

UDK: 34 + 3

ISSN 1330-349X

ZBORNIK
PRAVNOG
FAKULTETA
SVEUČILIŠTA
U RIJECI

VOLUMEN 32

BROJ 2

Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 32,
Br. 2, str. X+675-984, Rijeka, 2011.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

COLLECTED PAPERS OF THE LAW FACULTY OF THE UNIVERSITY OF RIJEKA

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

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

GESAMMELTE SCHRIFTEN DER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT IN RIJEKA

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

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

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

Izvršni urednici/Executive Editors: dr. sc. Loris Belanić, Iva Tuhtan Grgić, dipl. iur.

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.

Korektura/Proofreading: Tanja Kruneš

Prijevod/Translations: mr. sc. Dalida Rittossa (za engleski), Martina Bajčić, prof. (za njemački), dr. sc. Sandra Winkler, (za talijanski)

za UDK/for UDK: Dejana Golenko, prof.

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

e-mail: zbornik@pravri.hr

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

Časopis izlazi dvaput godišnje

Naklada: 500 primjeraka

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

Članci objavljeni u časopisu referiraju se za *Index to Foreign Legal Periodicals*, Berkeley, California, USA, *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 2

SADRŽAJ

I. Članci:

Marinko Đ. Učur, Sandra Laleta, Vanja Smokvina,

Prekomjerno uređivanje odnosa i postupak u socijalnoj skrbi – prepreke u ostvarivanju prava (izvorni znanstveni rad) 677

Hana Horak, Kosjenka Dumančić

Problemi implementacije Direktive o uslugama u pravo RH – odustajanje od socijalnog modela na nacionalnom nivou? (izvorni znanstveni rad) 703

Jasminka Pecotić Kaufman

Predatorske cijene u sektoru elektroničkih komunikacija u europskom i hrvatskom pravu tržišnog natjecanja (izvorni znanstveni rad) 731

Andrijana Bilić,

Transformacija radnopravnog odnosa (izvorni znanstveni rad) 755

Mihaela Braut Filipović

Odgovornost društva majke za obveze društva kćeri (izvorni znanstveni rad) 795

Andrea Metelko Zgombić,

Sukcesije država od 1918. do danas na području Republike Hrvatske i njihov utjecaj na državljanstvo fizičkih osoba (izvorni znanstveni rad) 829

Dorotea Ćorić,

Direktiva EU o onečišćenju mora s brodova i nadležnosti obalnih država (pregledni znanstveni rad) 857

Polonca Kovač,

Šutnja uprave između teorije i prakse u Sloveniji (pregledni znanstveni rad) 869

Ljubinka Toševa Karpowicz,

Američka legislativa o imigraciji 1864.-1917. godine (pregledni znanstveni rad) 903

Dragan Zlatović,

Priznanje, trajanje i učinci žiga prema novom žigovnom pravu Bosne i Hercegovine (pregledni znanstveni rad) 927

Žana Pedić,

Direktiva o audiovizualnim uslugama u praksi Europskog suda
(stručni rad) 953

II. Prikazi:

Vladimir - Đuro Degan, Berislav Pavišić, Violeta Beširević,

Međunarodno i transnacionalno kazneno pravo (Tadija Bubalović) 973

III. Recenzije:

Vilim Herman, Milorad Čupurdija,

Osnove radnog prava (Marinko Đ. Učur) 979

TABLE OF CONTENTS

Articles:

<i>Marinko Đ. Učur, Sandra Laleta, Vanja Smokvina,</i> The Excessive Legislative Regulation of Relationships and the Procedure in Social Care – Obstacles Preventing the Fulfilment of Rights	677
<i>Hana Horak, Kosjenka Dumančić</i> Issues Concerning the Implementation of Directive on Services in the Legislation of the Republic of Croatia – the Abandonment of the Social Model on National Level?	703
<i>Jasminka Pecotić Kaufman</i> Predatory Pricing in the Sector of Electronic Communications in the European and Croatian Competition Law	731
<i>Andrijana Bilić,</i> The Transformation of Employment Relations	755
<i>Mihaela Braut Filipović</i> Liability of a Parent Corporation for Obligations of its Subsidiary	795
<i>Andrea Metelko Zgombić,</i> Succession of States from 1918 until the Present Day within the Republic of Croatia Territory and Its Influence on Nationality of Natural Persons	829
<i>Dorotea Ćorić,</i> The Eu Directive on Ship-Source Pollution and on the Jurisdiction of the Coastal States	857
<i>Polonca Kovač,</i> Administrative Silence within the Theory and Practice in Slovenia	869
<i>Ljubinka Toševa Karpowicz,</i> The American Legislation on Immigration in the Period of 1864 -1917	903
<i>Dragan Zlatović,</i> Recognition, Duration and Effects of a Trademark According to the New Trademark Law In Bosnia And Herzegovina	927

Žana Pedić,

Audiovisual Media Services Directive in the European Court Practice 953

II. Surveys **971**

III. Reviews **977**

INHALT

I. Aufsätze:

- Marinko Đ. Učur, Sandra Laleta, Vanja Smokvina,*
 Übermäßige Regelung Der Verhältnisse Und Das Sozialfürsorgeverfahren
 – Hindernisse In Der Geltendmachung Der Rechte 677
- Hana Horak, Kosjenka Dumančić*
 Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie
 in das kroatische Recht: Verzicht auf das Sozialmodell auf dem
 nationalen Niveau? 703
- Jasminka Pecotić Kaufman*
 Verdrängungspreise im Bereich der elektronischen Kommunikationen
 im europäischen und kroatischen Wettbewerbsrecht 731
- Andrijana Bilić,*
 Transformation der arbeitsrechtlichen Verhältnisse 755
- Mihaela Braut Filipović*
 Haftung der Muttergesellschaft für die Verpflichtungen
 der Tochtergesellschaft 795
- Andrea Metelko Zgombić,*
 Rechtsnachfolge der Staaten Von 1918 bis heute auf dem Gebiet
 der Republik Kroatien und ihre Wirkung auf die Staatsangehörigkeit
 von natürlichen Personen 829
- Dorotea Ćorić,*
 Eu-Richtlinie über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und
 die Zuständigkeiten der Küstenstaaten 857
- Polonca Kovač,*
 Das Schweigen der Verwaltung zwischen Theorie und Praxis
 in Slowenien 869
- Ljubinka Toševa Karpowicz,*
 Amerikanische Einwanderungsgesetze von 1864 bis 1917 903
- Dragan Zlatović,*
 Anerkennung, Laufzeit und Wirkungen der Marken gemäß neuem
 Markenrecht Bosnien und Herzegowinas 927

Žana Pedić,

Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in der Rechtsprechung
des Europäischen Gerichtshofes 953

II. Besprechungen 971

III. Rezensionen 977

INDICE

I. Articoli:

<i>Marinko Đ. Učur, Sandra Laleta, Vanja Smokvina,</i>	
L'eccessiva regolamentazione del rapporto e del procedimento nell'assistenza sociale – impedimenti nella realizzazione dei diritti	677
 <i>Hana Horak, Kosjenka Dumančić</i>	
Problemi di attuazione della direttiva sui servizi nel diritto croato: rinuncia al modello sociale sul piano nazionale?	703
 <i>Jasminka Pecotić Kaufman</i>	
Prezzi predatori nel settore delle comunicazioni elettroniche nel diritto della concorrenza europeo e croato	731
 <i>Andrijana Bilić,</i>	
Trasformazione del rapporto di lavoro	755
 <i>Mihaela Braut Filipović</i>	
Responsabilita' della societa' madre per le obbligazioni della societa' figlia	795
 <i>Andrea Metelko Zgombić,</i>	
Le successioni degli stati dal 1918 ad oggi sul territorio della Repubblica di Croazia e la loro influenza sulla cittadinanza delle persone fisiche	829
 <i>Dorotea Ćorić,</i>	
La Direttiva UE relativa all'inquinamento marino provocato dalle navi e giurisdizione degli stati costieri	857
 <i>Polonca Kovač,</i>	
Il silenzio della pubblica amministrazione tra teoria e pratica in Slovenia	869
 <i>Ljubinka Toševa Karpowicz,</i>	
La legislazione americana in materia di immigrazione dal 1864 al 1917	903
 <i>Dragan Zlatović,</i>	
Riconoscimento, durata ed effetti del marchio secondo il nuovo diritto al marchio in Bosnia ed Erzegovina	927

Žana Pedić,

La direttiva sui servizi audiovisivi nella giurisprudenza della
Corte di giustizia 953

II. Presentazioni **971**

III. Recensioni **977**

Članci
(Articles, Aufsätze, Articoli)

PREKOMJERNO UREĐIVANJE ODNOSA I POSTUPAK U SOCIJALNOJ SKRBI – PREPREKE U OSTVARIVANJU PRAVA

Dr. sc. Marinko Đ. Učur,
redoviti profesor u trajnom zvanju
Dr. sc. Sandra Laleta, viša asistentica
Vanja Smokvina, mag. iur., asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 364.4 (497.5)(094.5)
Ur.: 30. rujna 2011.
Pr.: 8. studenoga 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U svibnju 2011. godine stupio je na snagu novi Zakon o socijalnoj skrbi (NN br. 57/11 od 25. svibnja 2011.). Nastavlja se davanje posebne zaštite u odnosima socijalne skrbi, osobito slabijima, nemoćnima, nezbrinutima i nezaposlenim osobama, zaštiti osoba s invaliditetom i njihovu uključivanju u društveni život, djeci bez roditelja i onima za koje se roditelji ne brinu. Dosadašnji sustav socijalne skrbi ostvarivao se na temelju odredbi Zakona o socijalnoj skrbi (NN br. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01, 103/03, 44/06 i 79/09) koji se primjenjuje od 1. siječnja 1998. godine i 16 pratećih pravilnika koji se donose kao provedbeni propisi toga Zakona. Ta je brojka veća kada se govori o neizravnim propisima. Autori ističu važnost nužnosti potpunije analize novoga Zakona o socijalnoj skrbi. U ovom radu ukazuje se na nomotehničko pitanje prekomjernog reguliranja odnosa u socijalnoj skrbi i postupku za ostvarivanje prava, što predstavlja izravnu zapreku u ostvarivanju propisanih prava potencijalnih titulara prava u socijalnoj skrbi, ne umanjujući time značaj drugih pitanja i odnosa u toj složenoj oblasti.

Ključne riječi: *socijalna skrb, reguliranje, postupak, zapreke, subjekti i prava.*

1. UVOD

Novi Zakon o socijalnoj skrbi stupio je na snagu 3. lipnja 2011.¹ Toga dana prestao je važiti stari Zakon o socijalnoj skrbi, na snazi od 1. siječnja 1998., koji je mijenjan (dopunjavao) šest puta.² Danom stupanja na snagu novoga Zakona o

1 Zakon o socijalnoj skrbi, NN br. 57/11, od 25. 05. 2011. (dalje: Zakon)

2 Zakon o socijalnoj skrbi, NN br. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01, 103/03, 44/06 i 79/07 (vidi članak

socijalnoj skrbi ostaju na snazi podzakonski (provedbeni) propisi doneseni na temelju odgovarajućih odredbi staroga Zakona o socijalnoj skrbi. Oni ostaju na snazi "ako nisu u suprotnosti s odredbama ovog (novog, op. a.) Zakona" (čl. 324.). Njih 16 (šesnaest) u nadležnosti je ministarstva za socijalnu skrb, a 2 (dva) su u nadležnosti ministarstva nadležnog za obitelj i međugeneracijsku solidarnost.³

Kako se navodi u Prijedlogu Zakona „... relativno mijenjanje ovog propisa rezultat je nastojanja da se raspoloživim sredstvima zadovolje sve složenije i brojnije potrebe korisnika, te da se sustav socijalne skrbi uskladi s ukupnim započetim reformama i promjenama u području socijalne politike.“⁴

Uvodno je nužno reći nešto o pojmu socijalne skrbi i njenom mjestu u sustavu socijalnog prava. Socijalna prava ostvaruju se u okviru sustava socijalne sigurnosti⁵, ili posredstvom javnih službi, ili na neki drugi način. Sustavi socijalne sigurnosti mogu se definirati kao skupovi pravnih normi, administrativnih, financijskih i stručnih institucija koje djeluju na određenom području socijalne politike, uz naglasak da su najvažniji mirovinski i zdravstveni sustav.⁶ Socijalna pomoć i socijalna skrb uobičajeni su dijelovi sustava socijalne sigurnosti, usmjereni na suzbijanje siromaštva, socijalne ugroženosti i isključenosti.⁷ Oni čine posljednju socijalno zaštitnu mrežu (*eng. social safety net*) kojoj je svrha zbrinjavanje i uključivanje u društvo socijalno najugroženije, odnosno socijalno ranjive populacije.⁸

Osnovna načela socijalne sigurnosti su načela jednakosti socijalne sigurnosti; načelo uzajamnosti i solidarnosti; načelo univerzalnosti; načelo demokratičnosti i privatizacije; načelo zakonitosti; načelo nezastarivosti, neotuđivosti i poštivanja stečenih prava, te načelo pravne sigurnosti.⁹

Iz povijesne perspektive suvremena Hrvatska još uvijek nosi obilježja ostavštine bizmarkovskog sustava socijalnog osiguranja i zdravstvene zaštite koji datiraju s kraja 19. i početka 20. stoljeća.¹⁰

59a toga Zakona koji će prestati važiti danom stupanja na snagu Zakona o zapošljavanju osoba s invaliditetom).

3 Zakon o socijalnoj skrbi, NN br. 57/11, čl. 324. i 325.

4 Vlada Republike Hrvatske, Prijedlog Zakona o socijalnoj skrbi, klasa: 550-01/11-01/01, ur. br.: 5030104-11-1, Zagreb, 25. ožujka 2011. (dalje: Prijedlog Zakona)

5 Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje – europski zahtjevi i nacionalna rješenja (Soziale Sicherung und Wettbewerb – europäische Vorgaben und nationale Regelungen (ur. N. Bodiřoga-Vukobrat), Rijeka, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hans Seidel Stiftung, 2000.

6 PULJIZ, Vlado, Hrvatska od pasivne prema aktivnoj socijalnoj državi, Revija za socijalnu politiku, Vol. 8 (2001) br. 1., str. 1.-18., str. 3.

7 Više o pojmu socijalne isključenosti vidi u: ŠUĆUR, Zoran, Koncept socijalne isključenosti, Revija za socijalnu politiku, vol. 2 (1995) br. 3., str. 223.-230.

8 PULJIZ, Vlado, ŽGANEC, Nino, Sustav socijalne pomoći i socijalne skrbi: mirovinski sustav i socijalna skrb, u: ŽGANEC, Nino, Socijalne skrb u Hrvatskoj – smjerovi razvoja i reformi, Revija za socijalnu politiku, vol. 15 (2008) br. 3., str. 379.-393., str. 380.

9 VODOVNIK, Zvone, Poglavlja iz delovnega in socijalnega prava, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica, 2009., str. 133.-138.

10 ZRINŠČAK, Siniša, Zdravstvena politika, u: Sustavi socijalne politike, PULJIZ, Vlado et al., Zagreb, Studijski centar socijalnog rada Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 2000., str. 128.

Prema Ustavu¹¹ Republika Hrvatska je socijalna država “u kojoj se nekim kategorijama stanovništva daje posebna zaštita, osobito slabima, nemoćnima, nezbrinutima i nezaposlenim osobama, kojima se osigurava pravo na pomoć za podmirenje osnovnih životnih potreba, a posebnu skrb država posvećuje zaštiti osoba s invaliditetom i njihovu uključivanju u društveni život, djeci bez roditelja i onima za koje se roditelji ne brinu.”¹² Cilj svake moderne socijalne države (*franc. état sociale*, *tal. stato sociale*, *španj. estado social de derecho*, *engl. welfare state*, *njem. sozialstaat, Wohlfahrtsstaat*) i njene socijalne politike jest unaprjeđivanje socijalne dobrobiti građana. Socijalnu državu definiramo kao državu koja je preuzela temeljnu odgovornost za minimalnu socijalnu sigurnost svih svojih građana.¹³

Za razumijevanje pojedinih tipova socijalne države vrlo je važno razlikovanje temeljnih kriterija po kojima se ostvaruju socijalna prava. Prvi kriterij je naknada (nagrada) za neki radni ili drugi doprinos (*engl. reward*) i po toj se osnovi ostvaruje većina mirovina ili naknada za nezaposlenost za što se plaćaju doprinosi. Drugi je kriterij prevencija ili kompenzacija (*engl. prevention/compensation*) za promijenjene prilike pojedinca ili obitelji. Treći kriterij egzistencijalna potreba (*engl. need*) građana koji nemaju dostatnih sredstava za život, kakav je slučaj socijalne pomoći ili socijalne skrbi.¹⁴

Kako je Republika Hrvatska (dalje: RH) definirana kao socijalna država, nužno je istaknuti i pojam države blagostanja. Država blagostanja jest ona država koja je u stanju jamčiti svim stanovnicima minimalan životni standard (u pogledu prihoda, hrane, zdravlja, stanovanja), odnosno minimalna socijalna prava, iznad pukog održavanja života.¹⁵ Danas je koncept države blagostanja predmet kontroverzne rasprave u svim razvijenim gospodarstvima, budući da je taj kapacitet ograničen, a samim time postao je ozbiljno pitanje, pogotovo u svjetlu, tzv. globalizacijskog procesa. Kako pokazuju znanstvena istraživanja, postoji snažna veza između financijskih okolnosti u kojima žive osobe, pogotovo nezaposleni i njihovog zdravlja, a to su: niži prihodi i veći stupanj subjektivne financijske deprivacije povezani su s lošijim financijskim ishodima, a to se odnosi na psihičko, ali i na fizičko zdravlje.¹⁶ Sve više i češće učinkovitost i jednakost, rast i redistribucija, konkurentnost i solidarnost egzistiraju kao suprotnosti koje se mogu ostvarivati samo na trošak i štetu jedna drugoj. Tu je, dakle, rizik neostvarivanja pojedinačnih temeljnih ljudskih prava. Povrh toga, gospodarski razlozi predodređuju status države blagostanja: smanjuje se socijalna sigurnost i uvode se dopunski, privatni oblici osiguranja.¹⁷

11 Ustav Republike Hrvatske, NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 55/01, 76/10 i 85/10 (proč. tekst) (dalje: Ustav RH).

12 Prijedlog Zakona, ("ocjena stanja"), op. cit., str. 2.

13 UČUR, Marinko Đ., *Socijalno pravo*, Informator, Zagreb, 2000.

14 PULJIZ, Vlado, *Hrvatska od pasivne prema aktivnoj socijalnoj državi*, op. cit., str. 3.

15 UČUR, Marinko Đ., *Socijalno pravo*, op. cit., str. 3.

16 Vidi GALIĆ, Zvonimir, MASLIĆ SERŠIĆ, Darja, ŠVERKO, Branimir, *Financijske prilike i zdravlje nezaposlenih u Hrvatskoj: Vodi li financijska deprivacija do lošijeg zdravlja?*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 13 (2006), br. 3.-4., str. 257.-267.

17 UČUR, Marinko Đ., *Socijalno pravo*, op. cit., str. 3.

U pogledu toga treba naglasiti, poglavito u kontekstu ovoga rada, da je izuzetno bitan čimbenik i starenje stanovništva, koje se ne može zanemariti, jer su starije osobe u pravilu u većoj mjeri korisnici socijalnih usluga. Naime, prema statističkim podacima Ujedinjenih naroda svjetska starija populacija za približno četrdesetak godina narast će na dvije milijarde žitelja. Niti Hrvatska nije izuzetak jer prema podacima iz 2007. godine udio osoba starijih od 65 godina iznosi 17%, dakle svaki peti građanin ima više od 65 godina, a na području Grada Zagreba svaki četvrti.¹⁸ Prema predviđanjima Državnog zavoda za statistiku broj osoba starijih od 65 godina u RH za pedeset godina, dakle 2061. godine trebao bi porasti na 29,4%.¹⁹ Navedeno je najbolji pokazatelj starenja stanovništva i značajan čimbenik u razmatranju budućeg razvoja sustava socijalne skrbi u RH. Kada govorimo o socijalnoj državi, ne možemo ne naglasiti da su istraživanja pokazala da je stopa relativnog siromaštva u RH, primjerice u 2006. godini, bila dosta visoka (oko 27%) u usporedbi s većinom država Europske unije (dalje: EU). Među siromašnima prezastupljena su kućanstva koja vode osobe s nižim stupnjem obrazovanja, nezaposlene ili neaktivne osobe, umirovljenici i starije osobe. Umirovljenici kao najbrojnija skupina imaju manji rizik siromaštva od nezaposlenih osoba ili slabije obrazovanih osoba.²⁰

Bitna determinanta ovih odnosa jesu raspoloživa financijska sredstva, koja su ograničavajući faktor za toliki broj korisnika. Pravni su odnosi u ovoj oblasti složeni i zbog brojnosti tijela („socijalno-pravnih“ i drugih organa), strogih, najčešće kratkih rokova, posebnih uvjeta za ostvarivanje prava na određene socijalne prestacije i drugog. Posebno se određuje osnovica za ostvarivanje „prava po osnovi socijalne skrbi“ (u skladu s utvrđenom „proračunskom osnovicom za obračun naknada i drugih primanja u Republici Hrvatskoj“),²¹ udomiteljska obitelj, obiteljsko-pravna i kazneno-pravna zaštita djece i obitelji i dr. Potencijalni korisnici socijalnih prestacija u socijalnoj skrbi su fizičke osobe - pojedinci i obitelji u stanju socijalne potrebe.

Kada uspoređujemo udio troškova za ukupnu socijalnu zaštitu (zdravstveni i mirovinski sustav, sustav zaštite od nezaposlenosti, sustav zaštite obitelji i djece te sustav socijalne pomoći i socijalne skrbi) u postotku BDP-a, kod tzv. „starih država članica“ EU (EU 15) iznosi 26,9% (najviše u Francuskoj - 30,5%, najmanje u Irskoj - 18,9%), kod 12 „novih“ (EU 12) 16,6 % (najviše u Mađarskoj - 22,3% i Sloveniji - 21,4%, a najmanje u Latviji - 11,0 %). U slučaju RH to je 17,6%, što nameće zaključak da se ni po čemu ne izdvaja iz skupine zemalja koje su joj slične po kulturno-povijesnom nasljeđu i razini razvijenosti i nikako se ne može zaključiti da RH previše izdvaja za socijalnu zaštitu.²²

18 TOMEK-ROKSANDIĆ, Spomenka, BABIĆ, Vera, MAJDANČIĆ, Željko, RADAŠEVIĆ, Hrvoje, LJUBIČIĆ, Mate, MAJIĆ, Tihomir, JUKIĆ, Vlado, *Ekonomski imperativ produljenja radnog vijeka u Hrvatskoj*, str. 404.-421., u: *Ekonomska politika Hrvatske u 2008. godini*, ur. JURČIĆ, Ljubo i dr., *Zbornik radova*, Opatija, 2007.

19 *Projekcije stanovništva Republike Hrvatske od 2010. do 2061. godine*, Državni zavod za statistiku, Zagreb, 2011. godine, dostupno na: <http://www.dzs.hr/> (15.06.2011.)

20 Vidi ŠUČUR, Zoran, *Objektivno i subjektivno siromaštvo u Hrvatskoj*, *Revija za socijalnu politiku*, vol. 13 (2006), br. 3.-4., str. 237.-257.

21 Odluka Vlade RH o osnovici za ostvarivanje prava po osnovi socijalne skrbi, NN br. 21/01.

22 BABIĆ, Vlado, *Dokumentacija*, *Revija za socijalnu politiku*, vol 17 (2010) br. 3., str. 431.

„Postojeći sustav obuhvaća veliki broj prava, a za svako su pravo propisani različiti uvjeti i kriteriji, pa je postupak ostvarivanja prava kompleksan i zahtjevan.“ Do sada je u tom sustavu radilo 80 centara za socijalnu skrb s 27 podružnica „koji obavljaju niz funkcija koje se mogu podijeliti na javne ovlasti s područja socijalne skrbi, obiteljskoppravne i kaznenopravne zaštite, te stručnoanalitičke, financijske i druge poslove.“²³

Toliki broj prava u sustavu socijalne skrbi ne znači i potpunija (više) prava. Ista se sredstva raspoređuju (raspodjeljuju) na više korisnika privremeno, povremeno ili stalno što zavisi od uzroka i slučajeva koji pogađaju osobu ili obitelj (kao socijalnu grupu). Oni nemaju dostatnih sredstava za podmirenje osnovnih životnih potreba.

Kako smatra Žganec, pred sustavom socijalne skrbi u RH još je veoma dalek put do modernizacije, a odgovornost za doseganje cilja leži ne samo na Vladi i resornim ministarstvima nego i na dionicima iz redova stručne i šire javnosti²⁴, a navedeni je Zakon samo jedan, iako vrlo bitan, kodačić reforme i modernizacije sustava socijalne skrbi.

Hipoteza ovoga rada, na koju će autori nastojati dati odgovor, jest: Je li propisani (projektirani) sustav u ovoj etapi realan? Moraju li se brojni socijalnopravni i drugi odnosi u sustavu socijalne skrbi tako strogo (precizno) propisati i s tolikim brojem provedbenih (podzakonskih) akata, te je li propisani postupak primjeren subjektima i socijalnom stanju u kome se nalaze?

2. SUBJEKTI U ODNOSIMA SOCIJALNE SKRBI

Potencijalni korisnici prava u socijalnoj skrbi brojniji su od korisnika pojedine vrste i oblika socijalne prestacije (davanja ili činjenja) u socijalnoj skrbi. To su fizičke osobe - samci i članovi obitelji, ali i same obitelji kao socijalne grupe u teškoćama. Zahvaćene su sve dobne i spolne skupine od rođenja do smrti: dijete s poteškoćama u razvoju ili psihičkom bolešću i dijete prema kojem jest ili bi trebala biti primijenjena mjera obiteljskoppravne ili kaznenopravne zaštite, osoba koja je u nevolji zbog poremećenih odnosa u obitelji ili drugih oblika društveno neprihvatljivog ponašanja te odrasla osoba kojoj je radi invalidnosti, starosti, psihičke bolesti, trajnih promjena u zdravstvenom stanju, ovisnosti ili drugih razloga potrebna pomoć, i drugi.

Posebno pitanje jest definiranje obiteljsko socijalnopravnog subjekta u socijalnopravnim odnosima socijalne skrbi.

23 Prijedlog Zakona, op. cit., str. 5. (starim Zakonom propisano je 15 prava i oblika pomoći). Izdaci za to u 2009. godini iznosili su 2.966.389.499 kn ili 0,89% BDP-a iz državnog proračuna, a manjim dijelom su sudjelovale i jedinice područne (regionalne) i lokalne samouprave. Vidi Pravilnik o sudjelovanju i načinu plaćanja korisnika i drugih obveznika uzdržavanja u troškovima smještaja izvan vlastite obitelji, NN br. 112/98 i 5/02. Jedan dio korisnika ili obveznika uzdržavanja sudjeluje u plaćanju cijene usluga skrbi izvan vlastite obitelji.

24 ŽGANEC, Nino, Socijalne skrb u Hrvatskoj – smjerovi razvoja i reformi, op. cit., str. 391.

Zakon o socijalnoj skrbi govori o korisnicima²⁵, a to je „samac ili obitelj koji u sustavu socijalne skrbi ostvaruju prava na novčane naknade, potpore i druge oblike pomoći te socijalne usluge, propisane ovim Zakonom“.²⁶ „Samac je osoba koja nije u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici odnosno nema užu obitelj i živi sama“. Pored definicije obitelji, kao zajednice koju čine bračni drugovi, izvanbračni drugovi, djeca i srodnici, koji zajedno žive, propisano je da obitelj čine i sljedeće osobe: punoljetna djeca, pastorki, maloljetni unuci, nećaci i braća, odnosno sestre osobe koja je korisnik. Tu započinje problem u postupku za ostvarivanje pojedinih prava u socijalnoj skrbi, o kome se govori u dijelu rada o postupku ostvarivanjem prava. To se odnosi i na pojam jednoroditeljske obitelji „koju sačinjavaju dijete/djeca i jedan roditelj“ te pojam „kućanstvo“, koji se određuje kao „svaka obiteljska ili druga zajednica osoba bez obzira na srodstvo koje zajedno stanuju i zajedno podmiruju troškove života“.

Subjekti ovih odnosa su i starije osobe u dobi od 65 i više godina, osobe s invaliditetom, beskućnici i drugi.

S druge strane subjekti socijalnopravnih odnosa su socijalni organi, odnosno tijela „koji djeluju u sustavu socijalne skrbi: Republika Hrvatska, jedinice područne (regionalne) i lokalne samouprave, ustanove socijalne skrbi, udruge, vjerske zajednice i druge domaće i strane pravne i fizičke osobe, u skladu s uvjetima propisanim ovim Zakonom“.²⁷

Dakako, posebno su značajne ustanove socijalne skrbi, koje se „osnivaju (...) radi ostvarivanja prava na novčane pomoći i socijalne usluge propisane ovim Zakonom i obavljanje drugih poslova u djelatnosti socijalne skrbi“.²⁸ Posebno značenje ima Zavod za socijalnu skrb u županiji, kojega osniva Republika Hrvatska.

Kada potencijalni titular prava socijalne skrbi ispuni propisane uvjete socijalnopravno tijelo dužno je priznati mu to pravo, određujući najprimjereniji oblik socijalne prestacije, način, trajanje, iznos i druge elemente njezine realizacije. Kaznenim odredbama propisane su novčane kazne za protupravna ponašanja i povredu normi.²⁹

Zanimljivo je da se predmetnim zakonom reguliraju primjerice smještajni kapaciteti domova za starije i nemoćne osobe, koji sada mogu imati kapacitet do 100 mjesta po lokaciji³⁰, za razliku od dosadašnjeg stanja kada je taj broj bio dvostruko veći. Navedeno je sve u skladu s Planom deinstitucionalizacije i transformacije

25 Sukladno Mjesečnom izvješću Ministarstva zdravstva i socijalne skrbi u lipnju 2011. godine bilo je evidentirano 23.345 samaca te 81.846 člana obitelji koji prima stalnu pomoć, odnosno ukupno 105.191 korisnika u sustavu socijalne skrbi u RH, vidi Mjesečno izvješće Ministarstva zdravstva i socijalne skrbi za lipanj 2011. godine, dostupno na: http://www.mzss.hr/zdravstvo_i_socijalna_skrb/socijalna_skrb/statisticka_izvjesca/mjesečna_izvjesca_2011_06.09.2011.

26 Zakon o socijalnoj skrbi, cit.: čl. 2. st. 1. pod. 1., 2. i 3.

27 Isto: čl. 6.

28 Isto: čl. 7.

29 Isto ("Kaznene odredbe"): čl. 302.-308.

30 Isto: čl. 219. st. 4.

domova socijalne skrbi i drugih pravnih osoba koje obavljaju djelatnost socijalne skrbi u RH za razdoblje 2011. – 2016. (2018.) godine.³¹

3. PROPISI U OBLASTI SOCIJALNE SKRBI

U odnosima socijalne skrbi kao izvori javljaju se brojni propisi, prvenstveno heteronomne naravi. Riječ je o pravnim normama koje izravno i neizravno uređuju subjekte i pravne odnose (prava, obveze i odgovornosti subjekata u sadržaju socijalnopravnih odnosa) u socijalnoj skrbi.

3.1. Ustav Republike Hrvatske

Ustav RH utvrđuje temelje socijalne sigurnosti, socijalne zaštite i socijalnog osiguranja i obvezuje na donošenje zakona kojim se uređuju te oblasti socijalnog prava, pa i prava u socijalnoj skrbi. Prema Ustavu „Republika Hrvatska jedinstvena je i nedjeljiva demokratska i socijalna država“ (čl. 1.). Jedna od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava, jest i socijalna pravda. Svako ljudsko biće ima pravo na život (čl. 21. st. 1.); svakome se jamči poštovanje i pravna zaštita njegovog osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (čl. 35.). „Slabim, nemoćnima i drugim, zbog nezaposlenosti ili nesposobnosti za rad, nezbrinutim osobama država osigurava pravo na pomoć za podmirenje osnovnih životnih potreba. Posebnu skrb država posvećuje zaštiti osoba s invaliditetom i njihovu uključivanju u društveni život“ (čl. 58. st. 1. i 2.). „Država štiti materinstvo, djecu i mladež te stvara socijalne, kulturne, odgojne, materijalne i druge uvjete kojima se promiče ostvarivanje prava na dostojan život“ (čl. 63.). „Država osobitu skrb posvećuje maloljetnicima bez roditelja i onima za koje se ne brinu roditelji“ (čl. 65. st. 5.). „Dužnost je svih da štite djecu i nemoćne osobe“ (čl. 65. st. 1.).

