i suvremene političko - pravne literature i konkretnih društvenih procesa u zemljama razvijene demokracije Frankenberg je prikazao klizanje tradicionalne pravne države u sigurnosnu državu. Pritom je očitovao svoju građansku zabrinutost za ljudska prava i građanske slobode koje su već ugrožene od političko pragmatički preuveličanih prijetnji slobodi, sigurnosti i demokratskim tradicijama.

Nalazeći se pred ulaskom u Europsku uniju o kojoj je u knjizi riječ naš će se kvalificirani čitatelj u njoj moći informirati o dobrim i lošim stranama političke organizacije u koju stupamo. Oni koji imaju iluzije o pravnoj državi o kojoj bruji naša javnost naći će u Frankenbergovoj knjizi dovoljno razloga zbog kojih se prema tim iluzijama treba odnositi s kritičkim oprezom. Naposljetku i mi smo i bez Frankenberga već uvučeni u procese u kojima je sigurnost države nadređena i ustavu i pravu. S Frankenbergom će to postati jasnije.

Prof. dr. sc. Davor Rodin

18 Ibidem str. 183.

19 Ibidem str. 168. “Za našu demokraciju nije nikakva žrtva prevelika pa čak ni prolazno žrtvovanje same demokracije”.