31 Ministarstvo zdravstva i socijalne skrbi, Plan deinstitucionalizacije i transformacije domova socijalne skrbi i drugih pravnih osoba koje obavljaju djelatnost socijalne skrbi u RH za razdoblje 2011. – 2016. (2018.) godine, Zagreb, listopad 2010. godine, dostupno na: http://www.mzss.hr/zdravstvo_i_socijalna_skrb/socijalna_skrb/reforma_sustava_socijalne_skrbi/plan_deinstitucionalizacije_i_transformacije_domova_socijalne_skrbi_i_drugih_pravnih_osoba_koje_obavljaju_djelatnost_socijalne_skrbi_u_republici_hrvatskoj_2011_2016_2018 (05.09.2011.).

3.2. Univerzalni izvori

Suvremena društva su društva nejednakosti u realnom okruženju, raslojavanju na temelju prirodnih sposobnosti i društvenih uloga.³² Univerzalni izvori prava polaze od čovjeka i njegovih sloboda u težnji da zadovolji različite potrebe (po biološkom kriteriju, primarne potrebe, sekundarne, potrebe nedostajanja i potrebe postojanja ili rasta). Cilj je osigurati da se čovjeku ne pogoršaju životni i radni uvjeti u onim slučajevima kada nastupe smetnje koje negativno utječu na te uvjete ili postoji opasnost da će ovakve smetnje nastupiti.

U Deklaraciji UN-a o temeljnim ljudskim pravima, od 10. prosinca 1948., utvrđuje se da „svatko kao član društva ima pravo na socijalnu zaštitu kao i pravo na realizaciju kroz nacionalna nastojanja, međunarodnu suradnju i u skladu s organizacijama i resursima pojedine države - ekonomskih, društvenih i kulturnih prava neophodnih za njegovo/njezino dostojanstvo i za slobodan razvoj ličnosti. Svatko ima pravo na neophodne socijalne usluge i pravo na zaštitu u slučaju nezaposlenosti, bolesti, invalidnosti, udovištva, starosti ili drugim slučajevima kada je preživljavanje izvan kontrole pojedinca“.³³

Međunarodni dokumenti, zajedno s Općom deklaracijom UN-a o ljudskim pravima, čine osnovu međunarodnih ljudskih prava.³⁴

3.3. Vrela europskoga prava socijalne skrbi

U EU na snazi su brojni dokumenti³⁵ u kojima su sadržani strategija i akcijski planovi za socijalnu koheziju, zaštitu djece, osoba s invaliditetom, razvoj sustava socijalne skrbi i drugih socijalnih prava. Socijalna je sigurnost pronašla svoje mjesto u odredbama primarnog prava EU-a, prije svega u Ugovoru o

32 UČUR, Marinko Đ., *Socijalno pravo*, Zagreb, Informator, 2000., str. 27.

33 Opća deklaracija o ljudskim pravima (New York, 10.12.1948.), NN - MU br. 12/09.

34 Opširnije o međunarodnim ljudskim pravima vidi u: BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinah, STEWARD, David P. (ur. MATULović, Miomir), *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Sveučilišta, Rijeka, 2011.; *Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima* (New York, 16.12.1966.), NN - MU br. 12/93; *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* (New York, 16.12.1966.), NN - MU br. 12/93; *Konvencija o pravnom položaju izbjeglica* (Ženeva, 28.7.1951.), NN - MU br. 12/93; *Konvencija o pravima djeteta* (UN), NN - MU br. 12/93; *Ustav Svjetske zdravstvene organizacije* (New York, 22.7.1946.), dostupno na: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (14.07.2011.).

35 Najvažniji je primjerice Europe 2020 Strategy, odnosno Strategija Europske komisije o razvoju Europske unije do 2020. godine u kojoj socijalna zaštita, odnosno socijalna skrb i socijalna inkluzija zauzimaju izuzetno važno mjesto, dostupno na: http://europa.eu/press-room/pdf/complet_en_barroso_007_-_europe_2020_-_en_version.pdf (30.08.2011.).

Također vidi: Promoting social inclusion and combating poverty European Parliament resolution of 9 October 2008 on promoting social inclusion and combating poverty, including child poverty, in the EU (2008/2034(INI)), OJ C 9E, 15.01.2010., str. 11.-25.; European Parliament resolution of 20 November 2008 on the future of social security systems and pensions: their financing and the trend towards individualisation (2007/2290(INI)), OJ C 16E, 22.01.2010., str. 35.-44.

funkcioniranju EU-a³⁶, kao i Povelji o temeljnim pravima EU-a³⁷, koja je po pravnoj snazi izjednačena s osnivačkim ugovorima.³⁸

Europska socijalna povelja (potpisana 1961., a stupila na snagu 1965. godine) štiti ekonomska i socijalna prava svih osoba. Svrha je stvaranje uvjeta uz koje bi prava na socijalnu zaštitu mogla biti učinkovito ostvarena („sve osobe bez odgovarajućih prihoda imaju pravo na socijalnu i medicinsku pomoć“; „svatko ima pravo na korištenje službi socijalne pomoći“ i dr.).³⁹ Uz navedenu valja istaknuti i Povelju Zajednice o temeljnim socijalnim pravima radnika iz 1989. godine koja ističe da „svaki radnik Europske zajednice ima pravo na odgovarajuću socijalnu zaštitu i, bez obzira na svoj status i veličinu poduzeća u kojemu je zaposlen, ima pravo na odgovarajući iznos pomoći iz socijalnog osiguranja“.⁴⁰

„U procesu usklađivanja vlastitoga zakonodavstva sa zakonodavstvom Europske unije Republika Hrvatska nailazi i nailazit će na brojne poteškoće i iskušenja. Tako, primjerice, Svjetska zdravstvena organizacija u Deklaraciji prihvaćenoj u lipnju 2006. godine ističe potrebu izrade novih zdravstvenih planova i stvaranja pozitivne političke klime koja će omogućiti brže ostvarenje tih planova“.⁴¹

36 Ugovor o funkcioniranju EU (Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Functioning of the European Union, OJ C 83/1, 30.03.2010., Glava X. „Socijalna politika“ čl. 151.- 161. UFEU (bivši čl. 136.-145. UEZ). Također, valja naglasiti i članak 9. UFEU-a: „U definiranju i implementiranju svojih politika i aktivnosti, Unija će uzeti u obzir preduvjete povezane s visokom razinom zaposlenosti, jamčenjem adekvatne socijalne zaštite, borbi protiv socijalne isključenosti, i visoke razine obrazovanja, usavršavanja i zaštite ljudskog zdravlja“.

37 BODIROGA-VUKOBRAT, Nada, BARIĆ, Sanja, Povelja temeljnih prava Europske unije s komentarom, Organizator, Zagreb, 2002.; Povelja o temeljnim pravima EU (Charter of fundamental rights of the European Union), OJ C 83/389, 30.03.2010., čl. 34.

Stavak 1.: Unija priznaje i poštuje pravo na potpore iz sustava socijalne sigurnosti kao i socijalne usluge, koje pružaju zaštitu u slučaju: majčinstva, bolesti, ozljeda na radu, ovisnosti o drugomu ili starosti, te u slučaju gubitka zaposlenja, sukladno pravilima koja proizlaze iz prava EU, određaba nacionalnog zakonodavstva i prakse.

Stavak 2.: Svatko tko boravi i zakonito se kreće unutar EU ima pravo na potpore iz sustava socijalne sigurnosti i socijalnih pogodnosti sukladno pravilima koja proizlaze iz prava EU, određaba nacionalnog zakonodavstva i prakse.

Stavak 3.: U borbi protiv socijalne isključenosti i siromaštva, Unija priznaje i poštuje pravo na socijalnu pomoć i pomoć za smještaj/stanovanje kako bi se ostvarila pristojna egzistencija za sve one kojima manjka nužnih sredstava, sukladno pravilima koja proizlaze iz prava EU, određaba nacionalnog zakonodavstva i prakse.

38 O tomu opširnije u 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.

39 Europska socijalna povelja (Torino, 18.10.1961. godine) s dodatnim Protokolima, NN - MU br. 15/02, 8/03.; Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (Luksemburg, 29.12.2001.), NN - MU br. 14/01, 1/05, 11/06.

40 Zaključci o prihvaćanju Europske povelje o osnovnim socijalnim pravima radnika, NN br. 37/91, t. 10.

41 ŠOKČEVIĆ, Svjetlana, Zaštita zdravlja i sigurnosti na radu, Zagreb, TIM press, 2006., str. 6.

Riječ je o procesima u kojima sudjeluju brojni subjekti, o postupcima koji se ne mogu zaobići, bez obzira na veliku samostalnost država članica u oblasti socijalne skrbi i socijalnopravnim odnosima općenito.

Uz to, treba istaknuti veliki broj bilateralnih ugovora (sporazuma) koje je Republika Hrvatska potpisala s drugim državama, a odnose se, prvenstveno na socijalno osiguranje i socijalnu skrb. Republika Hrvatska ima sklopljene sporazume s Austrijom,⁴² Švicarskom Konfederacijom,⁴³ Makedonijom,⁴⁴ Slovenijom,⁴⁵ Slovačkom,⁴⁶ Italijom,⁴⁷ Saveznom Republikom Njemačkom,⁴⁸ Kanadom,⁴⁹ Nizozemskom,⁵⁰ Češkom,⁵¹ Quebecom,⁵² Bosnom i Hercegovinom,⁵³ Srbijom,⁵⁴ Crnom Gorom,⁵⁵ Luksemburgom,⁵⁶ Belgijom,⁵⁷ Australijom,⁵⁸ Bugarskom,⁵⁹ Mađarskom,⁶⁰ Dan-

-
- 42 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Republike Austrije o socijalnom osiguranju, NN - MU br. 11/93, 12/93, 12/94, 15/97, 5/98, 13/98.
 - 43 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Švicarske Konfederacije o socijalnom osiguranju, NN - MU br. 14/96, 5/98.
 - 44 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Republike Makedonije o socijalnom osiguranju, NN - MU br. 16/97, 20/97, 5/98.
 - 45 Zakon o potvrđivanju Sporazuma između Republike Hrvatske i Republike Slovenije o socijalnom osiguranju, NN - MU br. 16/97, 3/98, 5/98.
 - 46 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Slovačke Republike, NN - MU br. 20/97, 5/98, 1/99.
 - 47 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Republike Italije, NN - MU br. 21/97, 8/03, 15/03.
 - 48 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Savezne Republike Njemačke, NN - MU br. 7/98, 17/98.
 - 49 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Vlade Kanade, NN - MU br. 16/98.
 - 50 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Kraljevine Nizozemske o socijalnom osiguranju, NN - MU br. 2/99.
 - 51 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Češke Republike, NN - MU br., 7/99, 10/00, 11/00, 11/02.
 - 52 Zakon o potvrđivanju Sporazuma o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Quebeqa, NN - MU br. 10/00.
 - 53 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine, NN-MU br. 14/01, 2/02.
 - 54 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije, NN-MU br. 14/01, 10/03.
 - 55 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije, NN-MU br. 14/01, 10/03.
 - 56 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Velikog Vojvodstva Luksemburga, NN-MU br. 9/02, 15/02, 11/03.
 - 57 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Kraljevine Belgije, NN-MU br. 9/02, 13/02, 6/05.
 - 58 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Australije o socijalnom osiguranju, NN-MU br., 2/04, 5/04, 7/04.
 - 59 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Republike Bugarske o socijalnom osiguranju, NN-MU br. 4/04, 7/04, 8/04.
 - 60 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Republike Mađarske, NN-MU br., 11/05, 3/06.

skom⁶¹ te Turskom⁶².

Tu su i sekundarni izvori prava EU-a, prije svega Uredba Europskog parlamenta i Vijeća 883/2004 o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti⁶³, kao i nezaobilazna praksa Europskog suda u Luksemburgu, koja će i u budućnosti biti nepresušni izvor europskoga prava, budući da se i same države članice osnivači EU-a nalaze u položaju tužene države zbog povrede prava EU-a.⁶⁴

3.4. Heteronomni propisi u Republici Hrvatskoj o socijalnoj skrbi

Na temelju i u skladu s Ustavom RH doneseni su zakoni i drugi propisi u oblasti socijalne skrbi.⁶⁵ Njima se uređuju sljedeća pitanja: prava i ostvarivanje prava na temelju socijalne skrbi, udomiteljske obitelji i visine naknade za smještaj u udomiteljsku obitelj, mreže domova socijalne skrbi i djelatnosti socijalne skrbi, upisnika ustanova socijalne skrbi, obiteljskih centara, uvjeta u pogledu prostora, opreme i potrebnih stručnih i drugih radnika u pojedinim ustanovama, uvjeta i načina pružanja usluga u tim ustanovama, evidencija i dokumentacije, izvještaja, napredovanja i stalnog usavršavanja stručnih radnika, provođenja stručnog nadzora u djelatnosti socijalne skrbi, zadovoljavanja osnovnih stambenih potreba samca ili obitelji, sudjelovanja korisnika u troškovima skrbi izvan vlastite obitelji, tijela vještačenja, prognanika i izbjeglica, povratnika i useljenika, potpora, volonterstva, za starije i međugeneracijske solidarnosti i dr.

Neka od osnovnih pitanja jesu: socijalno planiranje, financiranje, određivanje mreže javne socijalne službe i koncesije. Cilj je omogućiti primjerenije zadovoljavanje potreba korisnika određenih prava u socijalnoj skrbi. Pored drugih, brojnih pravnih odnosa javljaju se i ugovori: o provođenju socijalnih usluga, o korištenju usluga, novčanih i drugih naknada. Uvode se nove socijalne usluge i postupci pružanja prava na uslugu, novi sadržaji i organizacijski oblici djelatnosti socijalne skrbi te socijalna inspekcija.

61 Zakon o potvrđivanju Ugovora o socijalnom osiguranju između Republike Hrvatske i Kraljevine Danske, NN-MU br. 3/06, 7/06, 2/07.

62 Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Hrvatske i Republike Turske o socijalnom osiguranju, NN-MU br. 4/07, Odluka o objavi administrativnog sporazuma za primjenu Ugovora između Republike Hrvatska i Republike Turske o socijalnom osiguranju, NN-MU br. 9/07.

63 Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council, 29.04.2004 on the coordination of social security systems, OJ L 166, 30.04.2004.

64 Vidi primjerice tužbu zbog povrede Uredbe 883/2004 u predmetu C-122/11, *European Commission v Kingdom of Belgium*, OJ C 160/12, 28.05.2011.

65 Osim Zakona o socijalnoj skrbi, valja istaknuti Zakon o udomiteljstvu (NN br. 79/07) te Obiteljski zakon (NN br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11 i 61/11), Zakon o sudovima za mladež (NN br. 111/97, 27/98, 12/02), Zakon o izvršavanju sankcija izrečenih maloljetnicima za kaznena djela i prekršaje (NN br. 153/09), Zakon o zaštiti od nasilja u obitelji (NN br. 137/09, 14/10 i 60/10), koji između ostalog, uređuju problematiku obiteljskoppravne i kaznepravne zaštite djece i obitelji.

4. POSTUPAK OSTVARIVANJA PRAVA

Nakon svojevrsnog uvoda u sustav socijalne skrbi, autori će u nastavku rada detaljnije razraditi i analizirati tekst samoga Zakona, nastojeći dati odgovor na postavljena pitanja iz hipoteze ovoga rada.

Norme navedenih propisa ostvaruju se kroz propisani postupak za ostvarivanje prava u sustavu socijalne skrbi. To se odnosi i na postupak ostvarivanja usluga (npr. usluga međugeneracijske solidarnosti i dr.). U postupku se donose pojedinačni pravni akti: rješenja, uputnice, nagodbe i dr. Uz to, posebni akti u okviru socijalnog planiranja jesu: strategija razvoja sustava socijalne skrbi u Republici Hrvatskoj (donosi je Vlada Republike Hrvatske) i socijalni planovi za područje jedinice područne (regionalne) samouprave i jedinica lokalne samouprave (izrađuju se po posebnom postupku, donose ih predstavnička tijela); godišnji plan rada nacionalnog socijalnog vijeća; odluka skupštine jedinice područne (regionalne) samouprave o osnivanju Savjeta za socijalnu skrb u županiji; socijalni plan i mreža djelatnosti socijalne skrbi na području županije, grada i općine; opći akti jedinica područne (regionalne) i lokalne samouprave za ostvarivanje novčanih pomoći i socijalnih usluga stanovnicima na svom području iznad standarda utvrđenih Zakonom; odluke Vlade Republike Hrvatske o minimalnim standardima, kriterijima i mjerilima za financiranje decentraliziranih funkcija djelatnosti socijalne skrbi u jedinicama područne (regionalne) samouprave; opći akti jedinica područne (regionalne) i lokalne samouprave o vođenju evidencija i dokumentaciji o ostvarivanju prava na pomoć za podmirenje troškova stanovanja, kao i o drugim pravima iz socijalne skrbi.

Za ostvarivanje pojedinačnih prava značajan je i plan aktivnosti s korisnikom, radno sposobnim i djelomično radno sposobnim, koji koristi pomoć za uzdržavanje, o njegovom sudjelovanju u aktivnostima koje omogućavaju njegovu socijalnu uključenost. Plan izrađuje Zavod, u skladu s posebnim pravilnikom kojega donosi ministar. Taj plan predstavlja pojedinačni pravni akt.

Postupak se pokreće zahtjevom za ostvarivanje prava, na inicijativu korisnika ili po službenoj dužnosti.

„Za odlučivanje o ostvarivanju prava iz socijalne skrbi mjesno je nadležna ustrojbeni jedinica Zavoda osnovana za područje na kojem stranka ima prebivalište“. Ako stranka nema prebivalište u RH „mjesna se nadležnost određuje prema mjestu boravišta stranke“ ili, ako nema utvrđeno boravište, prema mjestu na „kojem privremeno prebiva odnosno na kojem se osoba zatekne“.

Mjesna nadležnost određena je i difuzno u pojmu „nadležni Zavod odnosno ustrojbeni jedinica Zavoda“, koji nastavlja postupak „ako se izmijene okolnosti na osnovi kojih je po ovom Zakonu bila određena mjesna nadležnost“.⁶⁶ **Mjesna nadležnost** posebno se utvrđuje za djecu, za osobu koja se zbog elementarnih nepogoda ili sličnih razloga „našla izvan mjesta svoga prebivališta“ i dr. O sukobu

⁶⁶ Zakon, cit., čl. 124.

nadležnosti u točno određenim slučajevima odlučuju nadležno ministarstvo, odnosno Upravni sud Republike Hrvatske.⁶⁷

Uglavnom se radi o upravnim stvarima koje se rješavaju po zakonu „koji uređuje upravni postupak“, odnosno prema Zakonu o općem upravnom postupku.⁶⁸

Aktivno legitimirana stranka može biti: osoba koja potencijalno može biti korisnik socijalne skrbi, ali i njezin bračni drug, punoljetno dijete, roditelj, posvojitelj ili skrbnik, odnosno zakonski zastupnik.⁶⁹

Navedeni subjekti obraćaju se Zavodu kao „pasivnoj stranci“ sa zahtjevom na propisanom obrascu za ostvarivanje prava, uz koji se prilaže pisana izjava podnositelja zahtjeva i članova njegova kućanstva o dopuštenju Zavodu da izvrši uvid u sve podatke o njihovoj imovini i dohotku te ostalim ostvarenim prihodima.

Poseban postupak odnosi se na azilante i članove njihove obitelji „koji zakonito borave u Republici Hrvatskoj“, na strance „pod supsidijarnom zaštitom“ i žrtve trgovanja ljudima. Oni **uz zahtjev** „prilažu potvrdu nadležnog tijela o svom statusu“ (čl. 30. st. 4. i 130. st. 2).

U postupak se uključuje porezna uprava, pravne osobe koje obavljaju poslove platnog prometa, a naglašena je uloga i ovlast Zavoda.⁷⁰

Na preciznost uređenja ovoga postupka ukazuje i odredba članka 131. Zakona o „obrascima zahtjeva i izjavi podnositelja zahtjeva“, što će posebnim pravilnikom propisati ministar. Teret snose i stručni radnici Zavoda i „druga tijela prvoga stupnja u jedinicama regionalne (područne) i lokalne samouprave koja provode postupak za odobravanje novčanih i drugih materijalnih pomoći“.⁷¹

Posebnim pravilnikom ministar propisuje **minimalne uvjete prostora i opreme i normative potrebnih stručnih i drugih radnika Zavoda, Centra i ureda te mjerila za određivanje područja njihove nadležnosti**. To se posebno odnosi na „standarde za vođenje individualnog plana promjene“ koje izrađuje stručni radnik Zavoda tijekom vođenja postupka za ostvarivanje prava iz sustava socijalne skrbi. To je obvezan akt, „**individualni plan promjena s utvrđenim aktivnostima**“, koji uključuje poduzimanje mjera „da se osoba ili obitelj u nepovoljnom stanju osposobi za skrb o sebi i članovima obitelji“.⁷² Uz veliko stručno znanje, izrada plana zahtjeva i dosta vremena.

67 Isto: čl. 128.

68 Zakon o općem upravnom postupku, NN br. 47/09; ĐERĐA, Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2011.

69 Vidi čl. 30. i čl. 129. Zakona.

70 Zakon, cit., čl. 130.: Porezne uprave izdaju potvrde o visini dohotka podnositelja zahtjeva i članova kućanstva (stavak 3.); pravne osobe koje obavljaju poslove platnog prometa dužne su na zahtjev Zavoda dostaviti podatke o računima te imovini podnositelja zahtjeva i članova kućanstva (stavak 4.), a Zavodi obavezno međusobno surađuju (stavci 5. i 6.).

71 Riječ je o obvezi da se strankama učine dostupnim informacije i obrasci zahtjeva o mogućnostima i uvjetima korištenja novčanih naknada. Zakon, cit., čl. 131. st. 2.

72 Zakon, članak 189. u vezi s člankom 132. stavkom 3. Dakako, to je osnova da se na temelju „posebnog stručnog postupka“ procjena, organiziranog pristupa uslugama, planiranjem, koordiniranjem, praćenjem i evaluacijom usluga, korisnik osposobi za skrb o sebi i članovima obitelji. To je projekt – „elaborat“ sa zahtjevnim stručnim sadržajem.

Zahtjevniji postupak („ispitni postupak“) uključuje i utvrđivanje „nalaza i mišljenja tijela vještačenja u prvom stupnju“, a u žalbenom postupku i „tijela vještačenja drugog stupnja“. Tijela vještačenja odlukom osniva ministar, a posebnim pravilnikom, uz suglasnost ministra nadležnog za zdravstvo, propisuje se „sastav i način rada tijela vještačenja, sadržaj potrebne medicinske dokumentacije, sadržaj nalaza i mišljenja i obrasce za postupanje tijela vještačenja“.⁷³

Posebnim odredbama utvrđuje se rok za donošenje rješenja (čl. 134.) jer je **postupak žuran** (traje najduže 30 dana); donošenje usmenog rješenja (čl. 135.) „radi otklanjanja neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi, posebice djece, ili radi osiguravanja javnog reda i sigurnosti...“ (a nakon toga u roku od 24 sata stručni radnik Zavoda dužan je, na zahtjev stranke, izdati rješenje u pisanom obliku); donošenje rješenja zbog promijenjenih okolnosti i dr. (čl. 136.). „Zavod provodi izvršenje svojih rješenja donesenih na temelju ovoga Zakona“. Propisano je pravo na žalbu.⁷⁴

4.1. Poseban postupak za ostvarivanje socijalnih usluga

Postupak za ostvarivanje socijalnih usluga pokreće se na zahtjev korisnika, njegovog zakonskog zastupnika ili skrbnika te po službenoj dužnosti Zavoda.⁷⁵

„Korisnik ostvaruje pravo na socijalne usluge **na temelju rješenja** Zavoda“ (čl. 131. st. 1. i 2. Zakona), a prije toga „potrebno je utvrditi individualni plan za korisnika usluge“.

Korisniku se priznaju pravo na usluge skrbi u obitelji i lokalnoj zajednici, ali i smještaj izvan vlastite obitelji korisnika (kao pravo na skrb) u udomiteljskoj obitelji, uvijek „u najboljem interesu korisnika“. Određene usluge pružaju se „na temelju sudskih odluka“. U tom slučaju Zavod izdaje *uputnicu* za uslugu kod ovlaštenog pružatelja usluga.

Po posebnom postupku provodi se i „privremena hitna mjera smještaja djeteta“ kod udomitelja, u dom socijalne skrbi ili kod drugog pružatelja usluga smještaja ... bez rješenja ... ili sudske odluke ... ili bez suglasnosti (u skladu s odgovarajućim odredbama Zakona ...).⁷⁶ Ona uključuje uputnicu za smještaj, obrazloženje razloga te dostavu sudu i drugim subjektima obavijesti o privremenom smještaju i razlozima).

73 Zakon, cit., čl. 133. st. 3.: „Ako je vještačenje utvrdilo tijelo vještačenja zdravstva, mirovinskog i invalidskog osiguranja, obrazovanja, odnosno druga nadležna tijela vještačenja prema posebnim propisima, postupak će se provesti na temelju nalaza i mišljenja tih tijela“.

74 Isto: čl. 137.-139.: Troškovi postupka osiguravaju se u državnom proračunu, a ugovorom između Zavoda i nadležnog tijela jedinice regionalne i lokalne samouprave utvrđuju se međusobni odnosi ako je postupak vođen o „pravima za koja sredstva“ ovi osiguravaju.

75 Isto: čl. 140. st. 3.: „Tijela, ustanove i druge fizičke i pravne osobe koje u svom radu utvrde ugroženost djeteta ili osobe kojoj je oduzeta poslovna sposobnost obvezni su o tome bez odgode izvjestiti Zavod“.

76 Isto: čl. 142. st. 1.: „... osobito u slučajevima tjelesnog ili duševnog nasilja, spolne zloporabe, zanemarivanja ili nehajnog postupanja, zlostavljanja ili izrabljivanja djeteta od strane roditelja, skrbnika ili drugih osoba kojima je povjerenje na čuvanje i odgoj, radi čega su djetetov život i zdravlje ugroženi“; čl. 142. st. 6.: „Obrazac s odgovarajućim sadržajem obavijesti o privremenom smještaju propisuje ministar“.

Zakon propisuje postupak suda i sadržaj odluke suda o pokretanju postupka o privremenom smještaju djeteta (subjekti su sud, postavljeni punomoćnik, pružatelj privremenog smještaja, dom socijalne skrbi, obitelj, s točno određenim rokovima i radnjama u postupku, s pravom na žalbu).⁷⁷

Pri izradi "individualnog plana promjena za korisnika/obitelj stručni radnik Zavoda koordinira cijeli postupak te pomaže korisniku/obitelji u rješavanju problema i zadovoljavanju njegovih životnih potreba.⁷⁸

Rješenje se realizira putem **uputnica** „kojima Zavod određuje vrstu i opseg usluga te pružatelja usluga kojem se korisnik upućuje“. Sadržaj uputnice precizno je propisan.⁷⁹ Uputnica se temelji i uz nju se prilaže navedeni **individualni plan promjena**, koji se može mijenjati, ako to zahtijevaju potrebe i okolnosti.⁸⁰

„Obrazac uputnice i način vođenja evidencije obavezan je voditi Zavod i o tome dostavljati podatke ministarstvu“ u skladu s pravilnikom kojega propisuje ministar.⁸¹

4.2. Izbor pružatelja usluga

Ministarstvo jednom godišnje sastavlja popis **ovlaštenih pružatelja socijalnih usluga za svaku vrstu usluge**. Taj je popis javan, pa „korisnik prije izdavanja uputnice ima pravo izabrati pružatelja usluge“ s toga popisa.

Nakon prijama uputnice pružatelj usluge ili započinje s pružanjem usluge i o tom danu obavještava Zavod ili obavještava s (obrazloženjem) da uslugu ne može pružiti. Zavod navedeno provjerava, a može intervenirati i socijalna inspekcija.

U postupku sudjeluju: Zavod, korisnik, davatelj usluge, eventualno socijalna inspekcija i Ministarstvo.⁸²

4.3. Ugovaranje i cijena usluga

Zakon propisuje ugovaranje i cijenu usluga i daje ovlast ministru da utvrdi metodologiju za formiranje cijena socijalnih usluga u ustanovama socijalne skrbi koje se plaćaju iz državnog proračuna. Izvan mreže javne socijalne službe cijenu samostalno utvrđuje pružatelj usluga. Zakon omogućava i neposredno ugovaranje usluge (ugovor o korištenju usluge) kada korisnik uslugu plaća u cijelosti. Izuzetak se odnosi na usluge smještaja djeteta i odrasle osobe lišene poslovne sposobnosti.⁸³

77 Isto: članak 143.

78 Isto: članak 144.

79 Isto: čl. 145. st. 3.: „Ukoliko korisnik ima potrebu za korištenjem više vrsta usluga, za svaku uslugu izdaje mu se posebna uputnica“.

80 Isto: čl. 146.

81 Isto: čl. 147.

82 Isto: čl. 148. i 149.

83 Isto: čl. 150. - 152. Ministar pravilnikom propisuje metodologiju za formiranje cijena socijalnih usluga za sve subjekte koji pružaju usluge, a koje se plaćaju iz državnog proračuna. Dijete se na smještaj upućuje uvijek na temelju uputnice Zavoda.

4.4. Sudjelovanje korisnika u plaćanju usluga

Posebni pravilnik ministra propisuje „kriterije sudjelovanja korisnika u plaćanju cijene usluga i način plaćanja usluga“. To se odnosi i na odraslu osobu korisnika usluga na temelju uputnice Zavoda. Korisnik i pružatelj usluge sklapaju ugovor o plaćanju usluga u opsegu u kojem se ta usluga pruža „na temelju obračunatih uputnica“. Zakon utvrđuje obvezu korisnika da dio troškova podmiri otuđenjem svoje imovine „koja ne služi članovima njegove obitelji za podmirenje osnovnih stambenih i drugih osnovnih životnih potreba“, a u propisanim slučajevima „plaćanje razlike između cijene usluge i prihoda korisnika tereti sredstva Ministarstva“.

Zavod sklapa ugovor o troškovima s obveznicima uzdržavanja. Ako ne dođe do ugovora „Zavod će pokrenuti kod suda postupak za naknadu troškova pruženih usluga“, ili će u propisanim slučajevima biti proveden postupak ovrhe.

Roditelji djeteta dužni su plaćati ili sudjelovati u plaćanju usluga koje dijete ostvaruje na temelju Zakona, sukladno pravilniku kojega donosi ministar. To se odnosi i na „dijete koje je korisnik smještaja i ima redovite prihode“. O tim odnosima sklapa se ugovor sa Zavodom „kojim se utvrđuje sudjelovanje u plaćanju cijene usluga“. U protivnom Zavod može kod suda pokrenuti postupak za naplatu troškova pruženih usluga.⁸⁴

4.5. Standardi kvalitete socijalnih usluga

„Usluge socijalne skrbi pružaju se prema minimalnim standardima kvalitete koje propisuje ministar“. U postupku sudjeluju povjerenstva za kvalitetu, ravnatelj, stručni radnici, odgovorna osoba i ovlašteni vanjski stručnjak.⁸⁵

5. SADRŽAJ I ORGANIZACIJSKI OBLICI DJELATNOSTI SOCIJALNE SKRBI

Za ostvarivanje i zaštitu prava u socijalnoj skrbi bitni su subjekti koji se javljaju u socijalnopravnim odnosima kao pružatelji usluga u djelatnosti socijalne skrbi. To zahtijeva više objašnjenja i analiza, a ovdje navodimo da Zakon u Glavi X. pod nazivom „Sadržaj i organizacijski oblici djelatnosti socijalne skrbi“ to regulira u odredbama čl. 157. do čl. 260. s ovim sadržajem: a) pružatelji usluga socijalne skrbi (zapreke za zapošljavanje u djelatnosti socijalne skrbi i zabrana sklapanja ugovora o doživotnom/dosmrtnom uzdržavanju); b) mreža javne socijalne službe; c) koncesija za obavljanje javne socijalne službe (pripreme radnje, dokumentacija za nadmetanje, obavijest o namjeri davanja koncesije, ugovor o koncesiji, očevidnik koncesija, prestanak koncesije i pravilnik o načinu davanja i oduzimanja koncesije);

84 Isto: čl. 153. - 155.

85 Isto: čl. 156.: „Sastav i broj članova Povjerenstva za kvalitetu uređuje se općim aktom ustanove/druge pravne osobe“.

d) odobrenje za rad pravnih osoba koje pružaju usluge socijalne skrbi (licencija) (licenciranje, odobrenje za rad (licencija), uvjeti za obavljanje licencije, obnavljanje licencije, privremeno ukidanje licencije, oduzimanje licencije); e) akreditacija domova socijalne skrbi i drugih pravnih osoba koje pružaju usluge socijalne skrbi; f) osnivanje i ustroj ustanova socijalne skrbi (vrsta ustanova socijalne skrbi, osnivačka prava u ustanovama socijalne skrbi, početak rada ustanova socijalne skrbi, opis ustanova u upisnik ustanova, prestanak rada ustanove socijalne skrbi, etičko povjerenstvo, znanstvena i druga istraživanja u ustanovama socijalne skrbi, nastava za studente u ustanovama socijalne skrbi, samovrednovanje kvalitete rada); 1. Zavod za socijalnu skrb u županiji (podružnice i uredi Zavoda, normativni i minimalni uvjeti Zavoda, postupak utvrđivanja uvjeta za početak rada, promjena sjedišta i djelatnosti, djelatnost Zavoda, statut Zavoda, upravno vijeće, razrješenje članova i raspuštanje upravnog vijeća, nadležnost upravnog vijeća, ravnatelj, uvjeti za ravnatelja i način imenovanja, ugovor ravnatelja, zamjena ravnatelja, razrješenje ravnatelja, vršitelj dužnosti ravnatelja, stručno vijeće Zavoda, područni centar za socijalnu skrb, predstojnik područnog centra za socijalnu skrb, uvjeti za imenovanje i razrješenje predstojnika, stručni kolegij centra, evidencija i dokumentacija Zavoda); 2. Obiteljski centar (osnivanje obiteljskog centra, nadležnost obiteljskog centra, uvjeti za početak rada obiteljskog centra i druge pružatelje usluga savjetovanja u obitelji, ravnatelj, stručno vijeće, statut, podružnica obiteljskog centra, evidencija i dokumentacija obiteljskog centra, sredstva za izvršavanje odgojnih mjera i naknade za medijaciju); 3. Dom socijalne skrbi (pravilnik o minimalnim standardima i normativima doma socijalne skrbi, centra za pomoć i njegu i drugih pravnih osoba za pružanje usluga socijalne skrbi); osnivanje i početak rada doma socijalne skrbi, tijela doma socijalne skrbi, zbrinjavanje korisnika u slučaju prestanka rada doma, kategorizacija domova za starije osobe i druge odredbe; 4. Centar za pomoć i njegu (uvjeti za osnivanje, iznimke, uvjeti za početak rada, ravnatelj, statut, evidencija i dokumentacija); g) udruge, vjerske zajednice i druge pravne osobe koje pružaju usluge socijalne skrbi (upis u evidenciju ...); h) profesionalno obavljanje djelatnosti socijalne skrbi (uvjeti, postupak, obavijest o početku rada, prestanak rada, obustava poslovanja ...); 1. Obiteljski dom (predstavnik, suradnja sa Zavodom, zaprjeka); 2. savjetovalište; 3. usluge pomoći i njege u kući; i) udomiteljstvo.

6. STRUČNI RADNICI, STRUČNO USAVRŠAVANJE I NAPREDOVANJE

Ovaj Zakon (i provedbeni propisi) ne može se provoditi bez stručnih radnika na koje će pasti veliki teret u provođenju složenog postupka. Iako ovo nije tema rada, navedimo da Zakon uređuje ova pitanja i odnose: stručni radnici Zavoda i stručni radnici i stručni savjetnici doma socijalne skrbi i drugih pružatelja socijalnih usluga (socijalni radnik, pravnik, psiholog, socijalni pedagog, edukacijski rehabilitator i drugi stručni radnici odgovarajućeg obrazovanja i akademskog zvanja ovisno o

djelatnostima pružatelja usluga: logoped, medicinska sestra, fizioterapeut, radni terapeut, odgajatelj s položenim stručnim ispitom); obveza čuvanja profesionalne tajne, pripravnički staž i stručni ispit pripravnika, uvjeti za polaganje stručnog ispita, obveza stručnog usavršavanja, napredovanje stručnih radnika, odobrenje za rad stručnih radnika (licencija), nadzor, organizacija rada i radno vrijeme u mreži javne socijalne službe.⁸⁶

Sve to prati ovlast nadležnog ministra da donese podzakonske (provedbene) pravilnike i druge akte, kao i osnivanje strukovnih komora.⁸⁷

7. ZBIRKE PODATAKA

Postupak čini i dio koji se odnosi na prikupljanje, obradu, pohranjivanje, posredovanje i korištenje podataka koje sadrže zbirke podataka. Pored ovoga Zakona u tim odnosima primjenjuju se propisi o zaštiti osobnih podataka. Zakon propisuje sljedeće elemente zbirki podataka: podatke o korisniku, razmjenu podataka, obradu podataka, čuvanje i način obrade podataka.⁸⁸

8. NADZOR

Sadržaj Glave XIV. Zakona (Nadzor) obuhvaća odredbe o: vrstama nadzora (unutarnji nadzor, inspekcijски nadzor, upravni nadzor i stručni nadzor). „Inspekcijски, stručni i upravni nadzor provodi socijalna inspekcija“. Posebno su propisani: predmet nadzora socijalne inspekcije, uvjeti za inspektora (kao državnih službenika s posebnim ovlastima i odgovornostima), lista stručnjaka i način provođenja stručnog nadzora, redoviti i izvanredni inspekcijски nadzor, uvjeti za nepostupanje po zahtjevu ili prigovoru građana, ovlasti inspektora, izuzimanje predmeta i dokumentacije, usmeno upozorenje, zapisnik, usmeno rješenje, rješenje inspektora, mjere inspektora, presumpcija pružanja usluga smještaja, obveza pokretanja postupka zbog osnovane sumnje na kazneno djelo, povreda službene dužnosti, službena iskaznica, očevidnik, izvješće inspekcije i stručni nadzor komore.⁸⁹

9. KAZNENE ODREDBE

U Glavi XV. (Kaznene odredbe) Zakon propisuje novčane kazne za prekršaje pravnih osoba i odgovornih osoba, fizičkih osoba, jedinice lokalne samouprave, odgovornih osoba u lokalnoj jedinici samouprave, ali i za korisnike socijalne skrbi, ako se ponašaju protupravno, odnosno krše odgovarajuće odredbe ovoga Zakona.⁹⁰

86 Isto: Glava XI.: čl. 261. do 271.

87 Isto: Glava XII.: čl. 272.

88 Isto: Glava XIII.: čl. 273.- 277.

89 Isto: Glava XIV.: čl. 278.- 301.

90 Isto: Glava XV.: čl. 302.- 308.

10. NEKA PITANJA POSTUPKA PROPISANOG U PRIJELAZNIM I ZAVRŠNIM ODREDBAMA

Zakonom se ne prekida korištenje prava na temelju rješenja centra za socijalnu skrb (za određeni oblik socijalne prestacije) po starom Zakonu o socijalnoj skrbi.

„Danom stupanja na snagu ovog Zakona tijela prvog stupnja obvezna su dijete mlađe od sedam godina upućivati na smještaj u udomiteljsku obitelj, sukladno odredbi članka 107. ovoga Zakona“ (usluga smještaja).⁹¹

Najkasnije u roku od 6 mjeseci izvršit će se svojevrsna revizija rješenja i prava (do stupanja Zakona na snagu) kako bi se utvrdilo imaju li i dalje to pravo po ovom Zakonu.⁹² U pitanju je svojevrsni revizijski postupak, koji će imati za posljedicu i gubitak pojedinih prava.

Imajući u vidu da se očekuje donošenje „posebnog zakona iz područja zapošljavanja osoba s invaliditetom“, zadržana su prava korisnika naknade do zaposlenja, pa će ta prava nastaviti koristiti i dalje. Zahtjeve za ostvarivanje tih prava koji nisu riješeni „rješavat će nadležni centar za socijalnu skrb prema propisima koji su bili na snazi do dana stupanja na snagu ovoga Zakona ...“. Novi zahtjevi za ostvarivanje prava na naknadu do zaposlenja „nakon stupanja na snagu ovoga Zakona podnose se neposredno Fondu za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom“. U roku od šest mjeseci izvršit će se „primopredaja“ između centara za socijalnu skrb i Fonda za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom „pripadnih predmeta i dokumentacije korisnika prava na naknadu za zaposlenje“, što će navedeni subjekti utvrditi sporazumno (nakon stupanja na snagu ovoga Zakona).⁹³

„Postupci započeti prije stupanja na snagu ovoga Zakona dovršit će se po odredbama starog Zakona o socijalnoj skrbi“.⁹⁴

U roku od 6 mjeseci ministarstvo će osnovati Zavode i imenovati privremene ravnatelje, a postojeći Centri za socijalnu skrb do tada nastavljaju s radom.⁹⁵

Upisom u registar Zavod preuzima „prava i obveze postojećih Centara za socijalnu skrb, koji postaju podružnice Zavoda, a “ Zavod preuzima njihove poslove, prava i obveze radnika, novčana sredstva, opremu, arhivu, dokumentaciju i sredstva za rad podružnica“.

Predstoji zahtjevan postupak usklađivanja statusa i autonomne regulative subjekata koji rade po starom Zakonu o socijalnoj skrbi.

91 Isto: čl. 309. st. 2.

92 Naime, novi Zakon utvrđuje novčane naknade, usluge i oblike socijalne skrbi (u odredbama čl. 309. do 311.) pa ako se neka prava koriste po starom Zakonu o socijalnoj skrbi „mjesno nadležno tijelo prvog stupnja“ utvrdit će „ispunjava li korisnik uvjete za neko od prava utvrđenim ovim Zakonom ...“ (čl. 310.).

93 Isto: čl. 311.

94 Isto: čl. 312.

95 Isto: čl. 313. i 314.: Upravna vijeća dužna su u istom roku donijeti Statut i provesti izbor ravnatelja i predstojnika podružnica Zavoda, odnosno voditelja ureda, sve s upisom Zavoda u sudski registar.

Posebno je propisan postupak o statusu ravnatelja centara i drugih zatečenih subjekata, te stručnih radnika do osnivanja komora. Zatim slijedi konstituiranje Savjeta za socijalnu skrb u županiji i donošenje socijalnog plana za "područje svoje županije" (rok je 6, odnosno 8 mjeseci od stupanja na snagu ovoga Zakona).⁹⁶

Zakon je ostavio rok od 12 mjeseci od dana njegovog stupanja na snagu u kojem nadležni ministar mora donijeti propise za čije je donošenje ovlašten ovim Zakonom. Do tada će se primjenjivati postojeći provedbeni propisi, ako nisu u suprotnosti s novim Zakonom.⁹⁷ Radi se o 16 podzakonskih (provedbenih) propisa sa zahtjevnim sadržajem i heterogenim odnosima.⁹⁸ To se odnosi i na obvezu

96 Određeni su rokovi završetka edukacije za ravnatelja "najkasnije do 31. prosinca 2014." (vidi čl. 319.- 321. Zakona).

97 Zakon, cit., čl. 323. i 324.

98 Do stupanja na snagu provedbenih propisa iz članka 323. Zakona ostaju na snazi, ako nisu u suprotnosti s ovim Zakonom:

1. Pravilnik o uvjetima glede prostora, opreme i potrebnih stručnih i drugih radnika centra za socijalnu skrb i podružnice (NN br. 120/02, 74/04 i 125/07),
2. Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencije i dokumentacije te načinu i rokovima dostave izvješća centra za socijalnu skrb (NN br. 79/08),
3. Pravilnik o sudjelovanju i načinu plaćanja korisnika i drugih obveznika uzdržavanja u troškovima smještaja izvan vlastite obitelji (NN br. 112/98 i 5/02),
4. Pravilnik o sastavu i načinu rada tijela vještačenja u postupku ostvarivanja prava iz socijalne skrbi i drugih prava po posebnim propisima (NN br. 64/02 i 105/07),
5. Pravilnik o odobravanju pomoći za uzdržavanje u obliku zajma, mjerila i obilježja stana potrebnog za zadovoljavanje osnovnih stambenih potreba samca ili obitelji i o odobravanju pomoći iz socijalne skrbi (NN br. 29/98, 117/00 i 81/04),
6. Pravilnik o vrsti i djelatnosti doma socijalne skrbi, načinu pružanja skrbi izvan vlastite obitelji, uvjetima prostora, opreme i radnika doma socijalne skrbi, terapijske zajednice, vjerske zajednice, udruge i drugih pravnih osoba te centra za pomoć i njegu u kući (NN br. 64/09),
7. Pravilnik o vođenju evidencije i dokumentacije domova socijalne skrbi te načinu i rokovima za dostavu izvješća o korisnicima, vrstama usluga i drugim pitanjima (NN br. 47/02),
8. Pravilnik o sadržaju upisnika ustanova socijalne skrbi (NN br. 52/10),
9. Pravilnik o načinu pružanja usluga obiteljskog doma te uvjetima prostora, opreme, stručnih i drugih radnika (NN br. 52/10),
10. Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencije fizičkih osoba koje samostalno obavljaju djelatnost socijalne skrbi kao profesionalnu djelatnost (NN br. 52/10),
11. Pravilnik o vještbeničkom stažu stručnih radnika u ustanovama socijalne skrbi (NN br. 29/98, 30/99 i 38/04),
12. Pravilnik o postupku i kriterijima ocjenjivanja rada i unaprjeđenja stručnih radnika ustanova socijalne skrbi (NN br. 38/04),
13. Pravilnik o vođenju evidencije i dokumentacije centara za pomoć i njegu, te načinu i rokovima za dostavu izvješća o korisnicima, vrstama usluga i drugim pitanjima (NN br. 26/98),
14. Pravilnik o vođenju evidencije o fizičkim osobama kojima je priznato pravo na status roditelja njegovatelja (NN br. 111/07),
15. Pravilnik o načinu i sadržaju provođenja stručnog nadzora u djelatnosti socijalne skrbi (NN br. 79/08)
16. Pravilnik o sadržaju i obliku iskaznice stručnih radnika centara za socijalnu skrb i iskaznica inspektora u Ministarstvu zdravstva i socijalne skrbi (NN br. 73/05).

dva (nadležna) Ministarstva (ministarstva nadležnog za poslove socijalne skrbi i ministarstva nadležnog za obrazovanje) da „sporazumno urede obavljanje djelatnosti obrazovanja u domovima socijalne skrbi ...“, u roku od 9 mjeseci od stupanja na snagu Zakona.⁹⁹ Posebnu ovlast ima ministar nadležan za obitelj i međugeneracijsku solidarnost.¹⁰⁰

Vlada Republike Hrvatske ovlaštena je u roku od 3 godine Hrvatskom saboru podnijeti prijedlog zakona kojim će urediti pitanja inkluzivnog dodatka.¹⁰¹ Plan aktivnosti i pripreme za provođenje toga Zakona „uredit će se strategijom razvoja sustava socijalne skrbi u Republici Hrvatskoj i socijalnih planova za područje jedinice područne (regionalne) samouprave i jedinica lokalne samouprave“.¹⁰²

11. ZAKLJUČAK

Postupak ostvarivanja prava (petnaest prava i oblika pomoći) u sadašnjem sustavu socijalne skrbi kompleksan je i zahtjevan. Veći broj prava ne znači i potpuniju pokrivenost pravima socijalnih stanja, odnosno socijalnih slučajeva u socijalnoj skrbi. To se odnosi i na brojne subjekte koji ostvaruju ta prava i oblike pomoći, kada subjekt – korisnik ispuni uvjete za njih, a nalazi se u stanju socijalne potrebe koju ne može ostvariti bez pomoći tih subjekata, pa su oni dužni priznati mu i dati određeno pravo dok ne uspije prevladati to stanje. Zato se govori o povremenim, privremenim i trajnim socijalnim davanjima i činjenjima u naravi (novcu, stvarima) i u pravima koja su unaprijed utvrđena.¹⁰³ Pristup pravima zahtjevan je i određen brojnim čimbenicima.

Polazište bi trebali biti osobni resursi potencijalnih korisnika prava u socijalnoj skrbi, a u potporama i drugim pravima sve je naglašenije aktivno uključivanje korisnika u rješavanje „svojih potreba“. Usluge se ostvaruju putem institucijskih i izvaninstitucijskih oblika skrbi (ovi drugi dobivaju sve veću ulogu). Naglašava se individualizacija, tj. izbor usluga prilagođen korisniku. Sustav se decentralizira, a ovlasti prenose na jedinice područne (regionalne) samouprave i lokalne samouprave. Ovdje je riječ o izrazitim specifičnostima različitih kategorija korisnika i proširenog kruga pružatelja usluga (domova za različite kategorije korisnika, centara za pomoć i njegu u kući, udomiteljskih obitelji, obiteljskih domova, organiziranog stanovanja, vjerskih zajednica i udruga, drugih pravnih i fizičkih osoba). Teret s države prelazi na druge subjekte.

⁹⁹ Isto: čl. 322.

¹⁰⁰ Isto: čl. 325. Do tada će se primjenjivati Pravilnik o sadržaju upisnika ustanova socijalne skrbi za obiteljske centre, NN br. 93/06; Pravilnik o uvjetima glede prostora, opreme i potrebnih stručnih i drugih radnika obiteljskog centra i podružnica, NN br. 93/06.

¹⁰¹ Zakon, čl. 326., u vezi s čl. 92. („Inkluzivni dodatak je novčana potpora namijenjena osobama s invaliditetom radi stvaranja uvjeta za izjednačavanje mogućnosti za njihovo uključivanje u svakodnevni život.“)

¹⁰² Isto: čl. 8.

¹⁰³ UČUR, Marinko Đ., *Socijalno pravo*, op. cit.

Novi sustav treba biti nov, racionalan i djelotvoran te mora uvažavati posebnosti pojedinih područja „zbog običaja i načina življenja, te potreba i interesa korisnika“.

Predlagatelj i zakonodavac tvrde da će to biti „u potpunosti usklađeno s kriterijima i standardima važećim u zemljama Europske unije“. To je paušalna ocjena. Treba organizirati i reorganizirati 72 državna doma, s ukupno 9.749 korisnika i 156 domova drugih osnivača (pravnih i fizičkih osoba) s ukupno 17.112 korisnika. Među njima je 46 domova za starije i nemoćne osobe, s ukupno 10.502 korisnika, za koje su osnivačka prava prenesena na jedinice područne (regionalne) samouprave.¹⁰⁴

Usluge koje se pružaju različite su: smještaj, boravak, pomoć i njega u kući, odgoj i obrazovanje, osposobljavanje, radne aktivnosti, psihosocijalna rehabilitacija i dr.

Teret trebaju preuzeti i nevladine organizacije i humanitarne udruge. U reformi unutar sustava preispituju se strateški pristupi u području socijalne skrbi i postojeći socijalni programi. Kriza nas i u ovim odnosima neće zaobići pa će doći i do osporavanja socijalnih prava. Cijena ne smije biti zanemarivanje minimalnog životnog standarda najugroženijeg dijela stanovništva i primjereno zadovoljavanje osobnih i obiteljskih potreba socijalno osjetljivih skupina (u skladu s direktivama EU-a u području socijalnog uključivanja).

Stari Zakon propisivao je petnaest prava i oblika pomoći. Novim Zakonom vrši se njihovo objedinjavanje u sedam prava i pomoći. Novčane naknade odvojene su od socijalnih usluga. Navedeno se neće moći realizirati bez planiranja, ulaganja svih raspoloživih potencijala, razvoja i upravljanja sustavom socijalne skrbi „u cilju pružanja što djelotvornije i kvalitetnije socijalne skrbi“.

Ulazi se u razdoblje reforme sustava novčanih naknada, sustava socijalnih usluga i njihovog financiranja te reforme sustava javne socijalne službe. Nužno je poštivati strateške dokumente o socijalnim naknadama u Europi, socijalnoj koheziji, dokumente o zaštiti djeteta, osoba s invaliditetom i drugih osoba te Europsku socijalnu povelju.

Riječ je o još jednoj reformi sustava socijalne skrbi, u kojoj se naglašava planiranje kapaciteta nove mreže domova socijalne skrbi, pravnih i fizičkih osoba koje obavljaju djelatnost socijalne skrbi u skladu s potrebama korisnika na načelima regionalizacije i daljnje decentralizacije sustava. Ministarstvo, temeljem javnog nadmetanja, daje koncesiju za obavljanje usluga socijalne skrbi, a kasnije sklapa i poseban ugovor. To zahtijeva preciznije snimanje zdravstvenog stanja i socijalne strukture stanovništva, uvjeta i mogućnosti za korištenje socijalnih usluga, potrebnog broja pojedinih vrsta usluga, gospodarskih, kulturnih i drugih mogućnosti područja, a osniva se i Nacionalno socijalno vijeće.

Uvodi se nova osnovica za novčane naknade, ali se ne pojednostavljuje postupak i brzina postupanja bez obzira na objedinjavanje prava i željenu (projektiranu)

¹⁰⁴ Prijedlog zakona, op. cit., str. 4.

smanjenu administracije. Zakon navodi osam novčanih naknada (kojima su objedinjene postojeće): pravo na pomoć za održavanje i drugu materijalnu pomoć, pravo na osobnu invalidninu, pravo na status roditelja njegovatelja, te inkluzivni dodatak (što bi objedinilo sve druge potpore osobama s invaliditetom). Pri Fondu za profesionalnu orijentaciju i zapošljavanje osoba s invaliditetom bilo bi ustanovljeno jedinstveno tijelo vještačenja za sve sustave. Ostvarivanje određenih prava prenosi se na Hrvatski zavod za zapošljavanje (npr. pravo na naknadu do zaposlenja).

Uvodi se devet osnovnih socijalnih usluga uz prioritarno priznavanje izvaninstitucijskih usluga na temelju uputnice kojoj, ipak, treba priložiti individualni plan korisnika koji sudjeluje u njegovoj izradbi i izboru pružatelja usluga.

Novi je i način plaćanja usluga u mreži i izvan mreže djelatnosti socijalne skrbi. Uvodi se licenciranje kao postupak utvrđivanja ispunjavanja propisanih uvjeta i minimalnih standarda kvalitete za pružanje pojedinih vrsta usluga socijalne skrbi. Novina je i akreditacijski postupak procjenjivanja kvalitete rada subjekata socijalne skrbi.

Propisani su posebni uvjeti za stručne radnike i ravnatelje kao i za fizičku osobu za samostalno obavljanje poslova u određenim oblicima socijalne skrbi. Posebno je propisano mjesto i poslovi socijalne inspekcije.

Postupak je zahtjevan. Brojni su propisi koji uređuju subjekte i pravne odnose u socijalnoj skrbi. To zajedno čini ostvarivanje pojedinih prava u socijalnoj skrbi težim u svakom pogledu.

Zakon o općem upravnom postupku je propis s preciznim odredbama o subjektima, radnjama i rokovima. Navedeno dolazi do većeg izražaja u posebnom postupku u socijalnoj skrbi.

Propisi su heterogeni (strategija, zakon, pravilnik, statut, sporazumi i dr.), a njihov broj (sam po sebi) nije jamstvo potpunije socijalne skrbi.

Zaključno, kao odgovor na postavljeno pitanje iz hipoteze ovoga rada, autori smatraju da novi „projektirani“ sustav socijalne skrbi nije najrealnije postavljen u ovom trenutku. Pogotovo, kako je utvrđeno i u samome radu, što su ostale mnogobrojne nedorečenosti, u pitanjima koja su najbitnija, poput pružanja usluga u okviru institucionalnih ili izvaninstitucionalnih oblika skrbi, a da se sudbina domova dovodi u veliko pitanje. Navedeni postupak, poglavito imajući u obzir činjenicu da se vodi prema Zakonu o općem upravnom postupku koji zahtijeva preciznost, ipak ne ispunjava najosnovnije zahtjeve koje nameću načela upravnog postupka, poput načela efikasnosti, ekonomičnosti, a prije svega načela zaštite prava građana. Konačno valja istaknuti da je sukladno Ustavu kao aktu najviše pravne snage Republika Hrvatska socijalna država i dok god je kao takva definirana, takvom treba i ostati.

Summary

THE EXCESSIVE LEGISLATIVE REGULATION OF RELATIONSHIPS AND THE PROCEDURE IN SOCIAL CARE – OBSTACLES PREVENTING THE FULFILMENT OF RIGHTS

The new Social Care Act was enacted and entered into force in May, 2011 (Official Gazette no. 57/2011 from May 25th, 2011). The Government by this Act continues to provide protection in social care relations, in particular to these who are weak, helpless, abandoned and unemployed. According to the legislative provisions, the protection is also given to people with disabilities and plans are made for their integration in social life. Moreover, separate provisions regulate protection of children without parents and children without parental care. Up to now the social care system was realised in accordance with the Social Care Act (Official Gazette no. 73/1997, 27/2001, 59/2001, 82/2001, 103/2003, 44/2006 and 79/2009) which came into force on January 1st, 1998, as well as with sixteen additional regulations for implementation of that Act. The number of legislative acts is higher in case indirect legislative regulations are also included.

The authors emphasize the need to perform comprehensive analysis of the new Social Care Act. From nomotechnical point of view they raise issue regarding the excessive regulations of relationships in social care and in proceedings for fulfilment of rights, which is considered to be a direct obstacle for these who could be entitled to social care rights to fulfil such legally regulated rights. While discussing this issue, the authors acknowledge the significance of other issues and relations in social case being a highly complex area.

Key words: social care, regulating, procedure, obstacles, subjects and rights.

Zusammenfassung

ÜBERMÄßIGE REGELUNG DER VERHÄLTNISSE UND DAS SOZIALFÜRSORGEVERFAHREN – HINDERNISSE IN DER GELTENDMACHUNG DER RECHTE

Im Mai 2011 trat das neue Gesetz über Sozialfürsorge (Amtsblatt der Republik Kroatien "N.N." Nr. 57/11 vom 25.05.2011) in Kraft. Es wird weiterhin Sonderschutz in Verhältnissen der Sozialfürsorge gewährt, besonders gegenüber den Schwachen, Hilflosen, Unversorgten und Arbeitslosen. Viel Wert wird auf den Schutz der Personen mit Behinderung gelegt sowie auf ihre Einschließung in das gesellschaftliche Leben, und auf elternlose und unversorgte Kinder. Das bisherige System der Sozialfürsorge beruhte auf der Bestimmung des Gesetzes über Sozialhilfe (Amtsblatt der Republik Kroatien "N.N." Nr. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01,

103/03, 44/06 i 79/09), das vom 01. Januar 1998 Anwendung findet wie auch auf 16 begleitenden Dienstvorschriften, die als Durchführungsvorschriften dieses Gesetzes verabschiedet wurden. Ist die Rede von indirekten Vorschriften, so steigt diese Zahl an.

Die Autoren heben die Notwendigkeit einer umfassenderen Analyse des neuen Gesetzes über Sozialfürsorge hervor. In dieser Arbeit wird auf die nomotechnische Frage der übermäßigen Regelung der Verhältnisse in der Sozialfürsorge und im Verfahren für die Geltendmachung der Rechte aufmerksam gemacht. Dies stellt ein unmittelbares Hindernis bei der Geltendmachung der vorgeschriebenen Rechte der möglichen Träger von Rechten der Sozialfürsorge dar. Dabei möchte man die Bedeutung anderer Fragen und Verhältnisse in diesem komplexen Sachgebiet nicht vermindern.

Schlüsselwörter: Sozialfürsorge, Regelung, Verfahren, Hindernisse, Subjekte und Rechte.

Riassunto

L'ECESSIVA REGOLAMENTAZIONE DEL RAPPORTO E DEL PROCEDIMENTO NELL'ASSISTENZA SOCIALE – IMPEDIMENTI NELLA REALIZZAZIONE DEI DIRITTI

Nel maggio del 2011 è stata emanata ed è entrata in vigore la nuova legge sull'assistenza sociale (NN n. 57/11 del 25.05.2011). Si continua a riconoscere particolare tutela nei rapporti di assistenza sociale, in ispecie nei confronti dei più deboli, degli abbandonati e dei disoccupati; come pure si tutelano le persone diversamente abili al fine di integrarle nella vita sociale, i bambini in capo ai quali non v'è potestà parentale e quelli di cui i genitori non si occupano. Il precedente sistema di assistenza sociale si basava sulle disposizioni della legge sull'assistenza sociale (NN nn. 73/97, 27/01, 59/01, 82/01, 103/03, 44/06 e 79/09), la quale vigeva dal 1 gennaio 1998 e dei 16 regolamenti annessi a tale legge. Se si considerano, poi, le leggi che indirettamente regolano la materia, il numero cresce ulteriormente.

Gli autori evidenziano la necessità di un'analisi più approfondita della nuova legge sull'assistenza sociale. Nel presente contributo si rileva la questione nomotecnica dell'eccessiva regolamentazione del rapporto nell'assistenza sociale e nel procedimento volto alla realizzazione di tali diritti; ciò costituisce un diretto impedimento alla realizzazione dei diritti previsti in capo ai potenziali titolari dei diritti di assistenza sociale, senza, tuttavia, tralasciare anche le altre questioni che sorgono in detto ambito giuridico.

Parole chiave: assistenza sociale, regolamentazione, procedimento, impedimenti, soggetti e diritti.

PROBLEMI IMPLEMENTACIJE DIREKTIVE O USLUGAMA U PRAVO RH – ODUSTAJANJE OD SOCIJALNOG MODELA NA NACIONALNOM NIVOU?*

Dr. sc. Hana Horak, izvanredna profesorica
Dr. sc. Kosjenka Dumančić, viša asistentica
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za pravo

UDK: 339.924(4-67EU:497.5)
Ur.: 18. ožujka 2011.
Pr.: 16. studenoga 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Obveza Republike Hrvatske za usklađivanjem s pravnom stečevinom Europske unije ispunjava se u planiranim vremenskim okvirima, međutim istovremeno nacionalni zakonodavni okvir u stalnim je iskušenjima. Ona se očituju ne kroz obvezu za implementacijom, već kroz način implementacije u konkretno nacionalno zakonodavstvo kako bi se implementirana rješenja najbolje prilagodila postojećem zakonskom okviru i europskim zahtjevima. Posljednji primjer implementacije jest Direktiva o uslugama koja bi se temeljem Prijedloga Zakona o uslugama trebala implementirati u Republici Hrvatskoj putem „krov-nog“ zakona kojim se reguliraju sve usluge na horizontalnom nivou. Autorice u radu analiziraju različite načine harmonizacije i implementacije europskog zakonodavstva u nacionalna zakonodavstva država članica referirajući na probleme koji se javljaju u neharmoniziranim područjima zakonodavstva te u područjima čiju regulatornu autonomiju zadržavaju države članice. Analizom Direktive o uslugama autorice zaključuju kako kodifikacija sudske prakse u tekst Direktive i njezina implementacija u nacionalna zakonodavstva zapravo ukida kazuistički karakter principa razvijenih kroz sudsku praksu i približava ih kako pružateljima usluga tako i vlastima država članica ističući kako ovi principi više neće biti ex post lijekovi za pružatelje usluga već će postati obveze ex ante za nacionalne vlasti.

Ključne riječi: *Direktiva o uslugama, slobodno pružanje usluga, harmonizacija, integracija tržišta.*

* Rad je nastao kao dio istraživanja provedenog na Université Pantheon Assas – Paris II, Centre d'études européennes.

UVOD

Obveza Republike Hrvatske za usklađivanjem s pravnom stečevinom Europske unije ispunjava se u planiranim vremenskim okvirima, međutim istodobno nacionalni zakonodavni okvir u stalnim je iskušenjima. Iskušenja se očituju ne kroz obvezu za implementacijom, već način implementacije u konkretno nacionalno zakonodavstvo kako bi se implementirana rješenja najbolje prilagodila postojećem zakonskom okviru i europskim zahtjevima. Implementacija se najčešće provodi prevođenjem europskih akata bez kasnije harmonizacije preostalog zakonodavstva tako da se u praksi suočavamo s problemom neusklađenih tekstova zakona i na vertikalnom i na horizontalnom nivou. U Europskoj uniji regulacija usluga prolazi dugotrajan put prije konačne harmonizacije nacionalnih zakonodavstava na europskom nivou.¹ Harmonizacija je započela kroz praksu Europskog suda, a tek je kasnije uslijedila kodifikacija kao što je slučaj s implementacijom Direktive 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu² (dalje: Direktiva o uslugama).

Usluge obuhvaćaju široko područje gospodarstva, te s obzirom na to da se zbog svojih osobitosti odnose ne samo na razmatranje same usluge, već i pružatelja, odnosno primatelja usluga, njihova regulacija obuhvaća različita područja zakonodavstva.

Obvezu harmonizacije u području usluga s europskim zakonodavstvom Hrvatska je provela donošenjem jedinstvenog, tzv. „krovnog“ Zakona o uslugama.³ Zakonom se propisuju opća načela te će s njime biti potrebno uskladiti druge propise.⁴

- 1 O harmonizaciji više vidi u De Burca, G., Craig, P.: *EU Law, text, cases and materials*, 4th. ed., Oxford university press, 2008.; Čapeta, T., Rodin, S.: *Osnove prava Europske unije*, 2. izd., Narodne novine, Zagreb, 2011; Bodiroga Vukobrat, N., Horak, H.: *Freedom to provide services in European and Croatian Law*, u zbirci radova sa 6. Međunarodne konferencije “Economic integrations, competition and cooperation”, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007; Goldner Lang, I.: *Justifying national barriers to the provision of services: before and after the Services Directive*, Internal Market for Services, Knez, R. (ur.), Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, zbornik radova s International Jean Monnet Conference, Maribor, 2009, str. 61; Robertson, V.: *The free movement of Services under Directive 2006/123/EC and in selected case law of the ECJ: A shift towards new principles?* U zborniku radova s Jean Monnet konferencije „Internal market for services“, Rajko Knez (ur.) Pravni fakultet Sveučilišta u Mariboru, 2009, str. 29.
- 2 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, OJ L 376/36 od 27.12.2006.
- 3 Zakon o uslugama, NN, 80/11.
- 4 Usklađivanje preostalih propisa predviđeno je nakon završetka internog screeninga nacionalnog zakonodavstva 1. srpnja 2011. godine sukladno Implementacijskom planu za Direktivu 2006/123/EZ o uslugama na unutarnjem tržištu. Odredbom čl. 3. Zakona o uslugama uređuje se primjena Zakona o uslugama i posebnih propisa te se u čl. 3., st. 1. navodi kako se posebni propisi koji propisuju uvjete ostvarenja prava na poslovni nastan ili slobodu pružanja usluga na teritoriju Republike Hrvatske usklađuju s odredbama ovoga Zakona. U odredbi čl. 3., st. 3. uređuje se slučaj kad su odredbe Zakona o uslugama u suprotnosti s odredbama posebnog propisa, koji uređuje uvjete za poslovni nastan ili slobodno pružanje usluga u specifičnim sektorima ili za specifične struke, primjenjivat će se odredbe posebnog propisa, uključujući propise o radu izaslanih radnika, propise o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti, propise o izvođenju djelatnosti televizijskog emitiranja i propise o reguliranim profesijama.

Donošenjem ovakvoga „krovnog“ zakona Hrvatska slijedi praksu većine europskih država članica, koje su, sve redom osim Njemačke i Francuske, implementirale Direktivu o uslugama usvajanjem jednoga zakona te kasnijim usklađivanjem preostalih propisa vezanih uz ovo područje. Nakon donošenja Zakona o uslugama predviđeno je usklađivanje i ostalih propisa koji se odnose na usluge. Ovakvom implementacijom Direktive o uslugama u nacionalno zakonodavstvo ispunjava se zahtjev za harmonizacijom, te bi se ujedno trebao održati postojeći socijalni model na nacionalnom nivou.

U članku autorice analiziraju doseg slobode pružanja usluga u europskom pravu, te implementaciju Direktive o uslugama u hrvatsko zakonodavstvo. Analizom postignuća u ovom području u državama članicama i usporedbom Zakona o uslugama s Direktivom o uslugama i načinima njezine implementacije u drugim državama članicama autorice će dati odgovore o pozitivnim i negativnim učincima implementacije putem „krovnog zakona“.

1. UČINCI INTEGRACIJE TRŽIŠTA

Jedna od brojnih posljedica integracije tržišta je ukidanje zakonskih prepreka za ostvarivanje tržišnih sloboda. Idealnu integraciju tržišta trebala bi pratiti idealna integracija zakonodavnog okvira. Kako ona nije ostvariva, radi olakšavanja djelovanja na tržištu u okviru zakonskih ograničenja, integracija općenito ima za posljedicu otežavanje državnim tijelima provedbe propisa u područjima gdje samo *lassaiz faire* tržišno natjecanje nije dostatno za ostvarivanje efikasnosti.⁵ Prilikom stvaranja zakonodavnog okvira potrebno je voditi računa o postojanju tenzije između stvaranja jedinstvenog tržišta i zaštite socijalnih vrijednosti na europskom i nacionalnom nivou.⁶ Jedan od primjera otežavanja provedbe propisa predstavlja i problem nejednakog informiranja koji sprečava tržište od pružanja visoko kvalitetnih usluga. Isto kao i socijalna politika, regulacija kojoj je cilj rješavanje ovakvih problema mora biti popraćena integracijom zakonodavnog okvira.⁷

Upravo se ovi problemi javljaju prilikom harmonizacije nacionalnog zakonodavstva sa zakonodavstvom Unije i implementacijom pravnih pravila u nacionalna zakonodavstva. Tako se, unatoč pravnoj usklađenosti zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije i ustrojenim zakonodavnim okvirom, u Hrvatskoj prepoznaje problem nedovoljne efikasnosti. Prevođenjem zakona i njihovom implementacijom u postojeći zakonodavni okvir, na tržištu na kojem nije optimizirana dobrobit potrošača, nije moguće postići optimalne tržišne rezultate i

5 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility: Freedoms and Regulation in the EU*, London School of Economics and political science, paper No 09/2009, September 2009, str. 4.

6 Lindstrom, N.: *Service Liberalization in the Enlarged EU: A race to the bottom or the Emergence of Transnational Political Conflict?*, Journal of Common Market Studies, Vol. 48, Number 5, 2010, str. 1308.

7 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 4.

ostvariti ciljeve dobrobiti potrošača.⁸ Ovo je u skladu s tvrdnjom kako rast i jačanje tržišta povećava blagostanje samo ukoliko tržište dobro funkcionira, ali u obrnutoj situaciji može i umanjiti blagostanje kada tržišni rezultati nisu optimalni.⁹

Pravila o promicanju tržišnih sloboda osobito su značajni za države članice. Primarno zakonodavstvo izravno se primjenjuje u državama članicama. Temeljem primarnog prava nacionalni sudovi dužni su štititi zajamčene slobode (izravan učinak), te u skladu s njima moraju interpretirati nacionalno pravo (posredan učinak).¹⁰

Integracija tržišta usluga obuhvaća niz kompleksnih situacija utemeljenih na različitim karakteristikama i stupnjevima integriranosti tržišta država članica u kojima se primjenjuje. Harmonizacija pravila vezanih uz pružanje usluga može na određenim tržištima dovesti do još većih razlika između „starih“ i „novih“ država članica.¹¹ Primjerice u državama članicama i prije integracije postoje razlike u primanjima stanovništva bez obzira na to radi li se o relativno „bogatim“ ili „siromašnijim“ državama članicama.¹² U slučaju slobode pružanja usluga, omogućavanje pristupa na tržište strancima ne smije imati za cilj smanjenje prihoda dijela relativno siromašnog stanovništva u bogatim državama članicama s obzirom na to da politike koje ograničavaju natjecanje nisu nužno motivirane preraspodjelom u korist relativno siromašnih domaćih stanovnika. Kao primjer često se navodi slučaj njemačkih građevinskih radnika s ionako niskim prihodima u odnosu prema radnicima koje financiraju bogati konkurenti koji dolaze iz siromašnijih država.¹³ Upravo ovaj problem razlikovanja između „starih“ država Zapadne Europe i „novih“ država Istočne Europe predstavlja stalno političko ekonomsko pitanje u EU.¹⁴ Kako se ovaj problem javlja s proširenjem to potencijalno predstavlja opasnost i za Republiku Hrvatsku budući da se otvaranjem tržišta usluga otvara i mogućnost za jeftinijom konkurencijom u određenim sektorima. Prilikom proširenja potrebno je voditi računa o svim ekonomskim i drugim čimbenicima uzimajući u obzir sve kategorije domaćeg, ali i stranog stanovništva.

Deregulacija i integracija mogu izazvati otpor motiviran zaštitom prihoda bogatih proizvođača, ali i kvalitetom dostupnih usluga, budući da jedno i drugo

8 Vidi u Bodiroga Vukobrat, N.; Horak, H.: *A more liberal and economic, and a less social approach: The impact of Recent ECJ rulings*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 4, 2008, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 50.

9 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 4.

10 Čapeta, T., Rodin, S.: *Osnove prava EU*, op.cit., str. 60.

11 Vidi istraživanje Europske komisije N° 24 May 2006: *Enlargement, two years after: an economic evaluation by the Bureau of European Policy Advisers and the Directorate-General for Economic and Financial Affairs* dostupno na http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/publication7548_en.pdf na dan 14.2. 2011., str. 109 do 110.

12 Döring, T., Aigner, B.: *Restriction of Cross Border Services between Austria and Slovenia - An economic assesment of the Existing Market Regulations*, u zborniku „Internal Market for Services“, Knez, R. (ur.), Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, zbornik radova s International Jean Monnet Conference, Maribor, 2009, str. 121.

13 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 12.

14 Lindstrom, N.: *Constructing Services in the Enlarged European Union...*, op. cit., str. 1.

može biti „žrtva“ stranoga pristupa na domaće tržište.¹⁵ Liberalizacija tržišta roba može se usporediti s tržištem usluga, ali samo kada se radi o uslugama za koje se ne zahtijevaju posebne vještine ili prethodno obrazovanje. Kao što liberalizacija u trgovini robom osigurava visoke prihode pojedincima u bogatim državama koji kupuju robu proizvedenu u manje razvijenim državama s jeftinijom radnom snagom, strani pristup tržištu usluga koje ne zahtijevaju posebne vještine (npr. održavanje domaćinstva i ostale usluge koje ne zahtijevaju posebnu razinu obrazovanja ili usavršavanja) može se razvijati u smislu pružanja usluga za relativno bogate stanovnike bogatijih država.¹⁶ Međutim, u slučaju usluga za koje se zahtijevaju posebne vještine, za razliku od međunarodnog trgovanja robom, razvoj ide paralelno sa suprotstavljanjem liberalizaciji unutarnjeg tržišta i odražava zabrinutost za efikasnost kao i motive raspodjele.¹⁷ Ovu tezu potvrđuje i činjenica o ekonomskim pokazateljima koji upućuju na značajan utjecaj na zapošljavanje i bruto domaći proizvod u odnosu na utjecaj na unutarnju ekonomiju i načelo „države podrijetla“, te u odnosu na projekciju rezultata kroz 10 godina, razvidno je da će od Direktive o uslugama najveću korist imati upravo velike države članice.¹⁸

Potrebno je uzeti u obzir prilikom ocjenjivanja Europskog socijalnog modela postojanje razlika ne samo između 15 ondašnjih europskih država i SAD-a, već i razlikovanje između sadašnjih 27 država članica međusobno. Različite države i njihovi unutarnji odnosi različito su ustrojeni. Čak i kada se analiziraju samo „stare“ države članice i stave na jednu stranu države članice sa slabijim ekonomijama, koje si ne mogu dopustiti istu razinu socijalne zaštite, razlike su i dalje tako velike da će biti izuzetno teško postići suglasnost o Europskom socijalnom modelu bilo harmonizacijom bilo određivanjem minimalnih standarda.¹⁹ Upravo su proširenja Europske unije, posebice 2004. i 2008. godine, potencijalno smatrana opasnošću za Europski socijalni model. Razlozi za ovakva razmišljanja proizlaze iz analiza koje ukazuju da u državama koje su pristupile Europskoj uniji zbog nižih plaća i veće nezaposlenosti postoji potencijalna vjerojatnost za kretanje zapadnih trgovačkih društava prema Istoku Europe i istodobno kretanje ranika s Istoka Europe prema Zapadu. Osim toga stupanj razine regulacije i socijalne zaštite smatra se niži u novim državama članicama nego u starima. Kao treće, europske države članice smatraju se „entuzijastičnijim“ promicateljima liberalizacije slobodnog tržišta i jačim kritičarima supranacionalne regulacije.²⁰

15 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 12.

16 Lindstrom, N.: *Constructing Services in the Enlarged European Union...*, op. cit., str. 1.

17 Paterson, Fink Ogus et al. (2003) Review of professional service regulation and its economic impact in EU member countries, u: Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 12.

18 Klammert, M.: *The Services Directive, the EC Treaty and the Court: codification or arrogation?*, Internal Market for Services, Knez, R. (ur.), Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, zbornik radova s International Jean Monnet Conference, Maribor, 2009, str. 45.

19 Scharpf, F.: *The only solution is to refuse to comply with ECJ rulings*, intervju, dostupno na: <http://www.social-europe.eu/2009/04/interview-the-only-solution-is-to-refuse-to-comply-with-ecj-rulings/?pfbstyle=wp> na dan 18.1.2011.

20 Lindstrom, N.: *Constructing services...*, op. cit., str. 7.

Različita brzina tržišne integracije u područjima međunarodne aktivnosti uvjerljivo odražava ne samo politički i kulturološki utjecaj na pokretljivost ljudi, već i na veću potrebu za regulacijom problematičnih i važnih tržišta.²¹

2. HARMONIZACIJA SLOBODE PRUŽANJA/PRIMANJA USLUGA IMPLEMENTACIJOM DIREKTIVE O USLUGAMA

Temeljne tržišne slobode definirane su u primarnom zakonodavstvu EU-a u odredbama Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU).²² Odredbama UFEU-a kojima se regulira unutarnje tržište omogućuje se negativna integracija budući da je njihov temelj ukidanje necarinskih prepreka trgovini, te promicanje tržišnih sloboda na zajedničkom tržištu.²³ Postupak negativne integracije deregulacije tržišta ima za cilj implementaciju tržišnih sloboda zajamčenih Ugovorom i jačanje tržišnog natjecanja koji je u suprotnosti s stvarnim ili predviđenim potrebama ograničavanja tržišnih snaga kroz pozitivnu integraciju. Pozitivna integracija može se odvijati u obliku supranacionalne regulacije, ali i putem harmonizacije nacionalnog zakonodavstva na temelju općih zahtjeva ozakonjenih na supranacionalnoj razini.²⁴ Pozitivna integracija nije jednostavna i jednako primjenjiva u svim područjima. Stalne tenzije između načela slobodnog kretanja roba, usluga, kapitala i radnika te održavanja socijalne kohezije unutar i u državama članicama (putem Europskog socijalnog modela) ostvaruju se na dva načina. Prvi zadatak očuvanja jedinstvenog tržišta europske institucije pokušavaju ostvariti negativnom integracijom ukidajući postojeće prepreke trgovini i ulaganjima u prekograničnom poslovanju. Ostvarivanje drugog cilja, održavanja socijalne kohezije, države članice ostvaruju stvarajući nove regulatorne politike kako bi se ispravili tržišni nedostaci, stvarajući supranacionalna pravila za zaštitu potrošača, okoliš, zdravlje i sigurnost na radu putem pozitivne integracije.²⁵

Nacionalni socijalni modeli nužno ne ovise o metodologiji implementacije direktive budući da su oni izvan dosega prava Europske unije, no ostvarivanje neke od tržišnih sloboda može doći u sukob s ostvarivanjem drugih ciljeva i vrednota Europske unije i njenih država članica. Kao što Rodin²⁶ navodi: „tržišne slobode ponekad utječu na primjenu dobro utvrđenih nacionalnih politika za čije su formiranje i provedbu nadležne države članice. Takav je slučaj sa socijalnom politikom, politikom obrazovanja, politikom zaštite zdravlja i dr.“

21 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 8.

22 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, OJ C 306 od 17. prosinca 2007., za konsolidiranu verziju vidi Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 115 od 9. svibnja 2008. godine.

23 Čapeta, T., Rodin, S.: *Osnove prava EU*, op. cit., str. 60.

24 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 4.

25 Lindstrom, N.: *Constructing services...*, op. cit., str. 3.

26 Rodin, S.: *Kao brodovi u noći: Hrvatsko visoko obrazovanje i slobode unutarnjeg tržišta Europske unije*, Politička misao, 48(2011), br. 1, str. 8.

Praksa Europskog suda jest da se njome ograničava regulatorna autonomija država članica u području socijalnih prava bez obzira na način implementacije. Obzirom na prethodno navedeno takva situacija događa se u području slobode pružanja zdravstvenih usluga gdje je donošenjem Direktive 2011/24/EU o pravima pacijenata²⁷ te njenom implementacijom u nacionalna zakonodavstva, posebno vidljiv problem očuvanja nacionalnih socijalnih prava. Odnosno, „europizacijom“ zdravstvenih usluga²⁸ poboljšala su se prava pacijenata na supranacionalnom nivou, međutim došlo je do gubitka nacionalnih granica u sustavima zdravstvenog osiguranja (posebice imajući na umu različite načine financiranja zdravstvenih sustava). Također, pokazuju se brojni praktični problemi s obzirom na administrativna postupanja u ovom području. Tako je ovdje potrebno ponovno istaknuti i upozoriti na tvrdnju Weatherilla²⁹ da je fragmentacija tržišta usluga trajna, neefikasna i suprotna interesima potrošača. U tom smislu možemo zaključiti da, kako je prethodno navedeno, metodologija implementacije direktiva nužno nema posebnog učinka, no kada se radi o implementaciji direktive u nacionalno zakonodavstvo, ono o čemu valja voditi računa jest činjenica da se direktivom mora postići cilj, odnosno svrha sadržana u istoj. Pri tomu treba voditi računa o učincima cilja, odnosno zaista postizanju svrhe u nacionalnom zakonodavstvu imajući na umu međusobnu usklađenost nacionalnih propisa.

Kompleksni zadatak usklađivanja zakonodavnog okvira sa ekonomskom integracijom najčešće provodi međusobno zavisnim pravilima kao što je načelo uzajamnog priznavanja ili načelo „države podrijetla.“ Ova pravila kao i *ius loci* pravilo „primjene nacionalnog prava“ imaju za cilj omogućavanje da se zakonodavstvo razlikuje između država, istodobno osiguravajući nediskriminaciju ili različiti tretman pitanja na koja se odnose kao što su robe ili pružatelji usluga u državama primateljicama.³⁰ Uzajamno priznavanje kvalifikacija obvezuje državu primateljicu da dopusti pristup tržištu stranim osobama samo temeljem usklađenosti s posebnim listama potvrda koje su ranije ugovorene kao jednakovrijedne. Ovakav se princip uvodi i u odredbama Direktive o uslugama u odnosu na pravo država članica da utvrdi na koje će se usluge primjenjivati potreba za prethodno izdavanje dozvola ovlaštenih tijela za njihovo pružanje, a proizlazi iz prakse Europskog suda koji je priznao kao dopuštena ograničenja slobodi pružanja usluga kada je za prekogranično pružanje usluge bila potrebna prethodna autorizacija nacionalnog državnog tijela.³¹

27 Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare, OJ L 88/45 od 4.4.2011.

28 Morton, A.: *A Single European Market in Healthcare: The impact of the European Union policy on national healthcare provision*, str. 4, dostupno na: <http://www.european-services-strategy.org.uk/news/a-single-european-market-in-healthcare/european-healthcare.pdf> na dan 7.11.2011.

29 Weatherill, S.: *Promoting the Consumer Interest in an Integrated Service Market*, Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, 1/2007, str. 17.

30 Vidi i Bodiřoga Vukobrat, N., Horak, H.: *Freedom to provide services in European and Croatian Law ...*, op.cit., str. 5.

31 Ovakav slučaj postoji u zdravstvenom sektoru kada je za naknadu troška koji je primatelj

Za razliku od ovoga, načelo države podrijetla, koji je širi u svojoj biti od uzajamnog priznavanja, kada se primjenjuje na kvalitetu pružatelja usluga, oduzima pravo državi primateljici odrediti primjenjive (jednakovrijedne) uvjete, i ostavlja na svakoj državi podrijetla pravo odrediti koje kvalifikacije i dozvole su potrebne kako bi se njezinim državljanima odobrilo pružanje usluga u obje države članice. Iz ovoga slijedi, da načelo države podrijetla zahtijeva viši stupanj uzajamnog povjerenja nego što zahtijeva uzajamno priznavanje propisa koji su izričito bili zamišljeni kao jednako vrijedni.³²

Sloboda pružanja usluga zajamčena je u primarnom zakonodavstvu odredbama čl. 56. do 62. UFEU-a.³³ Osim u primarnom zakonodavstvu na usluge se primjenjuje praksa Europskog suda u ovom području, kao i odredbe Direktive o uslugama i ostalih sektorskih direktiva.

Direktiva o uslugama nastala je kao rezultat dugih pregovora koji su prethodili njezinom donošenju, te se smatra najvažnijim izvorom sekundarnog prava na unutarnjem tržištu³⁴ čiji cilj nije samo da podrazumijeva iscrpno reguliranje slobode pružanja usluga, već i slobode poslovnog nastana za pružatelje usluga. Direktiva o uslugama predstavlja ostvarenje jednog od ciljeva Lisabonske strategije kojom se kao ciljevi određuju efikasno prenošenje europskog prava na nacionalnu razinu, ukidanje svih prepreka za slobodno kretanje usluga u Europskoj uniji, dovršetak stvaranja jedinstvenog tržišta te usvajanje pravila na nivou Europske unije kojima se uklanjaju prepreke za slobodno kretanje usluga.³⁵

Temeljna načela na kojima je utemeljena direktiva su „sloboda pružanja usluga“ i uvođenje jedinstvene kontaktne točke u državi u kojoj se pruža usluga (engl. *point of single contact*, PSC) kao mjesta na kojem se omogućuje informiranje

usluge imao u drugoj državi članici u kojoj mu je pružen tretman potrebno prethodno odobrenje ili u sektoru igara na sreću kada je dopušteno da država članica odredi potrebu za prethodnom dodjelom licence za pružanje usluge u ovom sektoru.

32 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...* op. cit., str. 7.; Van Meerten, H.: *A comparison of the Services Directive with the case law of the Court of Justice: a case study*, Griffin's view, vol. 7, No. 2, dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1537681>, str. 152. treba uzeti u obzir s naznakom da se radi o prijedlogu Direktive o uslugama koji je izmijenjen u dijelu primjene načela „države podrijetla“.

33 Odredba čl. 56 UFEU-a prije je bila odredba čl. 49. UEZ-a. Tekst odredbe ostao je isti dok je u UFEU izmijenjena numeracija. Tekst odredbe čl. 56. UFEU-a glasi:

„Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended.

The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may extend the provisions of the Chapter to nationals of a third country who provide services and who are established within the Union.“

34 Klammert, M.: *The Services Directive, the EC Treaty and the Court: codification or arrogation?*, Internal Market for Services, Knez, R. (ur.), Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, zbornik radova s International Jean Monnet Conference, Maribor, 2009, str. 45.

35 Izješće Europske komisije „Internal market strategy“, COM (2000) 257 final, vidi i Barnard, C.: *Unravelling the Services Directive*, CML rev, 45, 2008, str. 328.

korisnika o usluzi. Direktiva je prihvatila horizontalan pristup te se isti principi primjenjuju na različite usluge. Direktivom se uspostavlja opći okvir za pružanje svih usluga koje se pružaju uz naknadu (s iznimkom onih usluga na koje se ne primjenjuje) uzimajući u obzir specifičnosti prirode određenih aktivnosti ili osoba koje ih obavljaju.

Potrebno je naglasiti ograničeni utjecaj Direktive o uslugama s obzirom na to da su ekonomski najznačajnije usluge (npr. financijske ili zdravstvene usluge) ostale izvan njezinog dosega.³⁶ Osim toga Direktiva o uslugama ne primjenjuje se na usluge elektroničke komunikacije i usluge transporta³⁷ što također predstavlja značajne ekonomski izrazito isplative sektore. S obzirom na neprimjenjivost Direktive o uslugama u ovim, ali i drugim područjima nužno je dati odgovor na pitanja što se u tim slučajevima primjenjuje.³⁸

Problem koji je nastao prilikom usvajanja Direktive o uslugama započeo je s presudom u predmetu *Schnitzer*³⁹ kada Europski sud mijenja dotadašnju sudsku praksu ustanovljenu presudom u predmetu *Gebhard*⁴⁰ i razmatra slobodu pružanja usluga u ekonomskom kontekstu za razliku od do tada definiranog razmatranja usluga u predmetu *Gebhard* kroz razlikujući usluga od poslovnog nastana prema duljini trajanja aktivnosti.⁴¹ Nakon ovog stava Europskog suda postalo je jasno da se svaki državljanin Europske unije koji želi obavljati ekonomsku aktivnost, koja se smatra uslugom u drugoj državi članici, može pozvati na pravila o uslugama čak i kada takvo pružanje usluga predstavlja (privremenu?!) migraciju.⁴² S obzirom na to da sva pravila koja se primjenjuju na usluge, a koja uključuju i Direktivu o uslugama postaju relevantna za migraciju unutar Europske unije, to ima i ozbiljne praktične posljedice. Za razliku od odredbi UFEU-a o slobodi kretanja radnika i slobodi poslovnog nastana koje se temelje na ideji da se migranti, u pravilu, moraju uskladiti sa zahtjevima države članice u koju dolaze, pružateljima usluga dopušteno je, u širokom opsegu, oslanjati se na pravni okvir njihove države članice dok pružaju usluge u inozemstvu.⁴³

36 Klammert, M.: *The Services Directive, the EC Treaty and the Court...*, op. cit., str. 45, vidi i Van Meerten, H.: *A comparison of the Services Directive ...*, op. cit., str. 144.

37 Čl. 2. Direktive o uslugama.

38 Rasprava o ovom problemu vidi više u: Rodin, S.: *Direktiva Europske unije 123/2006 o uslugama – doseg i opravdanja*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59, br. 1, 2009., Goldner Lang, I.: *Justifying national barriers to the provision of services: before and after the Services Directive*, Internal Market for Services, Knez, R. (ur.), Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, zbornik radova s International Jean Monnet Conference, Maribor, 2009; Bodirola Vukobrat, N.; Horak, H.: *Freedom to provide services in European and Croatian Law*, u zbirci radova s 6. Međunarodne konferencije “Economic integrations, competition and cooperation”, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2007, str. 5.

39 Predmet C-215/01 *Schnitzer* [2003] ECR I-14847.

40 Predmet C- 55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165.

41 Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?*, European Legal Studies, College of Europe, 1/2010, str. 3 i 4.

42 Ibidem, str. 7.

43 Ibidem.

Bez obzira na prethodno rečeno Direktiva o uslugama naravno ne odnosi se na migracije. Budući da odredbe Direktive o uslugama primarno reguliraju pružanje usluga između država članica unutar Europske unije objekt njene primjene prvenstveno su državljani Unije. Iz cjelokupnog teksta Direktive i njezine primjene u praksi, a posebice obzirom na činjenicu da društva ne trebaju osnivati pravnu osobu, proizlazi da se oslobađa prostor za više rada na određeno vrijeme, što će kao što i sam Hatzopoulos navodi, olakšati prekogranično pružanje usluga, ali i pojačati migracije.⁴⁴ Međutim, valja uzeti u obzir da jednom implementirana direktiva u nacionalno zakonodavstvo postaje mjerodavna i za ostale odnose koji se događaju unutar jedne države članice.⁴⁵ Ovisi o načinu implementacije i izričaju samog teksta zakona, odnosno akta kojim je implementirana Direktiva o uslugama hoće li njezina implementacija imati posljedice i za kretanje usluga na nacionalnom nivou kada ne dolazi do prelaska granice.

Izvorni nacrt teksta Direktive o uslugama doveo bi do problema prilikom implementacije s obzirom na nedostatak pravila o uzajamnom priznanju. Sve od presude u predmetu *Saeger*⁴⁶ činilo se da u području usluga postoji sličnost sa slobodom kretanja roba (iz predmeta *Cassis de Dijon*⁴⁷) na način da „država članica ne može zabraniti slobodu pružanja usluga... koja se zakonito pruža u drugoj državi članici.“ Ovo pravilo države podrijetla smatra se jednim dijelom načela uzajamnog priznanja. Drugi dio uzajamnog priznanja predstavlja test proporcionalnosti te je određivanjem problema prilikom formuliranja ciljeva jednako precizno kao kod regulative roba, pravo uzajamnog priznanja smatrano previše problematično.⁴⁸ Ova dihotomija uzrokovana je time što se neće primjenjivati niti pravilo države podrijetla zbog čega se izostavljaju iznimke temeljem „načela razumnih ograničenja“, te se zadržavaju samo iznimke određene u Ugovoru. Navedeno predstavlja rizik za potkopavanje „opravdanih“ ciljeva država članica koji se pretpostavljaju prilikom primjene uzajamnog priznanja.

Direktiva o uslugama predstavlja novu mjeru kojom se izbjegavaju do sada poznate kategorije harmonizacije i međusobnog priznanja.⁴⁹ Države članice sada više ne mogu slobodno regulirati i tražiti opravdanja za mjere koje su suprotne Direktivi o uslugama pozivajući se na tržišne slobode. Umjesto toga one svoje zakonodavstvo moraju uskladiti s pravilima određenima sekundarnim pravom. Tako

44 Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?*, European Legal Studies, College of Europe, 1/2010, str. 16.

45 O učinku implementacije direktiva u nacionalno zakonodavstvo vidi u: Rodin, S., Čapeta, T.: *Učinci direktiva Europske unije u nacionalnom pravu*, Biblioteka Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, listopad 2008.

46 Predmet C-76/90 Saeger [1991] ECR I-4221.

47 Predmet C-120/78 Cassis de Dijon [1979] ECR 649.

48 Pelkmans, J.: *Mutual Recognition: rationale, logic and application in the EU internal goods market*, Paper XIIth Travemuender Symposium, 24-26 March 2010 on Oekonomische Analyse des Europarechts, Sekundärrecht und die Rolle des EuGh, dostupno na: www.ile-hamburg.de/_data/Pelkmans.pdf, str. 22.

49 Klammert, M.: *The Services Directive...*, op. cit., str. 46.

primjena režima koji proizlazi iz Ugovora ima za posljedicu gubitak kompetencija na strani država članica.⁵⁰

Postupak administrativne suradnje među državama,⁵¹ koji iako autori tvrde da je izgubio na značaju napuštanjem načela „države podrijetla“, ipak ostaje na snazi s obzirom na to da međusobna pomoć među nacionalnim vlastima države podrijetla i države primateljice i dalje ima na značenju s obzirom na ustroj jedinstvenih kontaktnih točaka.⁵²

Direktivom se kao jedna od najvažnijih inovacija odredbom čl. 6. predviđa uvođenje jedinstvene kontaktne točke (engl. *point of single contact*) kao mjesta ustrojenog u okviru nacionalne administracije država članica koje služi obavljanju potrebnih postupaka vezanih uz prijavljivanje za pristup i ispunjavanja svih potrebnih dokumenata za obavljanje određene ekonomske aktivnosti, pomaganje zainteresiranim pružateljima usluga s njihovim prijavama te pružanje svih potrebnih informacija. Ustroj jedinstvenih kontaktnih točki u svojoj biti poboljšava pružanje usluga, te ide u korist kretanja osoba na tržištu. Obavijesti koje se pružaju putem jedinstvene kontaktne točke uključuju zahtjeve za pružatelje usluga, koji imaju poslovni nastan na njihovom teritoriju, posebice na zahtjeve koji se odnose na postupke i formalnosti koje moraju biti zadovoljene kako bi se pristupilo obavljanju uslužnih djelatnosti, davanje podataka o nadležnim administrativnim vlastima kojima se omogućuje njihovo izravno kontaktiranje uključujući i podatke o administrativnim vlastima zaduženim za uslužne djelatnosti, podatke o sredstvima ili uvjetima za upis u javne registre i baze podataka o pružateljima usluga, obavijest o pravnim lijekovima koji su opće dostupni u slučaju spora između nadležnih vlasti i pružatelja odnosno primatelja usluge i između pružatelja i primatelja ili između pružatelja usluge, te kontaktne podatke o udrugama i organizacijama različitim od nacionalnih vlasti koji pružaju primateljima i pružateljima uslugu praktične pomoći (čl. 7. (1) Direktive o uslugama). Ovi podatci trebaju biti lako dostupni i na daljinu

50 Ibidem, str. 48.

51 Hatzopoulos, V.: *Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, College of Europe, Research paper 2/2009, str. 22.

52 Vidi i primjer kooperacije putem sustava SOLVIT koji je ustrojila Komisija kao izvansudskim rješenjem sporova koji se odnose na unutarnje tržište. Sustav je ustrojen kao mreža za internetsko rješavanje dostupno poduzetnicima i potrošačima. Tužitelj kontaktira SOLVIT-ovo mjesto kontakta u svojoj državi članici. Ukoliko je postupak u dosegu SOLVIT-ove mreže ovo mjesto kontakta registrira ga u bazi podataka i kontaktira SOLVIT u državi članici gdje se pojavio problem. Sustav SOLVIT ima dva ograničenja, s jedne strane njegova nadležnost *ratione materiae* je ograničena (djeluje u području profesionalnih kvalifikacija i diploma, pristupa obrazovanju, boravišne dozvole, prava glasa, socijalne sigurnosti, prava zapošljavanja, vozačke dozvole, registracija motornih vozila, granične kontrole, pristupa proizvoda tržištu, pristupa usluga tržištu, poslovnog nastana i samozaposlene osobe, javne nabave, oporezivanja, slobodnog kretanja kapitala i plaćanja), a s druge strane SOLVIT djeluje samo vertikalno s obzirom na to da može posredovati samo između osoba i državnih vlasti, a ne između dvije osobe. O SOLVIT sustavu više na: http://ec.europa.eu/solvit/site/docs/solvit2008_report_en.pdf i u Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services...*, op. cit., str. 16.

i elektroničkim sredstvima, te redovito ažurirani (čl. 7 (3) Direktive o uslugama). Cilj je ovih odredbi omogućavanje transparentnosti kako za primatelje tako i za pružatelje usluga budući da čim podatci budu objavljeni na internetu za očekivati je da će privatni poduzetnici tražiti i dodatne podatke o vrsti usluga dostupnih na tržištu, praktičnim zahtjevima i savjetima za pružanje usluga kao i podataka o posebnim vrstama usluga. Takvi će podatci biti prvenstveno potrebni pružateljima usluga, ali će biti dostupni i svim drugim zainteresiranim osobama koje neće nužno biti državljani država članica.⁵³

Osim dostupnosti podataka i olakšavanja obavljanja usluga u drugoj državi članici dostupnost ovih podataka pojačat će i zaštitu potrošača s obzirom na to da se odredbama Direktive o uslugama zabranjuju ograničenja koja je odredila država podrijetla (čl. 19.), kažnjavaju se diskriminatorne mjere koje može usvojiti država primateljica (čl. 20.), te se nudi pomoć primateljima usluga.

Odredbе o jedinstvenoj kontaktnoj točki određene Direktivom o uslugama unesene su u Zakon o uslugama u odredbu čl. 6. u cijelosti. Međutim ostaje otvoreno pitanje postoje li u hrvatskoj zakonodavnoj i sudskoj praksi preduvjeti za implementaciju odredbi o slobodnom pružanju usluga putem „krovnog“ zakona, kao i pitanje funkcioniranja jedinstvene kontaktne točke u poslovnoj praksi.

Kvalitetnom regulacijom usluga mogu se izbjeći problemi na tržištu, posebice kada se radi o specifičnim područjima pružanja usluga kao što su zdravlje, obrazovanje i druge osobne usluge, odnosno kada je izuzetno bitna kvaliteta usluge, te ju je teško osigurati. Konkurencija može povezati visoku kvalitetu s visokim cijenama i prihodima budući da proizvođači mogu privući potrošače s predznakom luksuza. Međutim, u kombinaciji s preprekama za ulazak na tržište i ograničenjem broja opskrbljivača, odredbama o preporučenim cijenama koje su odredili proizvođača narušava se tržišno natjecanje, te se maksimiziraju prihodi proizvođača.⁵⁴ Bez obzira je li motiviran pitanjima osiguranja kvalitete ili distribucijom prihoda, otpor slobodi pružanja visoko stručnih usluga u razvijenim državama može se prevladati međunarodnim ili unutar Europske unije supranacionalnim ugovorima o harmonizaciji zakonodavstva. U usporedbi s robom regulativa u području usluga iziskuje kompleksniju regulaciju posebice za pružanje visoko stručnih usluga.⁵⁵

Neizvjesno je hoće li prethodno analizirane odredbe Direktive o uslugama te uvođenje jedinstvene kontaktne točke doprinijeti kvalitetnim rješenjima u pitanjima regulacije ekonomski značajnih usluga, kao što je prethodno spomenuto, odnosno pružanja visoko stručnih usluga. Naime, rješenja sadržana u odredbama Direktive o uslugama upućuju, što je potvrđeno i u sudskoj praksi, na otvaranje niza pitanja posebice u odnosu na migracije radnika. Također upitno je hoće li administrativna rješenja kao što je uvođenje jedinstvene kontaktne točke zaista doprinijeti usklađivanju nacionalnih zakona i smanjenju administrativnih prepreka ili će posebice u novim državama članicama te administrativne prepreke postati još brojnije.

53 Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services...*, op. cit., str. 17.

54 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 12.

55 Ibidem.

3. IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE O USLUGAMA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EUROPSKE UNIJE I REPUBLICI HRVATSKOJ

Izvješćem Europske komisije o implementaciji Direktive o uslugama⁵⁶ iz prosinca 2010. godine daje se pregled tijeka implementacije Direktive o uslugama u nacionalna zakonodavstva država članica. Kako se ističe u Izvješću većina država članica, njih 25, odlučilo se za donošenje jednog zakona koji na horizontalnoj razini uvodi temeljne principe i obveze zajamčene Direktivom. Kao alternativan i jednako vrijedan pristup prihvaćeno je i implementiranje općih principa i obveza temeljem više različitih zakona i propisa kojima se uređuju usluge u različitim sektorima. Ovakav pristup prihvatile su Njemačka i Francuska. Obje države dovršile su postupak implementacije.

Provjera i prilagođavanje postojećih zakona, kako bi se osigurala njihova usklađenost s Direktivom, predstavlja najkompleksniji i najintenzivniji dio procesa implementacije. Usklađivanje posebnih sektorskih zakona do svibnja 2010. dovršeno je u 19 država članica.

U odnosu na preostalih 8 država članica, Njemačka je gotovo završila s prihvaćanjem zakonodavnih promjena u specifičnom sektorskom zakonodavstvu. U Francuskoj nije dovršena implementacija. Belgija je usvojila većinu promjena na federalnom i regionalnom nivou dok su druge još u postupku prihvaćanja. U Austriji, Grčkoj, Irskoj, Luksemburgu i Sloveniji nacrti zahtjevanih promjena u specifičnom sektorskom zakonodavstvu značajno zaostaju.

Nakon ulaska Republike Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije pravne i fizičke osobe s poslovnim nastanom u državama članicama Europske unije moći će ostvarivati svoje pravo na poslovni nastan i slobodno pružanje usluga u Republici Hrvatskoj pod jednakim uvjetima pod kojima djeluju i domaći pružatelji usluga. Isto će tako hrvatski pružatelji usluga moći svoju djelatnost obavljati u svim drugim državama članicama Europske unije. Kako bi se harmoniziralo nacionalno zakonodavstvo u Hrvatskoj je donesen Zakon o uslugama. Kako je već ranije navedeno radi se o „krovnom zakonu“ kojim se na jednom mjestu reguliraju sve usluge i s kojim će biti potrebno uskladiti sve ostale zakone koji reguliraju ove djelatnosti. Zakonom o uslugama propisuju se opće odredbe kojima se pružateljima usluga olakšava ostvarivanje prava poslovnog nastana i slobode pružanja usluga na teritoriju Republike Hrvatske. Zakon o uslugama preuzima izričaj Direktive o uslugama te je u odredbi čl. 2., st. 2. Zakona navedeno kako odredbe Zakona o uslugama ne utječu na niz usluga i to na: liberalizaciju usluga od općeg gospodarskog interesa rezerviranih za javna ili privatna tijela, privatizaciju javnih tijela koja pružaju usluge, ukidanje monopola u području pružanja usluga, potpore koje dodjeljuju države ugovornice EGP-a, a koje su obuhvaćene propisima Europske unije o tržišnom natjecanju, slobodno definiranje usluga koje se smatraju uslugama

56 Izvješće Komisije iz prosinca 2010. "State of implementation of the Services Directive" dostupno na: http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/implementation/20101206_council_note_en.pdf, na dan 20.1.2011.

od općega gospodarskog interesa, načine njihove organizacije i financiranja sukladno propisima o državnoj potpori te specifične obveze kojima podliježu, ostvarivanje temeljnih prava, prava na pregovore, zaključivanje i provedbu kolektivnih ugovora, propise iz radnog prava, uključujući propise o zaštiti zdravlja i sigurnosti na radu, propise o socijalnoj sigurnosti (uključujući obvezno zdravstveno i mirovinsko osiguranje), propise iz kaznenog prava, propise radi zaštite i promicanja kulturne ili jezične raznolikosti te pluralizma medija i područje oporezivanja.

Osim ovoga u odredbi čl. 2., st. 3. Zakona o uslugama propisano je da se Zakon ne primjenjuje na negospodarske usluge od općeg interesa, financijske usluge, elektroničke komunikacijske mreže i usluge te elektroničku komunikacijsku infrastrukturu i drugu povezanu opremu, koje su uređene posebnim propisima donesenim iz područja elektroničkih komunikacija, usluge na području prometa, uključujući gradski prijevoz, taksi službu, prijevoz vozilom hitne medicinske pomoći, prijevoz vozilom za sanitetski prijevoz i lučke djelatnosti, usluge agencija za privremeno zapošljavanje, djelatnosti zdravstvenih usluga bez obzira na to pružaju li ih zdravstvene ustanove, privatna praksa ili trgovačko društvo za obavljanje zdravstvene djelatnosti, bez obzira kako su organizirane i financirane na nacionalnoj razini te bez obzira jesu li javne ili privatne. Ova iznimka obuhvaća zdravstvenu zaštitu i ljekarničke usluge koje zdravstveni djelatnici pružaju pacijentima kako bi ocijenili, zadržali ili poboljšali njihovo zdravstveno stanje, audiovizualne usluge, uključujući kinematografske, bez obzira na način njihovog produciranja, distribucije i prijenosa te radijsko emitiranje, igre na sreću, koje uključuju lutrijske igre, igre u kasinima, kladioničarske igre i igre na sreću na automatima, djelatnosti povezane s izvršavanjem službenih ovlasti, socijalne usluge u području stanovanja, dječje skrbi te potpore obiteljima i osobama koje trebaju trajnu, privremenu ili povremenu pomoć, koje osigurava država, od nje ovlaštenu pružatelji usluga ili dobrotvorne organizacije koje je država priznala kao takve, usluge privatne zaštite i usluge javnih bilježnika i javnih ovršitelja, koje imenuje rješenjem čelnik središnjeg tijela državne uprave nadležnog za pravosuđe.

Zakon je zadržao podjelu usvojenu u Direktivi o uslugama te navodi na koje usluge „ne utječe“, odnosno na koje se usluge „ne primjenjuje“ (tako se u čl. 1. Direktive navode usluge na koje Direktiva ne utječe: engl. *not deal with* i *does not affect*, odnosno u čl. 2. Direktive navodi se kako se ona ne primjenjuje: engl. *not apply* na iste one usluge redom kako su navedene u odredbi čl. 2. Zakona o uslugama). Zakon ovdje u potpunosti slijedi Direktivu o uslugama pri čemu se ne definira razlika između pojma „ne utječe na“ i „ne primjenjuje se“. Pretpostavljamo da se radi o izuzimanju iz dosega direktive svih pobrojanih usluga bez obzira uz koji su od ova dva pojma vezane.

Također u odredbi čl. 16. Zakona o uslugama navodi se kako se odredbe Zakona o uslugama ne primjenjuju na usluge od općeg gospodarskog interesa uključujući poštanski sektor, elektroenergetski sektor, opskrbu plinom, distribuciju i opskrbu vodom, usluge gospodarenja otpadom, pravila o radu izaslanih radnika, pravila o zaštiti osobnih podataka i drugo sve kako je navedeno u odredbi čl. 17. Direktive o

uslugama uz termin engl. *shall not apply*. Zakon i ovdje u potpunosti slijedi izričaj Direktive.

Zakon o uslugama opći je zakon s kojim je potrebno uskladiti sve ostale posebne propise koji se odnose na pravo poslovnog nastana i slobodu pružanja usluga (čl. 3., st. 1. Zakona o uslugama), te se odredbama čl. 3., st. 3. u slučaju sukoba Zakona o uslugama s odredbama posebnog propisa, koji uređuje uvjete za poslovni nastan ili slobodno pružanje usluga u specifičnim sektorima ili za specifične struke, primjenjuju odredbe posebnog propisa, uključujući propise o radu izaslanih radnika, propise o koordinaciji sustava socijalne sigurnosti, propise o izvođenju djelatnosti televizijskog emitiranja i propise o reguliranim profesijama.

Jedan od ciljeva Zakona o uslugama je administrativno pojednostavljenje slobode primanja i pružanja usluga i slobode poslovnog nastana. Temeljem Zakona formira se nadležno upravno tijelo koje je dužno postupati u postupcima ostvarenja prava na slobodu poslovnog nastana prema načelima zakonitosti, razmjernosti u zaštiti prava stranaka i javnog interesa, pomoći stranci i učinkovitosti i ekonomičnosti (čl. 5. Zakona o uslugama), a koje tijelo sukladno svom djelokrugu rada i ovlastima nadzire ili regulira uslužne djelatnosti u Republici Hrvatskoj (čl. 4., st. 1., t. 9. Zakona o uslugama). Ova odredba Zakona temelji se na odredbi čl. 5., st. 1. Direktive o uslugama kojim se nalaže državama članicama da ispituju postupke i formalnosti, koje se primjenjuju za pristup uslužnoj djelatnosti i obvezu država članica da ukoliko uoči da postupci nisu dovoljno jednostavni da ih pojednostavi. Djelokrug je nadležnoga postupovnog tijela osigurati da jedinstvenom kontaktnom točkom pružatelji usluga mogu dobiti odgovarajuće obrasce i dokumentaciju, obaviti sve radnje za provedbu postupka, kao i radnje za ispunjenje uvjeta potrebnih za pristup uslužnim djelatnostima koje žele obavljati i za dobivanje ovlaštenja potrebnih za obavljanje uslužnih djelatnosti. Pri Hrvatskoj gospodarskoj komori ustrojava se jedinstvena kontaktna točka koja pruža pomoć zainteresiranim osobama da mogu obaviti sve postupke i ispuniti sve uvjete za pristup i obavljanje uslužne djelatnosti (čl. 6., st. 1. Zakona o uslugama).

Primateljima usluga Zakonom se omogućava pristup općim informacijama o uvjetima koji se primjenjuju u drugim državama u vezi s pristupom i pružanjem uslužnih djelatnosti, općim informacijama o raspoloživim izvanrednim pravnim lijekovima u slučaju spora između pružatelja i primatelja usluge, te kontaktni podatci organizacija ili udruga uključujući Mrežu europskih centara za zaštitu potrošača od kojih primatelji usluga mogu dobiti praktičnu pomoć (čl. 20. Zakona o uslugama).

Analizom odredbi Zakona o uslugama možemo zaključiti kako je Direktiva o uslugama u cijelosti implementirana, međutim kako postupak donošenja i tekst same Direktive još uvijek izaziva niz nedoumica, a sudska praksa utemeljena na Direktivi ne postoji, a za pretpostaviti je da će i implementacija u hrvatsku poslovnu praksu izazvati niz problema. Smatramo da će problemi prvenstveno biti tehničke prirode budući da se radi o provedbenom propisu koji sadržava niz rješenja koje je potrebno provesti u administrativnoj praksi, a odnose se i na ustroj tijela koja Zakonom preuzimaju određene funkcije pa do cjelokupnog funkcioniranja sustava i povezivanja pružatelja usluga, državnih tijela i potrošača.

4. SLOBODA PRUŽANJA USLUGA VS. ZAŠTITA POTROŠAČA

Je li doista istina da će Direktiva o uslugama ojačati prava potrošača? Mogu li se potrošači pouzdati na dobrobit koja proizlazi iz harmonizacije, odnosno predstavlja li maksimalna harmonizacija na horizontalnoj razini korak previše u korist centralizacije i protiv lokalne autonomije u Europi.⁵⁷ Istina je s obzirom na listu iznimaka od primjene, ova Direktiva otvara u praksi niz pitanja koja se moraju razmatrati i u svjetlu lokalne autonomije. Ova teza dokazuje se i ustrojavanjem jedinstvenih kontaktnih točaka budući da lokalne vlasti imaju ovlast odlučivanja o potrebama za posebnim ovlaštenjima i njihovom broju. Osim toga već spomenuta lista izuzeća te stvaranje mogućnosti za nove migracije može dovesti do razmišljanja o mogućnostima implementacije Direktive o uslugama kao „krovnog zakona“ kojim se ostvaruje maksimalna harmonizacija na horizontalnoj razini ili eventualnoj regulaciji da se definira što je usluga ovisno o njezinoj kvaliteti, poštujući prava i zaštitu potrošača te ostaviti ostalu regulaciju na lokalnim vlastima. Zahvaljujući ovoj Direktivi omekšavaju se administrativni zahtjevi za ulazak i rad na tržištu. Međutim, imajući na umu i presude u predmetima *Viking*,⁵⁸ *Laval*⁵⁹ i *Ruffert*⁶⁰ mogu se očekivati i pozitivni rezultati.⁶¹

Kako neki autori navode⁶² upravo je Lisabonski ugovor doveo do usmjeravanja razvoja europske socijalne politike prema nacionalnim državama članicama. Ovome je osim uklanjanja odredbe čl. 3(1)(g) Ugovora o Europskoj zajednici kojim se jamčilo kao jednoj od aktivnosti Europske zajednice, sustav koji je osiguravao „neiskrivljenu“ konkurenciju na unutarnjem tržištu i njezina zamjena Protokolom 27 o unutarnjem tržištu i konkurenciji. Osim toga odredba čl. 10. UEZ-a u kojoj se jamči obveza lojalne suradnje sada je izmijenjena i u čl. 4. (3) UEU-a i predstavlja obvezu iskrene suradnje. Ova obveza zamjenjuje dosadašnju jedinstvenu obvezu država članica (uključujući i njihove sudove) s više izbalansiranom odredbom kojom „države članice moraju u punom međusobnom poštivanju pomagati jedne druge u ispunjenju ciljeva koji proizlaze iz Ugovora.“

Direktivom o uslugama ne unosi se zapravo ništa novo u postojeću regulaciju usluga određenu brojnim sudskim presudama u ovom području.⁶³ Direktiva je usvojena kao rezultat kompromisa između prijedloga Komisije i Vijeća s jedne

57 Pitanja postavljena u članku Bodiřoga Vukobrat, N., Horak, H.: *Freedom to provide services* ..., op. cit., str. 5.

58 C-438/05 *International Transport Workers Federation v. Viking Line* [2006] OJ C 60/16

59 C-341/05 *Laval* [2005] OJ C 281/10.

60 C-346/06 *Dirk Ruffert v. Land Niedersachsen* [2008] OJ C128 od 24. 5. 2008.

61 Više u Bodiřoga Vukobrat, N., Horak, H.: *European Social Model, Labour Standards and EU Internal Market Law: Friends or Enemies*, zbirka radova sa Jean Monnet konferencije: *Internal Market for Services*, Maribor, 2009., str. 137-148.

62 Rodin, S., Čapeta, T.: *European Integration and Disintegration*, Uvodnik za CMLrew, 2010.

63 Barnard, C.: *Unravelling the Services Directive*, CML rev 45, 2008, str. 328; De Witte, B.: *Setting the scene: How did Services get to Bolkenstein and why?*, Edinburgh Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, 3/2007, str. 6.

strane i Parlamenta s druge strane. Njezin je doseg ograničen s obzirom na to da se ne primjenjuje na čitav niz područja kao što su usluge od općeg interesa, monopoli koji pružaju usluge, mjere kojima je cilj zaštita ili promicanje kulturološkog, jezičnog ili medijskog pluralizma, kazneno pravo, radno pravo i socijalna sigurnost (odredba čl. 1. Direktive) kao i na niz ekonomskih sektora kao što su neekonomske usluge od općeg interesa; financijske usluge kao što je bankarstvo, krediti, osiguranje i reosiguranje, profesionalne ili osobne mirovine, vrijednosnice, investicijski fondovi, plaćanja i investicijski savjeti, uključujući i usluge navedene u Aneksu I Direktive 2006/48/EZ⁶⁴; usluge elektroničke komunikacije i mreže i s njima povezane usluge; usluge u području transporta, uključujući lučke usluge iz poglavlja V. UEZ-a; usluge agencija za privremeno zapošljavanje; zdravstvene usluge bez obzira da li se osiguravaju putem zdravstvenih olakšica i bez obzira na način na koji su organizirane i financirane na nacionalnom nivou, te jesu li javne ili privatne; audiovizualne usluge i radijsko emitiranje, uključujući kino usluge, bez obzira na način produkcije, distribucije i prijenosa; kockanje što uključuje lutriju, kockanje u kasinima i transakcije vezane uz klađenje (odredba čl. 2. Direktive). Osim toga zajamčena je prednost primjene europskoga prava, uključujući i Direktivu 2005/36/EZ o priznavanju profesionalnih kvalifikacija.⁶⁵

Direktiva se oslanja na postupke harmonizacije i uređivanja putem načela uklanjanja tehničkih i poprečnih mjera. Umjesto načela zemlje podrijetla uvodi se načelo apsolutne pretpostavke pristupa tržištu i jednakog postupanja, popraćeno s mnogim kvalificiranim i specificiranim iznimkama (primjerice mogućnost da države članice učine pristup ili obavljanje aktivnosti ovisnim o ispunjavanju određenih zahtjeva),⁶⁶ ali u toliko različitim ekonomijama. Odnosno zbog razlika između starih i novih država članica gotovo je nemoguće odrediti pravila jednaka za sve, odnosno pravila koja će udovoljavati zahtjevima različitih tržišta.

S obzirom na to da Direktiva pruža maksimalnu harmonizaciju državama članicama nije dana mogućnost zadržati određena prava da djeluju i donose mjere suprotne odredbama Direktive, a utemeljene na poštivanju tržišnih sloboda. Upravo je sudska praksa odnosima između mjera harmonizacije i prava država članica da se pozovu na obvezne zahtjeve bila argument u korist i protiv usvajanja Direktive o uslugama.⁶⁷ Navodilo se kako sudska praksa ukazuje da mjere harmonizacije dopuštaju odbacivanje važnih razloga utemeljenih na političkoj volji.⁶⁸

Europski sud i Europska komisija usvajanjem Direktive i brojnim sudskim presudama nadilaze samo jednostavno zadovoljavanje principa da strani pružatelji usluga ne mogu biti tretirani lošije nego domaći u okviru jedinstvenog europskoga

64 Directive 2006/48/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions, as regards the implementing powers conferred to the Commission, OJ L 177, 30.6.2006, p. 1-200.

65 Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications, OJ L 255, 30.09.2005, p. 22-142.

66 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility...*, op. cit., str. 14.

67 Klammert, M.: *The Services Directive, the EC Treaty and the Court...*, op. cit., str. 48.

68 Ibidem, str. 49.

tržišta, te se zalažu za unutarnje tržište kao liberalno tržište bez zapreka za ostvarivanje „temeljnih sloboda“, kao što je sloboda poslovnog nastana i slobodno kretanje usluga, ljudi, roba i kapitala.⁶⁹ U smislu stajališta Europskog suda i Europske komisije već jednostavne razlike između nacionalnih sustava stvaraju prepreke za slobodno kretanje usluga, roba i kapitala u slučajevima kada pružatelj iz jedne države članice želi djelovati u drugoj državi. Oni interveniraju protiv ovoga čak i kada pravila sama za sebe nisu niti protekcionistička niti diskriminatorna.⁷⁰ Upravo se zato sudska praksa kodificirala u Direktivi o uslugama kako bi se umanjio značaj nacionalnog prava. Kada direktiva stvara pravo za pojedince, Sud naglašava da njihovi pravni položaj mora biti dovoljno jasnim i preciznim u odnosu na osobu na koju se odnosi.⁷¹

U prilog ovomu govore i Rodin i Čapeta⁷² navodeći kako je već i prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora sudska praksa nacionalnih sudova počela ukazivati da će europsko pravo morati proći nacionalnu kontrolu. Ovo proizlazi i iz analize najnovije tendencije u njemačkoj sudskoj praksi gdje je njemački Ustavni sud zadržao pravo donošenja konačne odluke u primjeni akata EU-a nakon što je Europski sud već donio odluku.⁷³ Tako je ojačan položaj nacionalnog suda koji je zadržao pravo na konačnu ocjenu primjene europskih akata nakon što je Europski sud dao svoju presudu. Isto tako u svom mišljenju nezavisni odvjetnik Villalon u predmetu *Elchinov*⁷⁴ tumači da bi praksa Europskog suda trebala biti napuštena na način da nacionalni sudovi trebaju biti vezani pravnim mišljenjem nacionalnog vrhovnog suda, čak i u slučajevima kada je takvo mišljenje suprotno mišljenju Europskog suda.⁷⁵ Ovo tumačenje, iako ga Europski sud nije uzeo u obzir u svojoj presudi, budući da ukazuje na kretanja u praksi prema potrebi za jačanjem nacionalnih zakonodavstava, zasigurno će biti predmet rasprava u nadolazećem razdoblju.

Kao što kretanja u njemačkoj sudskoj praksi ukazuju na davanje prednosti nacionalnom pravu, tako i Francuzi u konačnim izmjenama i dopunama francuskog Ustava preispituju davanje prednosti postupku prethodnog ispitivanja u odnosu na nacionalno ustavno sudovanje.

Iako ovo nije u izravnoj vezi s implementacijom Direktive o uslugama u nacionalno zakonodavstvo svejedno odluka Njemačke i Francuske o neuvođenju krov-

69 Scharpf, Fritz, intervju: *The only solution is to refuse to comply with ECJ rulings*, dostupno na <http://www.social-europe.eu/2009/04/interview-the-only-solution-is-to-refuse-to-comply-with-ecj-rulings/?pfstyle=wp> na dan 18.1.2011.

70 Ibidem.

71 Klammert, M.: *The Services Directive, the EC Treaty and the Court*, op. cit., str. 50.

72 Rodin, S., Čapeta, T.: *European Integration and Disintegration*, op. cit., str. 2, prijevod s engleskoga jezika op. autora.

73 Rodin, S., Čapeta, T.: *European Integration and Disintegration*, op. cit., str. 2. kada referiraju na praksu njemačkog Ustavnog suda iz 2009. godine pozivajući se na presudu BVerfG, 2 BvR 2661/06 od 6.7.2010.

74 Mišljenje nezavisnog odvjetnika Villalona od 10.6.2010. u predmetu C-173/09 *Georgi Ivanov Elchinov v. Natsionalna zdravoosiguritelna kasa*.

75 Rodin, S., Čapeta, T.: *European Integration and Disintegration*, op. cit., str. 2.

nog zakona, već implementaciji putem većeg broja zakona, koji uređuju područje usluga, ukazuje na njihova trajna nastojanja u očuvanju socijalnog modela kroz inzistiranje na odredbama nacionalnih prava. U tom kontekstu potrebno je razmatrati takvu praksu spomenutih država članica prilikom implementacije direktiva u nacionalno zakonodavstvo te sa zadržkom težiti previše liberalnom tržištu usluga nauštrb očuvanja socijalnog modela u državi.

Kao što neki autori zaključuju⁷⁶ djelovanja država članica u vrijeme globalne ekonomske krize nisu uvijek podrška procesima integracije tržišta EU-a, te socijalnu dimenziju EU-a ne može u potpunosti osigurati samo Europski sud.⁷⁷ Iako Europski sud široko interpretira gospodarske slobode na način da se njima štite temeljna osobna i socijalna prava očigledno je da najnovija sudska praksa potvrđuje kako to ne može biti tako.⁷⁸

Budući da liberalizacija tržišta znači liberalizaciju nacionalnih pravila potvrđuje se zaključak da se time otvaraju posebna pitanja i za sudionike na tržištu.⁷⁹ Očigledno je da je jedan od odgovora u nekim državama članicama primarno zaštita nacionalnih tržišta.⁸⁰

Direktiva daje opći pravni okvir uporabom mjera harmonizacije administrativne suradnje te kodificira određena ponašanja definirana sudskom praksom Europskog suda. Također, jedan od ciljeva koji se želio postići Direktivom jest usklađivanje zahtjeva sa svrhom ostvarivanja visoke razine kvalitete usluga i očuvanja javnog interesa, posebice zaštite potrošača te jačanje povjerenja između država članica. Međutim, posljedice prevelike harmonizacije očito su rezultirale time da su neke države članice posegnule za mjerama u svrhu očuvanja nacionalnog socijalnog modela te da su polučeni upravo suprotni učinci od željenih. U tu svrhu za promišljati je može li usvajanje krovnog zakona za tržište u uvjetima u kojima se nalazi Republika Hrvatska bez temeljite pravne i ekonomske analize donijeti željene učinke u hrvatskom gospodarstvu, posebice neizravno doprinijeti otvaranju novih radnih mjesta te povećanju cijene vrijednosti rada,⁸¹ uzimajući u obzir da Direktiva o uslugama olakšava stranim pružateljima usluga poslovni nastan u drugoj državi članici.

Jedno od temeljnih dostignuća Direktive o uslugama jest određivanje mjere do koje ona olakšava poslovni nastan za pružatelje usluga. U III. Glavi Direktive (čl. 9.

76 Ibidem, str. 4.

77 Rodin, S., Čapeta, T.: *European Integration and Disintegration*, op. cit., str. 4, Bodiroga Vukobrat, N., Horak, H.: *European Social Model, Labour Standards and EU Internal Market Law: Friends or Enemies*, zbirka radova sa Jean Monnet konferencije: Internal Market for Services, Maribor, 2009., str. 137-148.

78 Bodiroga Vukobrat, N., Horak, H.: *Freedom to provide services...*, op. cit., 2007.

79 Vidi u Bodiroga Vukobrat, N.; Horak, H.: *A more liberal and economic, and a less social approach: The impact of Recent ECJ rulings*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 4, 2008, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 50.

80 Bodiroga Vukobrat, N., Horak, H.: *Freedom to provide services*, op. cit.

81 Bodiroga Vukobrat, N., Horak, H.: *European Social Model*, op. cit., str. 137-148.; Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services...*, op. cit., str. 16.

do 15.) obuhvaćeno je zakonodavstvo na horizontalnom nivou (npr. ne u skladu sa posebnostima pojedinog sektora, stavljajući po strani „kriterij trajanja“ ustanovljen čl. 57. UFEU-a (prije čl. 50 UEZ-a). Ovakav pristup proizlazi iz prakse Europskog suda. Stoga, Direktiva regulira situacije koje temeljem tradicionalne podjele na poslovni nastan/usluge potpadaju pod poslovni nastan samo onoliko koliko se situacija odnosi na pružanje usluga. Ovo je razlog da se pravni temelj za Direktivu mora tražiti ne samo u okviru čl. 62. UFEU-a (prije čl. 55. UEZ-a) o uslugama, već i u čl. 53 UFEU-a (prije čl. 47. UEZ-a) o poslovnom nastanu.⁸²

Pružatelji usluga koji se žele nastaniti u drugoj državi članici, u pravilu moraju udovoljiti zakonodavstvu države primateljice. Ovaj zahtjev bio je oslabljen u sudskoj praksi putem određivanja općih pravila nediskriminacije, nužnosti, proporcionalnosti i uzajamnog priznanja.

Osim toga, valja uzeti u obzir da se i povećavaju tenzije koje se javljaju kada usluge pružaju državljani trećih država s obzirom na osjetljiva pitanja koja uključuju zaštitu tržišta Unije i imigraciju.⁸³ Kada bi tržište bilo savršeno bilo bi nemoguće zabraniti državljanima iz trećih država kojima je dopušten pristup na tržište pravo da slobodno pružaju usluge u drugim državama članicama.

Savršena tržišna integracija pretpostavlja zajednička pravila za pristup europskom tržištu kako za državljane trećih država članica koji se žele nastaniti u državi članici i pružati usluge, tako i onim pružateljima usluga koji dolaze u državu članicu samo kako bi pružali usluge povremeno i privremeno.⁸⁴ Zakon o uslugama, kojim se uređuju usluge u odnosu na državljane država članica Europske unije, samo će potaknuti ovu problematiku. Harmonizacija mora biti odlučna, bez obzira na činjenicu da se Direktiva o uslugama temelji na pravima zajamčenima odredbom čl. 53. UFEU-a⁸⁵ kako bi se omogućilo pravilima uzajamnog priznavanja i mjerama koordinacije pojednostavljenje slobode pružanja usluga. Iako Direktiva o uslugama nije utemeljena na odredbi čl. 53., st. 1. UFEU., već na st. 2. koji dopušta mjere koordinacije koje se u doktrini razmatraju kao jednako vrijedne.⁸⁶

Obzirom na Hatzopoulosov zaključak⁸⁷ kako se u III. Glavi Direktive zapravo kodificira relevantna sudska praksa⁸⁸ u dva dijela: u dijelu koji se tiče postupaka

82 Ibidem.

83 Bertola, G., Mola, L: *Services Provision and Temporary Mobility*, op. cit., str. 14.

84 Ibidem, str. 14.

85 Čl. 53. UFEU-a glasi: *Article 53 (ex Article 47 TEC)*

„1. In order to make it easier for persons to take up and pursue activities as self-employed persons, the European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, issue directives for the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications and for the coordination of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the taking-up and pursuit of activities as selfemployed persons.

2. In the case of the medical and allied and pharmaceutical professions, the progressive abolition of restrictions shall be dependent upon coordination of the conditions for their exercise in the various Member States.“

86 Klammert, Marcus: *The Services Directive, the EC Treaty ...*, op. cit., str. 50.

87 Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services...*, op. cit, str. 16.

88 Hatzopoulos, V., Uyen Do, T. *The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of*

ovlašćivanja i u dijelu koji se odnosi na sve ostale mjere kojima se ograničava sloboda poslovnog nastana. Iako Hatzopoulos smatra da je takvo kodificiranje dobro s obzirom na to da daje određene dodatne vrijednosti, ne možemo se u potpunosti složiti sa svim stavovima. Kao prvo kodifikacija sudske prakse u tekst Direktive i njezina implementacija u nacionalna zakonodavstva ukida kazuistički karakter načela razvijenih kroz sudsku praksu i približava ih kako pružateljima usluga tako i vlastima država članica. Kao drugo, ova načela više neće biti *ex post* lijekovi za pružatelje usluga, već će postati obveze *ex ante* za nacionalne vlasti. Kao treće Direktiva nadilazi puka načela i definira praktične detalje vezane uz primjenu, nešto što Sud može samo rijetko. Kao četvrto diskrecijska prava država članica ograničena su, do one mjere u kojoj su države članice obvezne izvješćivati o određenim ili zadržanim ograničenjima kako druge države članice tako i Komisiju (čl. 39. Direktive).⁸⁹ Zapravo radi se o proceduralnom propisu kojim se određuje administrativno rješavanje pitanja vezanih uz usluge kojima se jamči informiranost potrošača i ujednačavanje prakse pružanja usluga na europskom području.

Autorice se ne slažu u potpunosti s time da je ovakvo kodificiranje dobro, odnosno slažu se u dijelu da je sudskom praksom omogućeno i utvrđeno *ex ante* djelovanje na tržištu temeljem poznatih pravila, međutim ne smatraju pozitivnom činjenicu da je kazuistički karakter načela razvijenih od strane Europskog suda koji se donose bliži pružateljima usluga i administraciji država članica, obzirom da se ta tijela u načelu drže kruto slova zakona, a obzirom da je praksa Europskog suda izuzetno živa materija te podložna različitim tumačenjima od predmeta do predmeta (dobar primjer su presude u predmetima *Gebhard-Schnitzer*, *Dassonville*⁹⁰-*Keck*⁹¹, *Schindler*⁹²-*Gambelli*⁹³ i dr.) upitno je može li se to može tumačiti na taj način te je isto tako takvo sudovanje odraz i političkog trenutka. Također imajući na umu implikacije sudske prakse koja je podložna izmjenama, kako je prethodno rečeno, od predmeta do predmeta, sam proces donošenja direktiva, pogotovo imajući na umu proces koji je prethodio donošenju Direktive o uslugama, te njezine implikacije u nacionalnom zakonodavstvu, za zaključiti je da jednom unesene promjene u nacionalno zakonodavstvo nisu podložene jednostavnim kasnijim izmjenama.

Politička i ekonomska integracija različitog su intenziteta u različitom kontekstu. Pitanja preraspodjele nisu tako teška kada se ekonomska integracija odvija između država koje su na sličnom stupnju razvoja, kao što je slučaj sa „starim“ državama članicama, u odnosu na situaciju kada je trgovina liberalizirana između država koje se nalaze na bitno različitim stupnjevima razvoja. Međutim problemi integracije također ovise o strukturi tržišta. Budući da ukidanje međunarodnih barijera

Services: 2000-2005, Research Papers in Law, College of Europe, 2006, str. 41.

89 Hatzopoulos, V.: *Liberalising trade in services...*, op. cit., str. 16.

90 Predmet C-8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.

91 Spojeni predmeti C-267/91 i 268/91 *Keck and Mithouard* [1993] ECR I-6097.

92 Predmet C-275/92 *HM Customs and Excise v. Schindler* [1994] ECR I-01039.

93 Predmet C-243/01 *Criminal Proceedings against Piergiorgio Gambelli and others* [2003] ECR I-13031.

za posljedicu ima jačanje kompetitivnih snaga, njihov utjecaj na efikasnost tržišta i raspodjelu prihoda ovisi o tomu predstavlja li nesavršenost tržišta posljedicu prepreka za ulazak na tržište ili je ono posljedica nedovoljnog i nepravilnog informiranja. Integraciji tržišta mogu se suprotstavljati proizvođači koji uživaju pravo monopola, ali u onom omjeru u kojem je zakonodavstvo ustanovljeno kako bi se otežale tržišne mogućnosti, kao i potrošači zabrinuti za kvalitetu proizvoda. Stoga se može zaključiti kako se neka tržišta mogu lakše integrirati od ostalih.⁹⁴

ZAKLJUČAK

Kroz cjelokupnu primjenu Direktive o uslugama, u praksi vraćamo se mogućnosti ograničavanja odlučivanja država članica u području slobode pružanja usluga te je očigledno kako je uspješno ostvareno nastojanje da se ostvare zacrtani Lisabonski ciljevi i sačuva Europski socijalni model. S druge strane ostaje otvoreno pitanje koja je cijena toga u nacionalnim zakonodavstvima. Direktivom se pokušalo postići maksimalnu harmonizaciju radi postizanja Europskog socijalnog modela, međutim kako tumače autori Europski socijalni model može se ostvariti samo na nacionalnom nivou.

Europski sud koristi se i najmanjim poteškoćama za ostvarivanje temeljnih sloboda kao izgovorom za isključivanje važnog elementa nacionalnog prava. Ovaj radikalni pristup integraciji putem jedinstvenog tržišta postao je jasan upravo u posljednje vrijeme i razvidan je u samoj Direktivi o uslugama i načinima njezine implementacije.

Upravo zato Francuska i Njemačka nisu odlučile harmonizirati svoje pravo u području usluga jednako kao ostale države članice, te nisu uvele krovni zakon, već su implementirale direktivu putem posebnih postojećih zakona i na time udovoljile zahtjevu za implementacijom. Pritom valja uzeti u obzir kako se radi upravo o državama u kojima postoje najsocijalniji sustavi u odnosu na druge države članice.⁹⁵

Implementacija Direktive o uslugama u nacionalno zakonodavstvo tema je brojnih rasprava i uzrok niza problema. Države članice pristupile su implementaciji na dva temeljna načina: implementacijom putem donošenja jednog, tzv. krovnog zakona kojim se reguliraju sve vrste usluga na način kako se reguliraju Direktivom i kasnijim usklađivanjem preostalog zakonodavstva ili unošenjem promjena u konkretne postojeće zakone bez donošenja tzv. krovnog zakona.

Mišljenje kako Direktivu o uslugama nije dobro implementirati kao krovni zakon odražava se u činjenici da će nacionalna tijela imati puno posla prilikom autonomnog odlučivanja te bi bilo bolje implementirati te odredbe u cijelu lepezu zakona kojima se regulira sloboda pružanja usluga (nije dostatno samo usklađivanje na supranacionalnom nivou, važnije je međusobno usklađivanje unutar nacionalnog pravnog poretka) što donošenjem krovnog zakona izostaje.

94 Bertola, G., Mola, L.: *Services Provision and Temporary Mobility*, op. cit., str. 5.

95 Pelkmans, J.: *Mutual Recognition...*, op. cit., str. 22.

Usvajanjem Direktive o uslugama otvara se i niz pitanja vezanih uz pojavljivanje problema stvaranja novih mogućnosti za migracije.

Prilikom implementacije Direktive u Republici Hrvatskoj morat će se posebno voditi računa i o zaštiti potrošača posebice u odnosu na označavanje proizvoda i načine oglašavanja.

Summary

ISSUES CONCERNING THE IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE ON SERVICES IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF CROATIA – THE ABANDONMENT OF THE SOCIAL MODEL ON NATIONAL LEVEL?

The Republic of Croatia has an obligation to harmonise its legislation with *acquis communautaire* of the European Union, and so far, this obligation has been fulfilled within planned time frame. Nevertheless, at the same time, the national legal framework has been constantly tested. The tests are not imposed to question the obligation for implementation; rather they are used to probe methods for implementation of the European legal rules in concrete national legislation with the aim to conform the implemented solutions in the best possible manner to current legal framework and to European demands. The EU Directive on Services is the last example of implementation. According to the Bill on Services Act the Directive should be implemented in the Republic of Croatia by the “umbrella law” that regulates all services on horizontal level. The authors in the article analyse different modes of harmonisation and implementation of the European legislation in national legislation of Member States in regards to issues arising from non-harmonised legislative area and area where autonomy to regulate is maintained by the Member States. After comprehensive analysis of the Directive on Services the authors conclude that codification of the case law in text of the Directive and its implementation in national legislations, in fact, abrogates a casuistic character of principles developed in court practice and brings these principles closer to service providers as well as to Member States government. Moreover, the authors point out that the principles shall no longer be *ex post* remedies for service providers but *ex ante* obligations for national governments.

Key words: *Directive on services, freedom to provide services, harmonisation, market integration.*

Résumé

LES PROBLEMES DE MISE EN ŒUVRE DE LA DIRECTIVE 2006/123/CE DANS LA LEGISLATION DE LA REPUBLIQUE DE CROATIE - L'ABANDON DU MODELE SOCIAL AU NIVEAU NATIONAL ?*

Les auteurs de l'article analysent les problèmes de mise en œuvre de la Directive 2006/123/CE dans la législation nationale avec un accent particulier sur la mise en œuvre dans la République de Croatie. Le cadre juridique croate est aligné avec l'acquis communautaire. Mais la législation nationale est dans les tentations constantes qui se manifestent à travers les méthodes de mise en œuvre et la personnalisation de solutions mises en œuvre avec le cadre juridique existant. Le plus souvent cette mise en œuvre est effectuée par la traduction de documents sans harmonisation ultérieure de la législation existante. En pratique, nous sommes confrontés au problème des lois incompatibles aux niveaux verticaux et horizontaux. L'harmonisation du secteur des services s'effectue en Croatie avec l'élaboration et l'adoption d'un texte de loi unique, qui s'applique aux différents types de services. Cette approche de l'harmonisation de la législation nationale avec la Directive 2006/123/CE est adoptée par la plupart des pays de l'UE, sauf en Allemagne et en France.

Pendant la mise en œuvre de l'acquis communautaire d'UE dans la législation nationale, il est nécessaire de tenir en compte la tension constante entre le principe de la libre circulation au sein du marché intérieur et le maintien de la cohésion sociale au sein et dans les États membres. Bien que les modèles sociaux nationaux ne dépendent pas nécessairement de la méthodologie de mise en œuvre de la directive, ils sont hors du champ de la liberté du marché de l'Union européenne, car le principe de la libre circulation au marché intérieur affecte parfois les politiques nationales qui sont bien établies dans l'État membre concerné.

*Mots-clés: Directive 2006/123/CE, les services, marché intérieur,
l'harmonisation, les modèles sociaux.*

* Prijevod na francuski jezik: prof. dr. sc. Hana Horak i dr. sc. Kosjenka Dumančić.

Zusammenfassung

SCHWIERIGKEITEN BEI DER UMSETZUNG DER DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE IN DAS KROATISCHE RECHT: VERZICHT AUF DAS SOZIALMODELL AUF DEM NATIONALEN NIVEAU?

Die Harmonisierungspflicht der Republik Kroatien mit dem gemeinschaftlichen Besitzstand der EU geht im vorgesehenen Zeitraum in Erfüllung, wobei gleichzeitig der innerstaatliche gesetzgebende Rahmen dauernd in Versuchung geriet. Diese Harmonisierungspflicht kennzeichnet sich nicht durch die Implementierungspflicht, sondern durch die Art und Weise der Implementierung in die gegebene innerstaatliche Gesetzgebung, welche die implementierten Lösungen so gut wie möglich dem vorhandenen gesetzlichen Rahmen und den europäischen Anforderungen anpassen würde. Das letzte Beispiel der Implementierung ist die Dienstleistungsrichtlinie, die in der Republik Kroatien laut dem Entwurf des Dienstleistungsgesetzes mittels eines "Dachgesetzes" implementiert werden sollte, welches alle Dienstleistungen auf dem horizontalen Niveau reguliert. Die Autorinnen analysieren in dieser Arbeit verschiedene Arten und Weisen der Harmonisierung und Implementierung der europäischen Gesetzgebung in die innerstaatlichen Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten, indem sie sich auf die Schwierigkeiten berufen, die in nicht harmonisierten Bereichen der Gesetzgebung und in den Bereichen unter der regulatorischen Autonomie der Mitgliedstaaten, auftauchen. An Hand der Analyse der Dienstleistungsrichtlinie schließen die Autorinnen, dass die Kodifizierung der Rechtsprechung im Text der Richtlinie und ihre Implementierung in die innerstaatlichen Gesetzgebungen den kausalen Charakter der Prinzipien eigentlich auflösen, die durch die Rechtsprechung entwickelt wurden und sie sowohl an die Dienstleistungsanbieter als auch an die Gewalten der Mitgliedstaaten näher bringt. Dabei heben sie hervor, dass diese Prinzipien nicht mehr ex post Mittel für die Dienstleistungsanbieter sein werden, sondern dass sie ex ante Pflichten der Staatsgewalten sein werden.

Schlüsselwörter: *Dienstleistungsrichtlinie, freier Dienstleistungsverkehr, Harmonisierung, Marktintegration.*

RIASSUNTO

PROBLEMI DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA SUI SERVIZI NEL DIRITTO CROATO: RINUNCIA AL MODELLO SOCIALE SUL PIANO NAZIONALE?

L'obbligo della Repubblica di Croazia di conformarsi all'acquis comunitario viene portato avanti nel rispetto di cornici temporali pianificate; tuttavia, al contempo, il quadro legislativo nazionale si trova dinanzi a prove continue. Ciò si manifesta non attraverso l'obbligo di attuazione, bensì concretamente mediante l'implementazione nella legislazione nazionale affinché le scelte giuridiche operate rispondano al meglio sia alla normativa interna, sia alle esigenze europee. Uno dei più recenti esempi di attuazione è rappresentato dall'implementazione della Direttiva sui servizi, la quale secondo la proposta di legge sui servizi dovrebbe entrare a far parte della legislazione interna attraverso una legge "ombrello" con la quale si regolerebbero tutti i servizi sul piano orizzontale. Le autrici nel contributo analizzano le diverse modalità di armonizzazione e di attuazione della legislazione comunitaria nel diritto interno degli Stati membri, prestando attenzione ai problemi che si presentano nei settori legislativi non armonizzati, come pure in quelle aree legislative dove gli Stati membri godono di autonomia legislativa. Al termine dell'analisi della Direttiva sui servizi le autrici pervengono alla conclusione che la codificazione della prassi giurisprudenziale nel testo della Direttiva, come pure la sua attuazione nelle legislazioni nazionali in realtà annulla il carattere casuistico dei principi enunciati nella prassi giurisprudenziale, avvicinandoli tanto ai fruitori dei servizi, quanto ai poteri degli Stati membri; rilevano, altresì, come detti principi non saranno più dei rimedi ex post per i fruitori di servizi, bensì diventeranno obblighi ex ante posti a carico dei poteri nazionali.

Parole chiave: *Direttiva sui servizi, libera prestazione di servizi, armonizzazioni, integrazione del mercato.*

PREDATORSKE CIJENE U SEKTORU ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA U EUROPSKOM I HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman, docentica
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Katedra za pravo

UDK: 004.7:339.13(4)
004.7:339.13(497.5)
Ur.: 18. listopada 2011.
Pr.: 2. studenoga 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Tržište elektroničkih komunikacija specifično je po procesu njegovog otvaranja konkurenciji koje u Europskoj uniji traje od sredine 1980-ih godina. Od 1998. većina operatora, nekadašnjih državnih monopolista, izložena je punoj konkurenciji uz primjenu specifičnog regulatornog okvira i dodatnu primjenu općih pravila o tržišnom natjecanju. Međutim, i na liberaliziranom tržištu mnogi izazovi opstaju budući da nekadašnji monopolisti i dalje drže značajne tržišne pozicije. U tom su smislu naročito značajna „strateška“ tržišta, ona bitna za razvoj informatičkog društva, kao što je tržište pristupa brzom internetu za privatne korisnike. U ovom radu razmatra se primjena pravila o zlouporabi vladajućeg položaja predatorskim cijenama u europskom pravu tržišnog natjecanja, s naglaskom na predmet Wanadoo u kojem je Sud EU-a potvrdio primjenu svoje ranije prakse (tzv. AKZO-kriteriji). Razmatraju se temeljna pravna pitanja relevantna za utvrđivanje zlouporabe predacijom, naročito pitanje je li za dokazivanje predacije potrebno dokazati i mogućnost povrata gubitaka od strane vladajućeg poduzetnika, te može li se predacija opravdati pozivanjem na usklađivanje ponašanja s ponašanjem takmaca. Pristup europskoga prava u ovom kontekstu uspoređuje se i s pristupom američkoga Vrhovnog suda. U radu se raspravlja i o tretmanu instituta zlouporabe predatorskim cijenama u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja te se izlaže ključna praksa hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Ključne riječi: *predatorske cijene, zlouporaba vladajućeg položaja, elektroničke komunikacije, tržišno natjecanje.*

1. UVOD

Do sredine 1980-ih godina pružanje telekomunikacijskih usluga bilo je rezervirano za nacionalne operatore, državna trgovačka društva, koji su imali posebna i isključiva prava za obavljanje te djelatnosti. Od 1. siječnja 1998. većina operatora u tadašnjoj Europskoj zajednici bila je izložena „punoj konkurenciji“. Međutim, iako je *de iure* njihov monopol ukinut, mnogi operatori i dalje *de facto* imaju visoke tržišne udjele i značajnu tržišnu snagu u nizu mjerodavnih tržišta. Premda samo postojanje vladajućeg položaja nije zabranjeno, ponašanje poduzetnika koji ima vladajući položaj na mjerodavnom tržištu koje znači zlouporabu takvog položaja jest zabranjeno (čl. 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, dalje: UFEU). U pravilu o vladajućem položaju bit će riječ ako poduzetnik ima više od 40% tržišnog udjela na mjerodavnom proizvodnom tržištu, a u iznimnim slučajevima može biti riječ o tome da nekoliko poduzetnika koji imaju udjele manje od 40% drže „zajednički“ vladajući položaj. Doktrinarno se razlikuje, tzv. isključujuća zlouporaba, koja je usmjerena na isključivanje konkurenata s tržišta te iskorištavajuća zlouporaba, kojom se nanosi šteta potrošačima odnosno dobavljačima. Prije negoli je moguće utvrditi je li došlo do zlouporabe vladajućeg položaja potrebno je najprije utvrditi ima li poduzetnik vladajući položaj, a za to je nužno odrediti mjerodavno proizvodno i mjerodavno zemljopisno tržište.

U kontekstu regulatornog okvira za tržište elektroničkih komunikacija koristi se pojam „značajne tržišne snage“ (engl. *SMP, significant market power*) koji je po svome značenju izjednačen s pojmom vladajućeg položaja iz „općeg“ prava tržišnog natjecanja. U tom su smislu za primjenu članka 102. UFEU-a na operatore u području elektroničkih komunikacija važne Smjernice Komisije o značajnoj tržišnoj snazi,¹ ali i Komisijina Preporuka o mjerodavnim tržištima u sektoru elektroničkih komunikacija.² Iz Komisijinih Smjernica o značajnoj tržišnoj snazi vidljivo je da se smatra da tržišni udjel veći od 50% u pravilu sam po sebi ukazuje na postojanje vladajućeg položaja.³ Iz prakse Komisije jasno je da vladajući položaj postoji u slučajevima kada poduzetnik ima više od 40% tržišnog udjela, iako u nekim slučajevima vladajući položaj može postojati i ako je tržišni udio niži.⁴ Međutim, postojanje vladajućeg položaja ne može se utvrditi samo na temelju visokog tržišnog udjela, već je potrebno uzeti u obzir niz čimbenika koji mogu biti relevantni: ukupna veličina poduzetnika, tehnološke prednosti, odnosno

1 *Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services*, OJ 2002 C165/6.

2 *Commission Recommendation of 11 February 2003 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services*, OJ 2003 L114/45.

3 Smjernice o značajnoj tržišnoj snazi (vidi bilj. 1), para 75.

4 *Ibid.*

superiornost, nepostojanje protutežće snage kupaca, odnosno niska snaga kupaca, vertikalna integracija, nepostojanje potencijalne konkurencije, prepreke za širenje itd.⁵ Kada ispituje postojanje vladajućeg položaja na jednom mjerodavnom tržištu, Komisija će vjerojatno uzeti u obzir ima li taj poduzetnik vladajući položaj i na nekom od susjednih (horizontalnim ili vertikalnim) tržišta kako bi mogla utvrditi dolazi li do iskorištavanja tržišne snage na tom susjednom tržištu (engl. *leverage of market power*).⁶

Poduzetnik u vladajućem položaju na nekom od mjerodavnih tržišta u sektoru elektroničkih komunikacija može na različite načine iskoristiti svoju tržišnu snagu na način da bude riječ o zlouporabi vladajućeg položaja. Kao prvo, operator svojim postupkom može ograničiti djelovanje konkurenata, primjerice, na način da odbije konkurentu pristup ključnoj infrastrukturi.⁷ Kao drugo, operator svojim postupkom može proširiti vladajući položaj na područja u kojima još nije dominantan, primjerice, vezanjem proizvoda, odnosno usluga (engl. *tying, bundling*) ili zahvaljujući vladajućem položaju na jednom tržištu istiskivati konkurente sa susjednog tržišta (engl. *price squeeze, margin squeeze*).⁸ Kao treće, operator svojim

5 Smjernice o značajnoj tržišnoj snazi (vidi bilj. 1), para 78.

6 Ibid., para 83-85. Za institut zajedničkog vladajućeg položaja vidi para 86-106.

7 Operator u vladajućem položaju može ograničiti djelovanje konkurenata tako da odbije njihov pristup ključnim uslugama, odnosno da im odobri pristup samo uz diskriminatorne ili pretjerane uvjete, odnosno na način da im odredi ograničenja glede korištenja ključnih usluga. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6. izd., OUP, str. 1151. Za ocjenjivanje je li riječ o zlouporabi vladajućeg položaja zbog odbijanja pristupa u području elektroničkih komunikacija primjenjuje se *Telecoms Access Agreements Notice* iz 1998. (*Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector – framework, relevant markets and principles*, OJ 1998 C265/02). Odbijanje pristupa komunikacijskim uslugama znači povredu čl. 102. UFEU-a samo ako ima iskorištavajuće, odnosno protukonkurentne učinke (*Telecoms Access Agreements Notice*, para 83). Detaljnije o praksi Suda EU i sudova u državama članicama vidi Bellamy & Child, op. cit., str. 1152.

8 Za istiskivanje cijenama vidi praksu u predmetu *Deutsche Telekom* (odluka Komisije od 21.5.2003., OJ 2003 L263/9, presuda Općeg suda EU T-271/03 ECR 2008 II-477, presuda Suda EU od 14.10.2010., C-280/08 *Deutsche Telekom protiv Komisije* (još nije objavljena u ECR)) i u predmetu *Telefonica* (odluka Komisije od 4.7.2007., COMP/38.784 *Wanadoo España protiv Telefonica*, predmet T-336/07 *Telefonica protiv Komisije* (postupak u tijeku).

O istiskivanju cijenama odlučivala je Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u predmetu koji je pokrenuo B.net Hrvatska protiv HT-a (rješenje AZTN od 31. kolovoza 2010., NN br. 115/2010). B.net i HT konkurenti su na tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima u RH, ali na povezanom tržištu (tržištu iznajmljenih elektroničkih komunikacijskih vodova), gdje iznajmljuje vodove koji omogućuju pružanje usluge prijenosa TV-programa, HT ima vladajući položaj. B.net je tvrdio da je cijena na veleprodajnom tržištu najma vodova takva da davatelje usluga prijenosa TV-programa istiskuje s tržišta. Međutim, zahtjev B.neta je odbijen jer je Agencija utvrdila da B.net i pružatelj usluga prijenosa TV-programa zapravo pretežito koriste vlastitu infrastrukturu, a ne vodove HT-a, dok istodobno postoji i mogućnost korištenja vodova drugih poduzetnika (HEP-a, HŽ-a i dr.). Drugim riječima, Agencija je utvrdila da vodovi HT-a nisu nužan resurs za pružanje usluga prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima. O odluci Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja glede navodnog predatorskog ponašanja HT-a u istom predmetu vidi *infra*.

postupkom može nametnuti kupcima cijene koje oni ne bi prihvatili u uvjetima učinkovitog tržišnog natjecanja.⁹ Kao četvrto, operator svojim postupkom može nametnuti uvjete dobavljačima koje oni ne bi odobrili da nije riječ o kupcu-operatoru u vladajućem položaju.

2. REZANJE CIJENA

Kažnjavanje poduzetnika zbog toga što nudi svoj proizvod, odnosno usluge po iznimno niskim cijenama kontroverzno je zbog toga što može biti teško razlikovati je li riječ o niskim cijenama koje koriste potrošačima ili o zlouporabnom ponašanju dominantnog poduzetnika koji takvim niskim cijenama želi eliminirati konkurente s tržišta. Budući da je rezanje cijena kao rezultat tržišne utakmice jedna od najpoželjnijih posljedica konkurencije, „posljednja stvar koju bi netko htio bilo bi omogućiti poduzetnicima da se koriste pravom tržišnog natjecanja radi discipliniranja rivala koji režu cijene“.¹⁰ Ako bi pravila koja reguliraju određivanje niskih cijena bila nejasna ili nepotrebno restriktivna postoji rizik da će poduzetnici biti oprezni oko snižavanja cijena.¹¹ Zbog toga je bitno uspostaviti takav test za ocjenu predatorskog ponašanja koji neće kažnjavati ponašanje poduzetnika koje se smatra poželjnim.

Poticanje poduzetnika na natjecanje cijenama temeljna je odrednica prava i politike tržišnog natjecanja bez obzira kakav tržišni položaj poduzetnici imaju, tj. bez obzira je li riječ o dominantnom poduzetniku ili ne.¹² Praksa Komisije i nadnacionalnih europskih sudova na temelju članka 102. UFEU-a jasno odražava takvo stajalište. Tako se primjerice navodi da je „agresivno cjenovno rivalstvo temeljni konkurentski instrument“.¹³ U predmetu *AKZO* Komisija u svojoj odluci navodi da je „poduzetnik u vladajućem položaju ovlašten natjecati se na temelju vlastite uspješnosti (*on the merits*)“, a ne smatra da bi se „veći proizvođači morali suzdržavati od žestokog natjecanja s manjim konkurentima ili novim ulaznicima“.¹⁴ Nezavisni odvjetnik Fennelly jasno navodi da se stav o pozitivnom cjenovnom konkuriranju odnosi i na poduzetnike u vladajućem položaju: „Pravo tržišnog natjecanja Zajednice... ne bi smjelo dati manje učinkovitim poduzetnicima „sigurnu luku“ od žestokog natjecanja čak ni od poduzetnika koji su u vladajućem

9 Primjerice, za nametanje dodatnih obveza vidi rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 12.7.2007. kojim je na prijedlog VIPnet-a utvrđena zlouporaba od strane HT-a i T-Mobile jer su uvjetovali sklapanje ugovora pristankom na dodatne obveze koje nisu u svezi s predmetom ugovora (takvi ugovori bili su sklopljeni s 23 poduzetnika), NN br. 100/2007.

10 Elhauge/Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart, 2007., str. 314.

11 Vidi Robert O'Donoghue, A. Jorge Padilla, *The law and economics of Article 82 EC*, Hart, 2006., str. 236.

12 Vidi O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 235.

13 Eurofix-Bauco/Hilti, OJ 1988 L 65/19, para 18.

14 ECS/AKZO, OJ 1985 L 374/1, para 81, potvrđeno u C-62/86, AKZO Chemie BV protiv Komisije (1991) ECR I-3359.

položaju¹⁵. Međutim, nisu svi oblici cjenovnog natjecanja zakoniti.

3. EKONOMSKA TEORIJA O PREDACIJI

Tradicionalna ekonomska teorija koja objašnjava predatorske cijene govori o predatoru, dominantnom poduzetniku, koji kratkoročno postavlja cijene tako nisko da njegovi konkurenti napuštaju tržište, a potencijalni ulaznici odustaju od ulaska na tržište, nakon čega srednjoročno odnosno dugoročno slijede više cijene.¹⁶ U takvim okolnostima i predator i „žrtve“ imaju značajne troškove. Da bi se predacija smatrala racionalnim ponašanjem, predator treba imati opravdana očekivanja da će gubitke nadoknaditi budućim dobitima, odnosno da će dobiti nakon prestanka predacije biti dovoljno visoki da bi se isplatilo podnošenje gubitaka.¹⁷ Međutim, ne postoji konsenzus među ekonomistima oko toga koja bi pravila trebalo primijeniti na predatorsko ponašanje, odnosno treba li predatorske cijene uopće smatrati realnom poslovnom strategijom. Teorije se razlikuju od onih koje predatorske cijene smatraju toliko iracionalnima da se zapravo nikada ne pojavljuju, do onih prema kojima bi se svako rezanje cijena od strane poduzetnika u vladajućem položaju, kao reakcija na novi ulazak na tržište, trebalo podvrgnuti nekim ograničenjima.¹⁸

Određeni konsenzus postoji ipak ako korištenja troškovnih kriterija kao odlučnih za ocjenjivanje je li riječ o predatorskim cijenama, iako i glede toga pitanja (troškovi kao kriterij) postoji opet niz mišljenja koje troškove treba smatrati relevantnima kada je riječ o predaciji.¹⁹ Na formiranje pravnih pravila glede predatorskih cijena najveći je utjecaj izvršio test koji su predložili američki znanstvenici Phillip E. Areeda i Donald F. Turner (tzv. *Areeda-Turner test*). Prema njemu se cijena niža od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*) smatra iracionalnom za poduzetnika koji teži maksimizaciji profita i koju stoga treba smatrati predatorskom, dok se cijena viša od prosječnog varijabilnog troška, barem kratkoročno, treba smatrati razumnom granicom za legitimnu cijenu.²⁰

15 Mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu C-395/96 P i C-396/95 P, *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA i Dsfra-Lines A/S protiv Komisije* (2000) ECR I-1365), para 117, 132.

16 Detaljno o ekonomskim teorijama koje objašnjavaju predatorsko ponašanje, bilo da ga smatraju realnom poslovnom strategijom, bilo da ga smatraju tako rijetkim da uopće ne treba intervenirati, vidi: OECD, *Predatory pricing*, 1989., <http://www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf>. Vidi i O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 235-302.

17 OECD, *ibid.*, str. 7.

18 Za dobar pregled ekonomskih teorija vidi, OECD, *ibid.*

19 Vidi detaljnije O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 236 et seq.

20 Vidi PE Areeda, DF Turner, *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*, (1975) 88 *Harvard Law Review* 697-733. Vidi detaljnije u O'Donoghue, Padilla, str. 240.

4. TEST ZA PREDACIJU U EUROPSKOM PRAVU

U pravu tržišnog natjecanja EU-a primjenjuje se tzv. AKZO-pravilo koje sadrži dva koraka ocjenjivanja je li riječ o predatorskim cijenama.²¹ Kao prvo, cijena niža od prosječnog varijabilnog troška (trošak koji varira ovisno o količini proizvedenoga) smatra se zloporabnom. Kao drugo, cijena niža od prosječnog ukupnog troška (prosječni fiksni trošak plus prosječni varijabilni trošak), ali viša od prosječnog varijabilnog troška smatra se zloporabnom ako čini „dio plana za eliminiranje konkurenta“.²² Jasno je da prvo AKZO-pravilo reflektira *Areeda-Turnerov test* prema kojem su cijene ispod prosječnog varijabilnog troška iracionalne: prihodi poduzetnika bi morali barem biti veći od troškova koji variraju s količinom proizvedenoga jer dugoročna prodaja po cijeni ispod prosječnog varijabilnog troška dovodi do toga da poduzetnik mora ugasiti proizvodnju. U tom smislu europski sudovi zaključuju da dominantni poduzetnik nema drugoga razloga primjenjivati ovakvu strategiju doli radi eliminacije konkurenata kako bi mogao naknadno povećati cijene koristeći svoj monopolistički položaj.²³ Drugo AKZO-pravilo odražava stav da pod određenim okolnostima poduzetnik ipak može odrediti cijenu ispod prosječnih ukupnih troškova (primjerice, zbog trenutnog pada potražnje).

21 Detaljno o predmetu AKZO, vidi V. Šoljan, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zloporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, Ibis grafika, 2004., str. 318-327.

22 Komisija u Discussion Paper preferira test *AAC* (*average avoidable cost*), para 106, ali i priznaje da će teško uvijek biti na raspolaganju dokazi o namjeri eliminiranja konkurenata, pa treba uzeti u obzir neke objektivne čimbenike koji ukazuju neizravno na postojanje „plana eliminiranja konkurenata“, para 113, 115. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dec 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

U kasnijem interpretativnom dokumentu Komisija navodi da će koristiti dva kriterija: *AAC* (*average avoidable cost*, prosječni trošak koji se može izbjeći) i *LRAIC* (*long-run average incremental cost*, dugoročni prosječni trošak koji se mijenja ovisno o promjeni količine proizvoda). Komisija ovako definira ove vrste kriterija: „Average avoidable cost is the average of the costs that could have been avoided if the company had not produced a discrete amount of (extra) output, in this case the amount allegedly the subject of abusive conduct. In most cases, AAC and the average variable cost (AVC) will be the same, as it is often only variable costs that can be avoided. Long-run average incremental cost is the average of all the (variable and fixed) costs that a company incurs to produce a particular product.“ Naime, ako nije pokriven prosječni trošak koji se može izbjeći, to ukazuje da vladajući poduzetnik kratkoročno žrtvuje profit, a da jednako učinkovit takmac ne može usluživati kupce bez gubitaka. S druge strane, ako nije pokriven dugoročni prosječni trošak koji se mijenja ovisno o promjeni količine proizvoda, to znači da vladajući poduzetnik nema povrat fiksnih troškova i da bi jednako učinkovit takmac zbog toga bio isključen s tržišta. Vidi *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009/C 45/02), para 26.

23 Vidi O'Donoghue, Padilla, op. cit., str. 246. Iako Vrhovni sud SAD-a ne zagovara konkretnu razinu troškova kao predacijsku, već ostavlja to pitanje otvorenim („appropriate measure of cost“), vidi *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 US 209 (1993), niži sudovi uglavnom koriste *Areeda-Turnerov test*.

Za razliku od američkoga prava tržišnog natjecanja koje zauzima skeptičan stav prema određivanju predatorskih cijena kao realnoj poslovnoj strategiji europsko pravo znatno je podozrivije prema dominantnim poduzetnicima koji režu cijene ispod razine troška.²⁴ U tom smislu javlja se zabrinutost da skepsa prema mogućoj prekomjernoj intervenciji protiv ponašanja koje je moguće sasvim poželjno, dovodi do prekomjernog toleriranja nepoželjnih predatorskih cijena (engl. *underdeterrence*).²⁵ Usprkos mnogim komentatorima koji su tražili pomak europskoga stava prema američkom shvaćanju predatorskog ponašanja, odnosno prema snažnijoj primjeni tzv. „ekonomskog pristupa“, najnovija praksa Komisije i Suda EU ne donosi u tom smislu neke promjene, već samo potvrđuje ranije ustaljenu praksu.²⁶

5. PREDATORSKE CIJENE NA TRŽIŠTU ELEKTRONIČKIH KOMUNIKACIJA: PREDMET *WANADOO*

Najnoviji slučaj zabrane predatorskog ponašanja u EU odnosi se na odluku Komisije kojom je utvrđeno nezakonito zlouporabno predatorsko ponašanje poduzetnika Wanadoo Interactive (dalje: Wanadoo), tadašnjeg društva kćeri France Telecoma.²⁷ Komisija je utvrdila da je Wanadoo zlouporabio svoj vladajući položaj određivanjem predatorskih cijena na tržištu brzog interneta za privatne korisnike u Francuskoj. Komisija je utvrdila da je nudio svoje usluge Wanadoo ADSL i eXtense po cijenama koje su bile znatno ispod varijabilnog troška (od ožujka 2001. do kolovoza 2001.), odnosno na razini varijabilnog troška, ali znatno ispod ukupnog troška (od kolovoza 2001. do listopada 2002.). Gledajući širi kontekst, problematično je bilo to što je Wanadoo bio društvo kćer prijašnjeg monopolista na telekomunikacijskom tržištu, France Telecoma, koji je u to vrijeme držao gotovo 100% udjela na tržištu veleprodaje ADSL usluga za pružatelje usluge pristupa internetu (engl. *Internet service providers*), među kojima je bio i Wanadoo. Naročito je zabrinjavalo što je riječ o brzorastućem, „strateškom“ tržištu (strateško tržište je zbog toga što se smatra ključnim za razvoj informatičkog društva) koje je, kako je

24 Za usporedbu američkoga i europskoga prava, vidi Adrian Emch, Gregory K. Leonard, *Predatory pricing after linkLine and Wanadoo*, GCP-The Online Magazine for Global Competition Policy, May 2009. O korijenima američkoga skeptičnog stava glede predacije, vidi V. Šoljan, *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja* Europske zajednice, Ibis grafika, 2004., str. 304-305.

25 Vidi Alberto Alemanno, Marco Ramondino, *The ECJ France Telecom/Wanadoo judgment: „To recoup or not to recoup? That „was“ the question for a predatory price finding under Article 82 EC“*, European Law Reporter, no. 6/2009, str. 207-208.

26 Čini se da reforma nije hitna, odnosno potrebna zbog ograničenoga broja postupaka koje Komisija pokreće zbog predatorskog ponašanja. Tako Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 208.

27 *Wanadoo Interactive*, COMP/38.233, 2003. Odluku Komisije potvrdio je Opći sud (T-340/03 *France Telecom protiv Komisije*, ECR (2007) II-107) te naposljetku i Sud EU (C-202/07 P *France Telecom protiv Komisije*, ECR (2009) I-2369).

smatrala Komisija, Wanadoo imao namjeru preuzeti na štetu takmaca. Od siječnja 2001. do rujna 2002. tržišni udjel Wanadoo narastao je sa 46% na 72%, a tržište je u istom razdoblju naraslo pet puta. Komisija je utvrdila da je njegove konkurente obeshrabrila razina gubitaka koje su morali trpjeti da bi se natjecali s Wanadoo. Na kraju razdoblja unutar kojeg je povreda trajala niti jedan od rivala nije imao tržišni udjel veći od 10%, a jedan od konkurenata bio je prisiljen izaći s tržišta. Prema dokazima koje je prikupila Komisija (interni dokumenti poduzetnika) bilo je riječ o svjesnoj poslovnoj politici ulaženja u poslovanje s gubicima. Nakon što je zlouporabno ponašanje prestalo (u listopadu 2002.) tržište je znatno poraslo, što je vidljivo iz činjenice da je broj pretplatnika na pristup internetu rastao više unutar razdoblja od sedam mjeseci (rujan 2002. do ožujka 2003.) nego unutar razdoblja od sedamnaest mjeseci (ožujak 2001. do kolovoza 2002.) unutar kojega je trajala zlouporaba. Komisija je kaznila Wanadoo novčanom kaznom u iznosu od 10,35 milijuna eura, a tu visinu kazne potvrdili su kasnije i Opći sud i Sud EU.

Premda je Wanadoo u postupku pred Općim sudom osporavao definiciju mjerodavnog tržišta koju je postavila Komisija (tržište brzog interneta za privatne korisnike) smatrajući da tržište brzog i sporog interneta čine jedinstveno tržište, Sud je potvrdio ispravnost Komisijinog stava da ne postoji dovoljan stupanj zamjenjivosti između ta dva načina pristupa internetu.²⁸

Osim toga Wanadoo je ustvrdio da je pogrešno utvrđeno da postoji njegov vladajući položaj zbog toga što je riječ o brzorastućem tržištu. Stoga gledajući dinamično, nije moguće odrediti vladajući položaj samo putem trenutnih tržišnih udjela, već je nužno uzeti u obzir i potencijalnu konkurenciju, naročito s obzirom na činjenicu da je tržišni udjel Wanadoo pao više od 10% u razdoblju od kolovoza 2002. do ožujka 2003. Međutim, Sud je naveo da je Komisija ispravno utvrdila postojanje vladajućeg položaja naročito s obzirom na činjenicu da je Wanadoo imao vrlo visok tržišni udio u relevantnom razdoblju (na početku razdoblja povrede, u ožujku 2001., 50% tržišni udio je narastao na 72% u ožujku 2002. i ostao stabilan do kraja povrede, kolovoza 2002.), da je imao osam puta više ADSL pretplatnika od svog najjačeg konkurenta, te s obzirom na svoju povezanost s France Telecom, ranijim monopolistom na telekomunikacijskom tržištu u Francuskoj koja mu je davala određene prednosti u odnosu na konkurente. Sud je naveo da je prema ranijoj praksi jasno da su vrlo visoki tržišni udjeli, osim u iznimnim okolnostima, dokaz o postojanju vladajućeg položaja.²⁹ U tom kontekstu Sud je istaknuo da činjenica da je riječ o brzorastućem tržištu ne onemogućava primjenu članka 102. UFEU-a.³⁰

28 Presuda Općeg suda T-340/03, para 78-91.

29 Presuda Općeg suda T-340/03, para 100 – tako u predmetu 85/76 *Hoffmann-La Roche protiv Komisije*, [1979] ECR 461, para 41 i T-221/95 *Endemol protiv Komisije* [1999] ECR II-1299, para 134; u predmetu C-62/86 *AKZO protiv Komisije* [1991] ECR I-3359, para 60 Sud je smatrao da je to slučaj u okolnostima kada poduzetnik ima 50% tržišnog udjela.

30 Presuda Općeg suda T-340/03, para 107.

5.1. Dva ključna pravna pitanja

Dva su važna pravna pitanja koja se razmatraju u predmetu *Wanadoo*. Prvo je pitanje je li za dokazivanje zlouporabne predacije potrebno dokazati i realnu mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka (engl. *recoupment*). Drugo je pitanje može li se praksa određivanja cijena ispod troška opravdati potrebom (vladajućeg) poduzetnika da svoju cjenovnu politiku uskladi s onom konkurenata.

5.1.1. Mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka

Kao što je već rečeno, u predmetu *Wanadoo* koristi se test za utvrđivanje je li riječ o predatorskim cijenama koji je uspostavljen u ranijoj sudskoj praksi (predmeti *AKZO*, *Tetra Pak*). Taj se test temelji na tome u kakvom su odnosu cijene poduzetnika u vladajućem položaju prema troškovima koje ima za obavljanje određene djelatnosti. Tako je i dalje jasno da se smatra da je riječ o *per se* zlouporabnim predatorskim cijenama ako su niže od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), jer u takvom slučaju smatra da dominantni poduzetnik nema drugi ekonomski cilj osim eliminiranja svojih konkurenata, a u takvom se slučaju presumira njegova „eliminatorska namjera“. S druge strane, ako su cijene veće od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), ali su niže od prosječnog ukupnog troška (*ATC*), takve cijene se smatraju zlouporabnima samo ako su određene kao dio plana čiji je cilj eliminacija konkurenata, tj. nisu *per se* zlouporabne, nego samo ako se dokaže da su dio plana za eliminaciju konkurenata.³¹

Ključno pitanje koje je relevantno kada je riječ o kriterijima koji moraju biti ispunjeni da bi bila riječ o zlouporabnoj predaciji jest je li neophodno dokazati da je dominantni poduzetnik mogao nakon što prestane s predacijom realno nadoknaditi pretrpljene gubitke. Argument koji se ovdje ističe jest sljedeći: ako nadoknađivanje pretrpljenih gubitaka nije moguće, onda se dominantni poduzetnik neće ni upuštati u takvu cjenovnu strategiju, tj. ona nije ekonomski racionalna. U tom se smislu *France Telecom* poziva na odluke različitih nacionalnih sudova i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, kao i na brojne akademske komentatore. Naravno, ovdje se prvenstveno aludira na to da u američkom pravu mogućnost nadoknade pretrpljene štete mora biti dokazana da bi se dokazala zlouporaba. Komisija u tom smislu raspolaze jednim načelnim argumentom i jednim argumentom koji se veže uz konkretne činjenice predmeta: prvo, Komisija navodi da u pravu EU-a, čim postoji vladajući položaj, postoji i mogućnost povrata gubitaka, a drugo, u konkretnom slučaju eksponencijalni rast tržišta čini povrat gubitaka vjerovatnim.³²

Sud izričito navodi da mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka nije relevantna za dokazivanje predacije: „nije potrebno dokazati mogućnost povrata gubitaka

31 Vidi *AKZO protiv Komisije*, para 71 i 72; predmet C-333/94 P *Tetra Pak protiv Komisije* [1996] ECR I-5951, para 41, presuda Općeg suda, para 130, potvrđeno u Sud EU C-202/07 P, para 109.

32 Vidi para 101, 102 presude Suda EU C-202/07 P.

koje je dominantni poduzetnik pretrpio tijekom provođenja strategije predacije³³. Takav dokaz naročito nije potreban ako je riječ o situaciji u kojoj je moguće presumirati „eliminatorsku namjeru“ dominantnog poduzetnika zbog toga što je cijenu odredio ispod prosječnog varijabilnog troška (*AVC*).³⁴ Ipak, Sud smatra da Komisija smije koristiti pitanje mogućnosti povrata gubitaka kao relevantnog čimbenika za utvrđivanje je li riječ o zloporabnoj praksi. Ako je riječ o cijenama nižima od prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), u takvoj situaciji Komisija može koristiti mogućnost povrata gubitaka kao čimbenika kojim će isključiti relevantnost ekonomskih opravdanja za određivanje tako niskih cijena. U takvoj situaciji presumira se da su cijene zloporabne, presumira se „eliminatorska namjera“. Ako je riječ o cijenama koje su iznad prosječnog varijabilnog troška (*AVC*), ali ispod prosječnog ukupnog troška (*ATC*), Komisiji utvrđivanje mogućnosti povrata pretrpljenih gubitaka može pomoći u utvrđivanju da postoji plan eliminiranja konkurenata. U takvoj se situaciji ne presumira da je praksa zloporabna, već je potrebno dokazati postojanje plana eliminacije, pa može dobro doći i dokaz o mogućnosti povrata pretrpljenih podataka da bi se praksa smatrala zloporabnom.³⁵ Štoviše, Sud smatra da nemogućnost povrata pretrpljenih gubitaka neće onemogućiti poduzetnika da ojača svoj vladajući položaj zbog toga što će nakon povlačenja s tržišta jednog ili više njegovih takmaca razina konkurencije koja postoji na tržištu, i koja je već bila oslabljena zahvaljujući prisustvu dominantnog poduzetnika, biti još više umanjena, a potrošači će snositi gubitak koji će biti rezultat ograničavanja izbora.³⁶

Odbacivanje kriterija povrata gubitaka kao nužnog elementa za dokazivanje zloporabne predacije duboko je ukorijenjeno u europsko shvaćanje primjene članka 102. UFEU-a. Samo postojanje poduzetnika koji ima vladajući položaj na tržištu dovodi do slabljenja konkurencije i samo ponašanje takvog poduzetnika kojim posluje ispod razine troškova dovoljno je da bi ga se kaznilo bez potrebe dokazivanja je li stvarno nastupila šteta za potrošače. Tako Sud EU u predmetu *France Telecom* navodi svoju tradicionalnu praksu, i to predmet *Hoffman-La Roche* iz kojeg citira da je vladajući položaj, položaj ekonomske snage koju ima poduzetnik, koja mu omogućava da sprječava učinkovito tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu koja mu daje snagu da se u značajnoj mjeri ponaša neovisno o svojim konkurentima, kupcima i potrošačima.³⁷ Riječ je o ponašanju kojim se utječe na strukturu tržišta na kojem je razina konkurencije već oslabljena i koji putem metoda različitih od onih koje upravljaju normalnim tržišnom natjecanjem na temelju transakcija poslovnih operatora ima učinak sprječavanja održavanja razine konkurencije koja još postoji na tržištu ili rasta te konkurencije.³⁸ Ključno je da se članak 102. ne odnosi samo na

33 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 110.

34 Ibid.

35 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 111.

36 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 112.

37 85/76 *Hoffman-La Roche* (1979) ECR 461, para 38.

38 *Hoffman-La Roche*, para 91, *Nederlandsche Banden-Industrie, Michelin*, para 70; *AKZO*, para 69, *British Airways* C-95/94 P para 66.

praksu koja može dovesti do izravne štete za potrošače, već i na one prakse koje su štetne za potrošače putem njihovog učinka na učinkovitu konkurentsku strukturu,³⁹ zbog čega dominantan poduzetnik ima „posebnu odgovornost“ ne ponašati se na način da ograničava tržišno natjecanje.

Neki komentatori smatraju da se kriterij povrata pretrpljenih gubitaka ipak može primijeniti ako to zahtijevaju okolnosti slučaja.⁴⁰ To izvode iz sljedećeg navoda Suda EU u predmetu *Tetra Pak protiv Komisije*: „Ne bi bilo prikladno, s obzirom na okolnosti ovog slučaja, zahtijevati dodatni dokaz da Tetra Pak ima realne šanse povratiti svoje gubitke.“⁴¹ Međutim, iz predmeta *France Telecom* jasno je da kriterij povrata gubitaka nije nužan za ocjenu predatorskog ponašanja. Naime, činilo se da je nakon presuda u predmetima *AKZO* i *Tetra Pak* Sud ostavio otvorenim pitanje treba li kriterij povrata gubitaka smatrati primjenjivim kod ocjene nezakonitoga predatorskog ponašanja. Naročito su u kontekstu predmeta *Tetra Pak* komentatori tumačili da se taj kriterij ne primjenjuje samo ako je riječ o „superdominantnom“ poduzetniku – poduzetniku koji ima osobito jak vladajući položaj, gotovo monopolni položaj, odnosno da se *a contrario* taj kriterij mora primjenjivati kada je riječ o poduzetniku koji ima „samo“ vladajući (ne „super-vladajući“) položaj.⁴² U predmetu *France Telecom* Sud EU jasno navodi da iz njegove ranije prakse ne proizlazi obveza dokazivanja mogućnosti povrata pretrpljenih gubitaka kod utvrđivanja predatorskog ponašanja te daje autentično tumačenje svoje ranije prakse navodeći da je u predmetu *Tetra Pak* odlučna činjenica bila to što se „eliminatorna namjera dominantnog poduzetnika mogla presumirati s obzirom na njegovo postavljanje cijena ispod prosječnog varijabilnog troška“.⁴³

Ključ za razumijevanje stava Suda u pogledu primjene kriterija povrata gubitaka može se pronaći u dijelici presude Suda EU u predmetu *Tetra Pak* koji citira Opći sud u predmetu *France Telecom*: „Kažnjavanje zbog predatorskih cijena treba biti moguće kada god postoji rizik eliminiranja konkurenata. ... Cilj kojem se teži – održanje neiskrivljene konkurencije – isključuje čekanje da takva strategija stvarno dovede do eliminiranja konkurenata.“⁴⁴ Tako Sud EU u predmetu *France Telecom* navodi: „Svaki izostanak mogućnosti povrata gubitaka nije dovoljan da spriječi da dotični poduzetnik ojača svoj vladajući položaj, naročito nakon što se s tržišta povuče jedan ili nekoliko njegovih konkurenata, tako da je stupanj konkurencije koja postoji na tržištu, koji je već oslabljen upravo zbog prisutnosti dotičnog poduzetnika, dalje oslabljen, a potrošači snose gubitak kao rezultat ograničavanja izbora koji im stoje na raspolaganju.“⁴⁵ Drugim riječima, Sud navodi da je, prvo, potrebno uzeti u obzir da je razina konkurencije na tržištu na kojem postoji poduzetnik koji ima vladajući položaj *a priori* slaba; drugo, zbog njegovog predatorskog ponašanja –

39 6/72 *Europemballage and Continental Can protiv Komisije* (1973) ECR 215, para 26.

40 Vidi Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 209.

41 C-333/94 P *Tetra Pak protiv Komisije*, para 44.

42 Vidi Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 209.

43 Presuda Suda EU C-202/07 P, para 110.

44 C-333/94 P *Tetra Pak* para 44; T-340/03, para 226.

45 T-340/03, para 112.

zbog kojeg će neki od konkurenata biti prisiljeni izaći s tržišta – konkurencija će još više oslabiti; treće, nije relevantno može li dominantni poduzetnik povratiti svoje gubitke – on će ostvariti koristi od svoje strategije (ojačati vladajući položaj) i bez obzira na to može li povratiti gubitke; kao četvrto, prethodna slaba razina konkurencije (zbog vladajućeg položaja) uz daljnje slabljenje konkurencije (zbog predatorske strategije koja tjera konkurente s tržišta bez obzira na mogućnost povrata pretrpljene štete) u konačnici će štetiti potrošačima kojima će biti smanjena mogućnost izbora. Time Sud zauzima stav da se interes potrošača može zaštititi samo ako se osigura „pluralnost“ operatora prisutnih na nekom tržištu.⁴⁶ Američki komentatori u ovakvom stavu Suda EU vide zaštitu konkurenata, a ne konkurencije, smatrajući da Sud zapravo kaže: eliminiranje konkurenata je loše za potrošače, čak i ako se cijene ne povećaju.⁴⁷

Međutim, ovakvo shvaćanje zaštite konkurencije iz predmeta *France Telecom protiv Komisije* vidljivo je već u ranijoj europskoj praksi. Naime, riječ je o tomu da članak 102. UFEU nije usmjeren samo prema ponašanju poduzetnika koje može imati izravnu štetu za potrošače, već i prema onom koje je štetno za potrošače zbog njegovog utjecaja na „učinkovitu konkurentnu strukturu“.⁴⁸ Drugim riječima, Komisija ne mora pokazati postojanje izravnog utjecaja na potrošače. Upravo suprotno, kako bi ocijenila jesu li potrošači oštećeni, Komisija treba uzeti u obzir kakve je posljedice djelovanje poduzetnika imalo na „učinkovitu konkurentnu strukturu“.

Dakle, potrebno je u konkretnom slučaju utvrditi postoji li takav rizik eliminiranja konkurenata s tržišta. Ako postoji, nije potrebno utvrđivati mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka kako bi se kaznilo dominantnog poduzetnika zbog predatorskih cijena. Dovoljno je da postoji takav rizik.

Za razliku od američkoga prava u EU se smatra da poduzetnik u vladajućem položaju ima „posebnu odgovornost“ ne dopustiti da njegovo ponašanje naruši tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.⁴⁹ Budući da članak 102. UFEU-a zabranjuje dominantnom poduzetniku uništiti konkurenta čime bi ojačao svoj položaj, koristeći se metodama koje su različite od onih koje se temelje na tržišnom natjecanju u pogledu kvalitete, nije svako cjenovno natjecanje legitimno.⁵⁰ Upravo stoga treba smatrati da poduzetnik u vladajućem položaju zloupotrebljava svoj položaj ako na tržištu čija je konkurentna struktura već oslabljena zbog postojanja tog poduzetnika posluje s takvom cjenovnom politikom čiji je jedini ekonomski cilj eliminirati konkurente kako bi poslije mogao profitirati od smanjivanja razine tržišnog natjecanja na tržištu.⁵¹

46 Vidi Alemanno, Ramondino, op. cit., str. 209.

47 Vidi Emch, Leonard, op. cit.

48 *Europemballage i Continental Can*, para 26; C-95/04 P *British Airways protiv Komisije* (2007) ECR I-2331, para 106 – nije potrebno ispitivati je li ponašanje British Airways nanijelo štetu potrošačima u smislu čl. 102. stavak 2. toč. 2., već je li imalo „ograničavajući učinak na konkurenciju“, para 107.

49 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin protiv Komisije* (1983) ECR 3461, para 57.

50 *AKZO*, para 70.

51 Para 107, presuda Suda EU C-202/07 P.

Jasan je restriktivniji stav europskoga prava kada je riječ o dokazivanju predatorskih cijena. U tom smislu nije potrebno dokazati mogućnost povrata gubitaka jer nije potrebno dokazati da je moglo doći do izravne štete za potrošače. Ljestvica za kažnjavanje dominantnog poduzetnika stoga je puno niža u europskom nego u američkom pravu. Ovdje se već i pokušaj predacije smatra *per se* zloporabnim zbog toga što takav poduzetnik takvim djelovanjem, na tržištu čija je konkurentska struktura ionako oslabljena zbog njegove jake pozicije, ima za cilj eliminiranje konkurenata. Europsko pravo želi zaštititi konkurentsku strukturu tržišta, i budući da smatra da je tržište na kojem postoji dominantni poduzetnik već konkurentski narušeno, strogo promatra cjenovnu politiku takvog poduzetnika koja ide ispod cijene koštanja. Ne smatra se potrebnim dokazati konkretnu štetu za potrošače, tj. dokazati da je praksa predacije u potpunosti uspjela jer je nakon određenog razdoblja niskih cijena dominantni poduzetnik u razdoblju nakon što je potjerao konkurente mogao povećanim cijenama nadoknaditi pretrpljene gubitke. Europsko pravo stoga ne jamči ravnopravan položaj dominantnom poduzetniku u odnosu na njegove slabije konkurente kada je riječ o slobodi određivanja cijena upravo stoga što smatra da samo postojanje vladajućeg položaja *prima facie* dovodi do nejednakosti između poduzetnika u korist dominantnog poduzetnika kojemu se onda ne smije dopustiti dodatna sloboda daljnjeg narušavanja ionako oslabljene tržišne konkurencije na način da se u nastojanju legitimiranja svoje cjenovne predacije poziva na to da i njegovi ostali (slabiji) konkurenti isto imaju cijene ispod troškova koštanja.⁵²

5.1.2. Usklađivanje s cijenama takmaca

Drugo bitno pitanje iz slučaja *Wanadoo* odnosi se na pokušaj opravdavanja spornog ponašanja na tržištu pozivanjem poduzetnika u vladajućem položaju na pravo usklađivanja svojih cijena s cijenama takmaca (tzv. *meeting competition defence*). Glede toga pitanja Sud zauzima stav da ne postoji apsolutno pravo poduzetnika u vladajućem položaju da uskladi svoje cijene s cijenama takmaca i time opravda svoje ponašanje. Sud naime kaže da, čak i ako usklađivanje cijena s takmačevim nije samo po sebi zloporabno, ono može postati nezakonito ako nije samo usmjereno na zaštitu svojih interesa, već i na jačanje i zloporabu svojeg vladajućeg položaja.⁵³ Naime, iz ranije sudske prakse poznato je sljedeće: iako mu činjenica da je poduzetnik u vladajućem položaju ne može uskratiti pravo da zaštiti svoje poslovne interese ako su napadnuti i premda takav poduzetnik mora imati pravo poduzeti takve razumne korake koje smatra prikladnima za zaštitu

52 Sud EU (C-202/07 P) odbio je stajalište nezavisnog odvjetnika Mazaka da uključi kriterij mogućnosti povrata gubitaka u test ocjene predacije. Međutim, *Wanadoo* nije osporavao taj, tzv. dvokraki test za predatorske cijene, već metodu prema kojoj je Komisija izračunala razinu povrata troškova kojom je došla do zaključka da je riječ o predatorskim cijenama. Taj argument nije prihvaćen, budući da je Sud smatrao da metoda koju je Komisija uporabila nije pogrešna, te da je dala jasne dokaze o postojanju plana predacije.

53 Presuda Općeg suda, T-340/03, para 187.

svojih interesa, takvo ponašanje ne može se odobriti ako je njegova stvarna svrha ojačati vladajući položaj i zlouporabiti ga.⁵⁴ Štoviše, iz ranije sudske prakse poznato je da se dominantnim poduzetnicima mogu odrediti posebne obveze, pa je tako u predmetu *ITT Promedia protiv Komisije* Sud rekao da se u određenim okolnostima poduzetniku u vladajućem položaju može uskratiti pravo da se ponaša na određeni način ili da poduzima mjere koje same po sebi nisu zlouporabne i koje bi čak bile opravdane ako bi ih poduzeli poduzetnici koji nemaju vladajući položaj.⁵⁵ Sud EU-a je u predmetu *France Telecom protiv Komisije* potvrdio presudu Općeg suda i u ovom pogledu, a odbio je stav nezavisnog odvjetnika Mazaka koji je smatrao da je svojom presudom Opći sud ostavio otvorenima vrata za obranu argumentima *meeting competition* u budućim slučajevima u kojima dominantni poduzetnik drži cijene ispod cijene koštanja.⁵⁶

Dakle, iz predmeta *Wanadoo* jasno je sljedeće: a) u skladu s ranijom sudskom praksom (*AKZO, Tetra Pak*) potvrđen je kao i dalje primjenjiv „dvokraki“ test za utvrđivanje zlouporabne predacije; u vezi s primjenjenom metodom za izračun stope povrata troškova Sud je potvrdio široku diskreciju Komisije kada je riječ o složenim ekonomskim analizama, b) poduzetnik u vladajućem položaju nema pravo pozvati se na pravo da usklađuje svoje cijene s cijenama konkurenata kako bi opravdao svoje ponašanje ako njegovo ponašanje predstavlja zlouporabu vladajućeg položaja, c) potvrđeno je da mogućnost povrata pretrpljenih gubitaka nije potrebno dokazati u svrhu dokazivanja zlouporabne predacije.

5.2. *Komisijine Upute za primjenu članka 102. UFEU-a iz 2009. i predacija*

Zanimljivo je razmotriti vezu između presude Suda EU-a u predmetu *France Telecom* i Uputa Komisije za primjenu čl. 102. UFEU-a koje su donesene dva mjeseca prije objavljivanja presude.⁵⁷ Usprkos tomu što je jasno da je Sud EU u ovom predmetu slijedio svoju raniju praksu glede pitanja predatorskih cijena, postavlja se pitanje je li Komisija tim dokumentom reinterpreterala test za predaciju.

Upute Komisije o primjeni članka 102. navode da je potrebno sagledati sve vjerojatne učinke protukonkurentskog ponašanja kako bi se moglo zaključiti o postojanju štete za potrošače. Tako se navodi da će Komisija intervenirati u slučaju predacije ako postoje dokazi da su zadovoljena tri uvjeta: a) dominantni poduzetnik kratkoročno namjerno ulazi u gubitke (tzv. „žrtva“ – *sacrifice*), b) takvim ponašanjem on zatvara tržište ili će vjerojatno zatvoriti tržište jednom ili više

54 Presuda Općeg suda, T-340/03, para 185. Sud se poziva na raniju praksu *United Brands v Commission*, para 189; T-65/89 *BPB Industries and BritishGypsum v Commission* [1993] ECR II-389, para 117; *Compagnie maritime belge transports and Others v Commission*, para 146.

55 T-111/96 *ITT Promedia* protiv Komisije [1998] ECR II-2937, para 139; T-340/03, para 186.

56 C-202/07 P.

57 *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20.

stvarnih ili potencijalnih takmaca s namjerom jačanja ili zadržavanja svoje tržišne snage te c) takvim ponašanjem dominantni poduzetnik uzrokuje potrošačima štetu.⁵⁸ Postavlja se pitanje je li treći uvjet (šteta za potrošače) ispunjen ako poduzetnik u vladajućem položaju može povratiti pretrpljene gubitke. Komisija u Uputama navodi da postoji vjerojatnost štete za potrošače, ako dominantni poduzetnik nakon što završi s predatorskim ponašanjem, može razumno očekivati da će njegova tržišna snaga biti veća nego što bi bila da se nije upustio u takvo ponašanje, odnosno ako će poduzetnik imati koristi od svoje „žrtve“. Jasno je da ovdje Komisija ne spominje izričito pojam „povrata pretrpljenih gubitaka“, već govori općenitije o „koristi“ od predatorskoga ponašanja. Premda nije sasvim jasno kakva bi bila korist od predacije osim mogućnosti jačanja tržišne snage i time zauzimanja većeg dijela tržišta što bi omogućilo u konačnici i povrat pretrpljenih gubitaka za vrijeme razdoblja predacije.

Jasno je da je u europskom pravu tržišnog natjecanja lakše dokazati zlouporabu određivanjem predatorskih cijena nego u američkom pravu prvenstveno, zbog toga što se preko Atlantika traži i dokaz o realnoj mogućnosti dominantnog poduzetnika da povрати gubitke koje je pretrpio za vrijeme predacije. Ovo gledište potvrđuje i posljednja odluka Vrhovnog suda SAD-a u predmetu *LinkLine*.⁵⁹ I posljednje izvješće o monopolizaciji američkoga Ministarstva pravosuđa zauzima skeptični stav prema racionalnosti i učestalosti predatorskog ponašanja: cijene iznad troškova *per se* su zakonite; kao test koristi se test AAC (**average avoidable costs**); povrat pretrpljenih troškova sastavni je kriterij za postojanje predatorskih cijena.⁶⁰

6. PREDATORSKE CIJENE U HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Odredbe Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, po uzoru na članak 102. UFEU-a, zabranjuju zlouporabu vladajućeg položaja.⁶¹ Osim zakonodavne usklađenosti instituta zlouporabe vladajućeg položaja u europskim pravom, bitno je naglasiti i obvezu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja da u skladu s člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju,⁶² „osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa“, na odgovarajući način primjenjuje „kriterije koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama“. ⁶³ Iako članak 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja ne spominje izričito predatorske cijene, jasno je da ta odredba zabranjuje svaki oblik zlouporabe vladajućega položaja. Treba ipak smatrati da pojam „nepravdanih“ cijena

58 Ibid., para 63.

59 *Pacific Bell Telephone v. linkLine Communications*, 555 U.S. 438 (2009). Vidi detaljnije Emch, Leonard, op. cit.

60 DoJ Monopolization Report, 2008., <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>.

61 Članci 12. i 13. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, NN br. 79/2009.

62 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske, NN MU br. 14/2001.

63 Članak 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, NN br. 79/2009.

iz članka 13. točke 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja obuhvaća i predatorske cijene.⁶⁴ U konkretnom slučaju riječ je o obliku isključujuće zlouporabe budući da je usmjerena na eliminiranje konkurenata s tržišta. U malom broju postupaka Agencija je razmatrala moguću zlouporabu vladajućeg položaja određivanjem predatorskih cijena. U njima se Agencija čvrsto pridržava načela za ocjenu predacije uspostavljenih u praksi Suda EU-a. Niti u jednom slučaju nije do sada utvrđena zlouporaba predacijom budući da poduzetnici koji su navodno bili uključeni u takvu politiku cijena nisu imali vladajući položaj.

6.1. B.net Hrvatska d.o.o. protiv Hrvatski Telekom d.d.⁶⁵

U ovom predmetu B.net je tvrdio da HT vrši dvije međusobno povezane vrste zlouporabe vladajućega položaja: istiskivanje dobiti i predatorske cijene. S jedne strane, B.net je tvrdio da HT zlouporabljuje svoj vladajući položaj na tržištu iznajmljenih EK vodova visokom cijenom najma vodova čime onemogućuje tržišno natjecanje na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima. S druge strane, B.net je naveo da HT nudi IPTV-uslugu (televizija putem internetskog protokola) prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima pod nazivom MAXtv po predatorskim cijenama. Kao što je rečeno, zahtjev B.neta odnosio se na dvije vrste zlouporabe: zlouporabu u vidu istiskivanja dobiti na povezanim tržištima iznajmljenih EK vodova u Republici Hrvatskoj i tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj, te zlouporabu primjenom predatorskih cijena na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj.

B.net je naveo da su cijene MAXtv usluge predatorske zbog toga što su ispod (varijabilnih) troškova. Prema B.netovoj analizi troškova pružanja MAXtv usluge trošak HT-a po korisniku MAXtv usluge izvan grada Zagreba samo za najam međumjesnih EK vodova trostruko je veći od cijene same usluge. Tom iznosu treba pribrojiti i ostale troškove pružanja MAXtv usluge, poput troškova mjesečnog ADSL pristupa u mjesnoj mreži, troškove programskih i autorskih prava, marketinga, plaćanja održavanje opreme, porez na dodanu vrijednost i druge troškove. S druge strane, HT je naveo da su cijene usluge MAXtv-a slične cijenama usluge kabelske televizije B.neta, pa da u konkretnom slučaju ne može biti riječ o predatorskim cijenama.

Odlučujući o predaciji, Agencija je utvrdila da HT nije u vladajućem položaju na tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima i da zbog toga ne može biti utvrđena zlouporaba vladajućeg položaja. Naime, kao mjerodavno proizvodno tržište Agencija je utvrdila tržište prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima koje uključuje davatelje usluga kabelske distribucije (kabelski operatori), davatelje usluga

64 Usporedi V. Šoljan, Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice, Ibis grafika, 2004., str. 301.

65 B.net Hrvatska d.o.o. Zagreb protiv Hrvatski Telekom d.d. Zagreb, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 31. kolovoza 2010., NN br. 115/2010.

prijenosa TV-programa putem internetskog protokola (IPTV-operatori) i poduzetnike koji pružaju usluge satelitskog prijenosa TV-programa izravno krajnjim korisnicima (DTH-operatori). Tržišne udjele poduzetnika na tom tržištu Agencija je utvrđivala prema prihodu ostvarenom od pružanja usluge i na temelju broja pretplatnika u razdoblju od 2007. do 2009. godine. Utvrđeno je da je 2007. najznačajniji sudionik bio B.net sa 60-70% udjela, HT s 5-15% udjela, Digi TV s udjelom od 5-15%. U 2008. B.net je imao 40-50% udjela, HT 20-30% udjela, a Digi TV 10-20%. U 2009. HT je postao vodeći poduzetnik s 40-50% udjela, B.net ima 30-40% udjela, a Digi TV 10-20%. Agencija je ovo tržište okarakterizirala kao izrazito dinamično, kao tržište koje snažno raste i po vrijednosti i po broju korisnika te za koje ne postoje značajne prepreke za ulazak. Iako je 2009. godine HT imao tržišni udio veći od 40%, Agencija je ispravno smatrala da je riječ o „nedovoljnom vremenskom razdoblju da bi se moglo govoriti o stabilnom tržišnom udjelu“. Uzimajući u obzir i položaj i udjele konkurenata, činjenicu brzorastućeg i dinamičnog tržišta, te trendove na tom tržištu zbog čega nije mogla utvrditi vladajući položaj toga poduzetnika za potrebe konkretnog postupka.

Iako je smatrala da ne postoji vladajući položaj, Agencija se upustila u analizu cijena, te zaključno nije pronašla dokaze koji bi upućivali na predaciju.

Utvrđeno je da je 2008., 2009. i 2010. cijena osnovnog paketa MAXtv usluge bila niža od prosječnog ukupnog troška, a viša od prosječnog varijabilnog troška, te da je 2011. predviđeni planirani prosječni ukupni trošak i prosječni varijabilni trošak niži od cijene osnovnog paketa MAXtv usluge. Iz podataka o troškovima pružanja MAXtv usluge razvidno je da struktura troškova odražava situaciju uvođenja novog proizvoda, odnosno usluge na tržištu. U početnom razdoblju značajan je udio fiksnih troškova posebice amortizacije opreme kao i mrežnih procesnih troškova. Početno razdoblje karakterizira znatno niži broj pretplatnika nego na kraju promatranog razdoblja što utječe na prosječne pokazatelje troškova.

Analizirajući strukturu troškova pružanja MAXtv usluge Agencija je zaključila kako je cijena koju HT naplaćuje krajnjim korisnicima za MAXtv uslugu viša od prosječnih varijabilnih troškova pružanja navedene usluge za razdoblje od 2007. do 2010. godine. To znači da je cijena koju HT naplaćuje svojim korisnicima iznad praga koje Opći sud označava kao simptomatičan za predatorske cijene, a da je razvidno da struktura troškova odražava situaciju uvođenja novog proizvoda, odnosno usluge na tržištu. Uzeto je u obzir i da se MAXtv usluga pruža novom tehnologijom (IPTV) čije je uvođenje kao novog načina pružanja usluge prijenosa televizijskih programa rezultiralo značajnom promjenom slike toga tržišta, u prvom redu rasta cjelokupnog tržišta i promjeni tržišnih udjela dotadašnjih konkurenata. U promatranom vremenskom razdoblju od 2007. do 2009. vidljivo je kako svi poduzetnici koji sudjeluju na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima ostvaruju rast i po prihodima i po broju korisnika. Nedvojbeno je da je u tom vremenskom razdoblju najviše rastao HT, što je bilo i za očekivati budući da je taj poduzetnik prvi uveo IPTV uslugu na tržište. Također, u promatranom vremenskom razdoblju, pored činjenice da niti jedan poduzetnik nije istisnut s tržišta prijenosa

televizijskih programa krajnjim korisnicima, na navedeno tržište ušlo je više novih poduzetnika (Totalna televizija d.o.o., OT-Optima Telekom d.d., Amis Telekom d.o.o. i dr.). To prema Agenciji, ukazuje na postojanje učinkovitog tržišnog natjecanja na tržištu prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj. Sasvim je izvjesno da rastuće tržište na kojem ne postoje značajne prepreke ulasku novih konkurenata na tržište, smanjuje vjerojatnost primjene predatorske cjenovne politike jer poduzetnik koji ju primjenjuje (predator) ne bi mogao u kratkom roku istisnuti s tržišta jednako efikasne konkurente te u razumnom roku nadoknaditi troškove takvog predatorskog ponašanja. S obzirom na to da je HAKOM odredio obvezu HT-u pružanja usluge najma virtualnog IPTV kanala po troškovno orijentiranim cijenama u sklopu svoje usluge širokopojasnog pristupa, Agencija smatra da će i time tržište prijenosa televizijskih programa krajnjim korisnicima u Republici Hrvatskoj zadržati značajke konkurentnog tržišta, odnosno navedena obveza HT-u omogućit će drugim poduzetnicima pristup tržištu pod jednakim, reguliranim uvjetima.

S obzirom na to da u ovom konkretnom slučaju nisu zadovoljeni uvjeti vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu i s obzirom na vremensku dimenziju ulaska HT-a na novo tržište, u skladu s načelom ekonomičnosti vođenja postupka, Agencija nije utvrđivala dodatne činjenice o troškovima u razdoblju u kojem su cijene usluge bile između prosječnih varijabilnih troškova i prosječnih ukupnih troškova.

Glede testa za utvrđivanje predacije Agencija se pozvala na sudsku praksu Suda EU-a (predmet *AKZO*, kao i na *C-202/07 France Telecom protiv Komisije*), ali budući da nije utvrdila vladajući položaj HT-a na mjerodavnom tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima, nije mogla primijeniti taj test u konkretnom slučaju.

Agencija je zapazila da, iako je najsnažniji rast na tržištu u promatranom razdoblju od 2007. do 2009. godine ostvario HT, B.net kao najznačajniji kabelski operator također bilježi rast prihoda i broja pretplatnika. To je za Agenciju očito bilo važno kao pokazatelj činjenice da nije došlo do isključenja konkurencije na tržištu prijenosa TV-programa krajnjim korisnicima.

6.2. *Promet d.o.o. protiv Croatia-Bus d.d. u stečaju*

Promet d.o.o. Makarska dao je inicijativu za pokretanje postupka protiv Croatia-Bus d.d. u stečaju Zagreb. Smatrajući da ne postoji javni interes za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, Agencija je donijela zaključak u tom smislu.⁶⁶ U tom predmetu podnositelj inicijative naveo je da njegov takmac, Croatia-Bus d.d. u stečaju, uvođenjem akcijskih cijena autobusnih karata narušio tržišno natjecanje zlouporabom vladajućeg položaja. Time je prema navodima podnositelja

66 Zaključak Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja od 6. svibnja 2011. <http://www.aztn.hr/uploads/documents/odluke/TN/UPI-030-022011-01017.pdf>

inicijative cijene karata odredio „na neujednačen način ovisno o vremenu polazaka konkurentskih prijevoznika u svrhu otimanja putnika“ zbog čega je zahtijevao od Agencije da „zaštiti prijevoznike od nelojalne konkurencije“. Utvrdivši da ne postoji vladajući položaj poduzetnika Croatie-Bus d.d. u stečaju, Agencija nije utvrđivala postojanje zlorabe. Ipak je kratko razmotrila institut predatorskih cijena te je pozivajući se na europsku pravnu stečevinu navela da je riječ o obliku zlorabe vladajućeg položaja kod koje vladajući poduzetnik svoje proizvode „privremeno prodaje po cijenama nižima od proizvodne cijene s ciljem da tržišne takmace istisne s tržišta ili da im spriječi pristup tržištu, te da nakon toga poveća cijene svojih proizvoda, pri čemu je bitno naglasiti razliku između niske prodajne cijene koja rezultira iz tržišnog natjecanja i niske prodajne cijene koja narušava tržišno natjecanje“. S obzirom na to da je Croatia-Bus bio u stečaju Agencija je utvrdila da je jasno da taj poduzetnik ne raspolaže financijskim resursima koji bi bili dostatni za primjenu i ostvarenje strategije predatorskih cijena. Agencija nije propustila naglasiti da snižavanje prodajnih cijena može biti „rezultat tržišnog natjecanja, u kojem poduzetnici udovoljavaju željama potrošača većom kvalitetom... i nižim cijenama i na taj način uklanjaju s tržišta manje efikasne takmace.“ Tako je zaključila da je snižavanje cijena u konkretnom slučaju „prokompetitivno“, odnosno da „donosi korist potrošačima – korisnicima usluge prijevoza“, te da nema elemenata predatorstva budući da Croatia-Bus „nije u vladajućem položaju i nema dovoljnu tržišnu i... financijsku snagu neophodnu za uspješnu primjenu strategije predatorskih cijena“. Što se tiče navoda o nelojalnoj konkurenciji, podnositelj inicijative upućen je na tijela nadležna za provedbu Zakona o trgovini koji regulira institut nepoštenog trgovanja. Agencija je u konkretnom slučaju utvrdila da se inicijativa odnosi na postupanje koje ima neznatan učinak na tržišno natjecanje. Stoga je donijela odluku kojom se utvrđuje da ne postoji javni interes za pokretanje postupka po službenoj dužnosti radi utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja zlorabom vladajućeg položaja u skladu s čl. 38. st. 4. ZZTN-a 2009.

7. ZAKLJUČAK

Iako je natjecanje konkurenata u pogledu cijena poželjno obilježje tržišnog gospodarstva, neki oblici cjenovnog konkuriranja smatrat će se nezakonitima. Riječ je o takvom rezanju cijena koje se naziva predacijom. Ovakva cjenovna strategija odnosi se na ponašanje poduzetnika koji kratkoročno cijene postavljaju tako nisko da njegovi takmaci napuštaju tržište, mogući takmaci odustaju od ulaska na tržište, a nakon toga slijedi povećanje cijena kako bi se nadoknadili pretrpljeni gubici. Ovakvo ponašanje može biti nezakonito samo ako je riječ o poduzetniku u vladajućem položaju. Ako nema vladajućeg položaja, takva poslovna strategija je dopuštena. Ključno je pitanje koliko niska mora biti cijena da bi se smatrala predatorskom. U pravu tržišnog natjecanja EU-a odgovor na to pitanje daje praksa Suda EU-a koji je u predmetu *AKZO* postavio kriterije za ocjenu predatorskog ponašanja, a koji su vezani uz usporedbu cijene i troškova proizvodnje. Cijena koja

je niža od prosječnoga varijabilnog troška smatra se uvijek zlouporabnom. Cijena koja je niža od prosječnog ukupnog troška, ali viša od prosječnog varijabilnog troška smatra se zlouporabnom ako se dokaže da je vladajući poduzetnik planirao eliminaciju konkurenata s tržišta.

S obzirom na oskudnu sudsku praksu u području zlouporabe predacijom dobrodošlo je preispitivanje AKZO-kriterija u slučaju *Wanadoo* koji predatorsko ponašanje stavlja u kontekst tržišta elektroničkih komunikacija. Naime, naročito je zabrinjavalo što je u konkretnom slučaju bila riječ o „strateškom“ tržištu, ključnom za razvoj informatičkog društva te o mogućem nezakonitom djelovanju društva kćeri trgovačkog društva koje je prije liberalizacije tržišta imalo isključivo pravo obavljanja telekomunikacijske djelatnosti u Francuskoj. U ovom se predmetu postavljaju dva važna pravna pitanja. Kao prvo, treba li za dokazivanje zlouporabe predacijom dokazati i da će vladajući poduzetnik moći zaista i povratiti pretrpljene gubitke. Kao drugo, može li vladajući poduzetnik opravdati svoju cjenovnu strategiju time što tvrdi da samo usklađuje svoje ponašanje s onim svojih takmaca.

Kao što se pokazuje iz odluke Suda EU-a, odbacivanje kriterija povrata gubitaka kao nužnog elementa za dokazivanje zlouporabne predacije duboko je ukorijenjeno u europsko tumačenje članka 102. UFEU-a. Vladajući poduzetnik ima „posebnu odgovornost“ ne ponašati se tako da ograničava tržišno natjecanje i nije bitno hoće li moći povratiti svoje gubitke – on će ojačati svoj položaj bez obzira na to. Ovo je u izravnoj opreci sa sudskom praksom američkoga Vrhovnog suda, pa je riječ o jednom od malobrojnih pitanja u kojima postoji duboka razlika između primjene pravila o zaštiti tržišnog natjecanja u Europskoj uniji i Sjedinjenim Državama. Kada je riječ o pitanju opravdanja rezanja cijena radi usklađivanja s cijenama takmaca, Sud EU-a zauzima stajalište da takvo opravdanje nije prihvatljivo budući da je riječ o ponašanju čija je stvarna svrha ojačati vladajući položaj i zlouporabiti ga.

Tako stavom u predmetu *Wanadoo* Sud EU-a potvrđuje svoju raniju praksu glede zlouporabne predacije. U kontekstu tržišta elektroničkih komunikacija potvrda odluke Komisije, kojom je utvrđena zlouporaba predatorskim cijenama, bitna je za osiguravanje učinkovitog tržišnog natjecanja na ranijim „monopolističkim“ tržištima koji i nakon liberalizacije nailaze na mnoge izazove.

Summary

PREDATORY PRICING IN THE SECTOR OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS IN THE EUROPEAN AND CROATIAN COMPETITION LAW

The electronic communications market is a specific phenomenon with respect to the process of its opening to competition that has lasted so far in the European Union starting from the mid eighties of the last century. From 1998 the most operators, who were former state monopolists, have been exposed to full competition which has been regulated within the specific regulatory framework, and additionally, according to the general rules on market competition. Nevertheless, even in liberal market, numerous challenges do prevail due to the fact that the former monopolists still hold significant market positions. In this respect, the “strategic” markets are of the most importance for development of informatics society, for example the market for high speed internet access to private users. The author in this article analyses the application of rules governing the abuse of dominant position by predatory pricing in the European Competition Law paying a special attention to the Wanadoo case. In this case the European Court of Justice has reaffirmed its previous practice (the so called AKZO criteria). The author considers basic legal issues which are relevant to determine the abuse by predatory pricing strategy. She gives a special attention to the issue whether for a finding of predatory pricing it is necessary to prove the recoupment (a possibility that will allow the businessman with a dominant position to generate revenues and profits in the future, and therefore, to compensate the losses incurred during the predatory pricing period). Moreover, the author discusses whether it is possible to justify the predatory pricing with the legitimate price competition in which case the predator substantially lowers the prices as a response to actions of his competitors. Within the context of mentioned legal issues, the author compares European legal approach with the approach taken by the Supreme Court of the United States of America. Furthermore, the author discusses the institute of predatory pricing abuse in the Croatian Competition Law and presents a key practice of the Croatian Agency for Protection of Market Competition.

Key words: *predatory pricing, abuse of dominant position, electronic communications, competition.*

Zusammenfassung

**VERDRÄNGUNGSPREISE IM BEREICH DER ELEKTRO-
NISCHEN KOMMUNIKATIONEN IM EUROPÄISCHEN UND
KROATISCHEN WETTBEWERBSRECHT**

Kennzeichnend für den Markt der elektronischen Kommunikationen ist der Liberalisierungsprozess, welcher in der Europäischen Union Mitte der 80er Jahre begann. Seit 1998 ist die Mehrzahl der Anbieter, der ehemaligen staatlichen Monopolisten, unter Vorbehalt eines spezifischen gesetzlichen Rahmens und der zusätzlichen Anwendung von allgemeinen Wettbewerbsregeln, durchaus der Konkurrenz ausgesetzt. Es bleiben allerdings auch auf dem liberalisierten Markt zahlreiche Herausforderungen, weil die ehemaligen Monopolisten weiterhin bedeutende Marktstellungen innehaben. Dies bezieht sich auf sehr wichtige "strategische" Märkte, nämlich auf diejenigen, die für die Entwicklung der Informationsgesellschaft von Bedeutung sind, wie z.B. auf den Markt des Breitband-Internetzugangs für Privatanutzer. In dieser Arbeit wird die Anwendung der Regeln über den Missbrauch der beherrschenden Stellung durch Verdrängungspreise im europäischen Wettbewerbsrecht analysiert. Besonders betont wird das Wanadoo Urteil, in dem der Europäische Gerichtshof die Anwendung der früheren Rechtsprechung (sgn. AKZO-Kriterien) bestätigte. Betrachtet werden auch die grundlegenden Rechtsfragen, die für die Feststellung des Missbrauchs durch Verdrängung von Bedeutung sind, insbesondere die Frage, ob für den Nachweis einer Verdrängung notwendig ist, auch die Möglichkeit eines Verlustausgleichs seitens des beherrschenden Unternehmens nachzuweisen und ob die Verdrängung durch Berufung auf die Anpassung des Verhaltens mit dem Verhalten des Mitbewerbers. In diesem Zusammenhang wird das Vorgehen nach dem europäischen Recht mit der Vorgehensweise des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten verglichen. Darüber hinaus wird die Lage des Instituts des Missbrauchs durch Verdrängungspreise im kroatischen Wettbewerbsrecht und die grundlegende Praxis der kroatischen Wettbewerbsbehörde behandelt.

Schlüsselwörter: *Verdrängungspreise, Missbrauch der beherrschenden Stellung, elektronische Kommunikation, Wettbewerb.*

Riassunto

PREZZI PREDATORI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA EUROPEO E CROATO

Il mercato delle comunicazioni elettroniche presenta delle peculiarità quanto al processo della sua apertura alla concorrenza, il quale nell'Unione europea dura sin dalla metà degli anni '80 del secolo scorso. Dal 1998 la maggior parte degli operatori, un tempo monopolisti statali, è esposta alla concorrenza piena con l'applicazione di una cornice regolatoria specifica e di un'aggiuntiva applicazione delle regole generali sulla concorrenza. Nondimeno, anche in presenza di un mercato liberalizzato persistono molte sfide, poiché i monopolisti di un tempo continuano a detenere una posizione significativa sul mercato. In tale senso, di particolare interesse sono i mercati „strategici“, quelli cioè importanti per lo sviluppo della società informatizzata, quali ad esempio il mercato di accesso a internet veloce per gli utenti privati. Nel presente lavoro si esamina l'applicazione delle regole sull'abuso della posizione dominante mediante prezzi predatori nel diritto europeo della concorrenza, con particolare attenzione per il caso Wanadoo nel quale la Corte europea ha confermato l'orientamento giurisprudenziale già in precedenza adottato (c.d. criteri AKZO). Si analizzano le fondamentali questioni giuridiche rilevanti per l'accertamento l'abuso mediante i prezzi predatori, specie, la questione se è necessario dare la prova del comportamneto di tipo predatoriale e la possibilità della restituzione delle perdite da parte dell'imprenditore dominante, come anche se è possibile giustificare il comportamento di tipo predatoriale in ragione del comportamento dei concorrenti. L'approccio del diritto europeo in tale contesto viene altresì comparato con le scelte operate dalla Corte Suprema americana. Nel lavoro si discute inoltre del trattamento dell'abuso mediante prezzi predatori nel diritto croato della concorrenza e si illustra la prassi dell'Agenzia croata di tutela della concorrenza.

Parole chiave: *prezzi predatori, abuso della posizione dominante, comunicazioni elettroniche, concorrenza.*

TRANSFORMACIJA RADNOPRAVNOG ODNOSA

Mr. sc. Andrijana Bilić, asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

UDK: 331.104
Ur.: 31. siječnja 2011.
Pr.: 6. studenoga 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu autorica razmatra pitanja vezana za evoluciju radnog odnosa od njegovog standardnog poimanja do moderne forme. Navodi razloge nužnosti identifikacije postojanja radnog odnosa konzultirajući testove koje je razvila sudska praksa. Konzultirajući radnopravne teorije radnog odnosa daje distinkciju radnog odnosa i ugovora o radu kako bi se izbjeglo njihovo daljnje poistovjećivanje. Objašnjava čimbenike i njihov utjecaj na transformaciju radnog odnosa te probleme koji se javljaju kod modernih radnih odnosa. Konzultira ekonomske doktrine kako bi se dobio uvid u utjecaj pravne regulative na radnike i poslodavce s obzirom na povećavanje njihove djelotvornosti i kreaciju dobiti, odnosno u troškove i povlastice koje donosi određena izabrana politika na tržištu u promijenjenim tržišnim i gospodarskim okolnostima. Zaključno razmatra segmente radnog odnosa u kojima je došlo do njegovog urušavanja.

Ključne riječi: radni odnos, subordinacija, globalizacija, transformacija.

1. UVOD

Standardni radni odnos označava društvenopravni odnos između poslodavca i radnika koji se temelji na njihovom sporazumu (eksplicitnom ili implicitnom, u pisanoj ili usmenoj formi), na temelju kojeg se radnik obvezuje osobno obavljati određeni rad prema uputama i nalogima poslodavca koji mu se zauzvrat obvezuje osigurati potrebna sredstva za rad, strojeve, materijal, alat, uvjete rada te isplatu naknade (plaću) za obavljene rad, uz istovremeno poštivanje normi predviđenih zakonom, kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu kojima je reguliran njihov međusobni odnos. U ovom odnosu radnik i poslodavac su asimetrično postavljeni. Poslodavac je onaj koji nosi glavne odgovornosti i snosi rizike poslovanja, dok istovremeno, temeljem gospodarskog i organizacijskog autoriteta, odlučuje o poslovima koji će se izvršavati, uključujući i način postizanja radne učinkovitosti.

S druge strane, radnik može ponuditi samo svoju osobnu sposobnost i profesionalne kvalifikacije. Stoga je gospodarska i organizacijska ovisnost postala glavnom karakteristikom odnosa između poslodavca i radnika.¹

U teoriji radnog prava, bez obzira radi li se o teoretičarima koji zastupaju ekstenzivnu, ili onima koji su za restriktivnu primjenu pojma radnog odnosa, navedenom pojmu većinom se prilazi formalistički: češće se utvrđuje pojam ugovora o radu, nego radnopravnog odnosa. Međutim, radnopravni odnos ne može se poistovjećivati s pojmom ugovora o radu, budući da je samo jedan od oblika zasnivanja (djelomičnog reguliranja) radnog odnosa. Sadržaj pojma radnog odnosa može se utvrditi samo iz njegovih bitnih elemenata, a samo djelomično iz ugovora o radu, kao jednog od instrumenata kojim se zasniva radni odnos.²

2. EVOLUCIJA RADNOPRAVNOG ODNOSA

Ugovor o radu danas je na vrhu liste onih instituta na tržištu rada čija je korisnost, pod utjecajem temeljnih promjena u svijetu rada, dovedena u pitanje. Upravo je pitanje njegove trajnosti, a ne njegova nedjelotvornost, ono što iziskuje dodatno objašnjenje. Iz evolucijske perspektive, ugovor o radu može se promatrati kao mehanizam upravljanja koji povezuje organizaciju rada s ponudom radne snage na način koji omogućava predviđanje i upravljanje dugoročnim gospodarskim rizicima. Neki su ga smatrali značajnom ekonomskom i socijalnom institucijom te ga po važnosti izjednačavali s institutom ograničene odgovornosti poduzeća.³ Fleksibilnost inherentna menadžerskim prerogativima bila je značajan izvor uštede na transakcijskim troškovima u velikim, vertikalno integriranim organizacijama.⁴ Jednako važno bilo je i implicitno obećanje ekonomske sigurnosti koju radnici dobivaju za to što postaju objekti birokratske moći tvrtke.⁵

U većini sustava, država je postala implicitna treća stranka ugovora o radu sa zadaćom kanaliziranja rizika nesigurnosti, kojima je izložena radna snaga, kroz radničko zaštitno zakonodavstvo te sustavom socijalnog osiguranja, koristeći pri tom doprinose za socijalnu sigurnost i sredstva od poreza na dobit kako bi osigurala javna sredstva za djelovanje socijalnih službi. Kompleksno međudjelovanje ovih različitih mehanizama upravljanja ogledalo se u pravnoj formi ugovora o radu. Dio objašnjenja ove situacije leži u njegovom evolucijskom karakteru, tj. njegovoj mogućnosti prilagodbe na promjene koje sa sobom nose gospodarski odnosi i politički imperativi.

1 ILO, *Contract Labour*, Report VI (1), International Labour Conference, 85. session, Geneva, 1997.

2 TINTIĆ, N., *Radno i socijalno pravo*, knjiga prva: radni odnosi (I), Zagreb 1969., 345-346.

3 MARSDEN, D., *Breaking the link. Has the employment contract had its day?* Centerpiece, 1999.a, Winter, str. 20.

4 COASE, R.H., *The nature of the firm*, *Economica* (NS), Vol. 4, 1937., str. 386-405

5 SIMON, H., *A formal theory of the employment relation*, *Econometrica* 19, 1951., str. 293-305.

Ugovor o radu, kakav postoji danas, pravna je tvorevina novijeg vijeka. Naime, u većem dijelu XX. stoljeća nastojala se uočiti i napraviti distinkcija između zapošljavanja i samozapošljavanja, te između radnih odnosa i građanskopravnih i trgovačkopravnih odnosa koji za svoj predmet imaju ljudski rad. Razumjevanje evolucijskog procesa na radu kroz stvaranje modernog ugovora o radu pomaže nam precizno uvidjeti zbog čega je, u razdoblju nakon Drugog svjetskog rata, postizanje konsenzusa u oblasti politike, kao i na radnom mjestu, opteretio standardan model radnih odnosa.

Primjer je ponovna pojava podugovaranja i *outsourcinga*, čiju uporabu danas snažno podržavaju države putem mjera čija je zadaća proširenje utjecaja tržišta na djelovanje organizacije, koje su nekoć bile integrirane organizacije. Upravo je to jedan od čimbenika koji onemogućava poslodavce u uspostavljanju i održavanju dugoročnog zaposlenja, već se, upravo suprotno, primjećuje porast atipičnog zaposlenja (rad na određeno vrijeme, rad s nepunim radnim vremenom i sl.). Radni odnos sve više prestaje biti sredstvo pogodno za raspodjelu rizika među radnom populacijom.

Prvotni model radnih odnosa, karakteriziran radom muškarca na neodređeno vrijeme u punom radnom vremenu, pod utjecajem izmjena koje su se dogodile u međuovisnosti i podijeli rada unutar obitelji, kao i pod utjecajem globalizacije, koja mobilnost kapitala pretpostavlja sigurnosti radnika, postao je neprikladan i teško održiv.⁶

Unutar modela države blagostanja, radni odnos postaje odnos kojem se nastoji postići kompromis između ekonomske ovisnosti i socijalne zaštite. Budući da se radnik podvrgao moći poslodavca, zauzvrat dobiva jamstvo temeljnih i nužnih uvjeta za sudjelovanje u društvu. Povećanjem ekonomskog pritiska, bez istovremene kompenzacije spomenute sigurnosti, temeljni sporazum koji je počivao na spomentom kompromisu, doveden je u pitanje. Postignuti kompromis bio je kompleksan i ekstenzivno postavljen. S jedne strane, uključivao je subordinaciju, koja je omogućavala poslodavcu diskrecijsko pravo u donošenju odluka izvan onih utanačenih u ugovoru o radu, a koje su se odnosile na izvršenje istog, dok je s druge pod utjecajem globalizacije i povećanog ekonomskog pritiska, sigurnost posla dovedena u pitanje.

Subordinacijom⁷ radnik je podvrgnut nalogima, uputama i kontroli poslodavca u organizaciji i obavljanju rada. Sadržaj tradicionalnog pojma subordinacije⁸

6 DEAKIN, S., The evolution of employment relationship, The future of work, employment and social protection, the dynamics of change and the protection of workers, AUER, P., GAZIER, B. (eds.), International Institute for Labour Studies, str. 192.

7 MOREAU, M. A., Deregulation and labour law: French Report, Bulletin of Comparative Labour Relations, volume 38, Kluwer Law International, Hague, London, Boston, 2000., str. 46.

8 «Faktori koji, između ostalog, služe kao indikatori statusa radnika su: poduzeće očekuje od radnika da uvijek bude spreman prihvatiti novu zadaću; individua nije slobodna odbiti obaviti posao koji od njega zahtjeva poduzeće; individua je u određenoj mjeri integrirana u organizacijsku strukturu poduzeća; vrijeme koje individua utroši na obavljanje zadaće za poduzeće potroši značajan dio njegove radne sposobnosti, te odgovor na pitanje u kojem

ispoljava se kroz: neodvojivost obveze rada od osobe radnika; ovisnost i podvr-gavanje radnika volji poslodavca u pogledu rasporeda na rad i obavljanja rada; ovlaštenja poslodavca da samostalno odlučuje o vrsti rada, upravljanju, tehničkoj i komercijalnoj organizaciji, financijskom poslovanju poduzeća; inicijativu po-slodavca pitanjima procesa rada; pravo poslodavca na kontrolu; ovlaštenja po-slodavca da pokreće i odlučuje o pitanjima disciplinske odgovornosti u slučaju povrede radnih dužnosti radnika; vezanost radnika da svoj posao obavlja *lege artis* i sukladno pravnim normama koje uređuju njegovu djelatnost.⁹

Bez obzira radi li se o pravnoj (radnik je podvrgnut uputama i nalogima poslodavca) ili ekonomskoj subordinaciji (radnik je ekonomski ovisan o poslodavcu u pogledu organizacije rada), postoje različiti stupnjevi te subordinacije. Stupanj subordinacije ovisi, u prvom redu, o statusu radnika, koji je u ovisnosti o društveno-ekonomskom i pravnom položaju radnika prigodom njegova stupanja u radni odnos. U ovisnosti o položaju radnika u radnom odnosu izmijenjivat će se u različitom omjeru elementi subordinacije, koordinacije i integracije.

Subordinacija, kao jedan od bitnih elemenata radnopravnog odnosa, predstav-lja temeljni, (a u nekim zemljama i jedini) kriterij distinkcije subordiniranog rada (ugovora o radu) i autonomnog rada (obligacijskih ugovora koji za svoj predmet imaju ljudski rad). Radnici koji su u subordiniranom radnom odnosu podvrgnuti su nalogima i kontroli poslodavca, koji tu svoju moć crpe iz heteronomnih i autonom-nih normi te iz činjenice što je poslodavac "gospodar" posla te time nositelj rizika poslovanja. Pod utjecajem svijesti o nejednakosti pregovaračkih pozicija radnika i poslodavca došlo je do ograničenja slobode ugovaranja stranaka, i to najviše putem zakonske regulative i kolektivnih ugovora, kako bi se zaštitila temeljna prava po-jedinaca od nepoželjnih socijalnih posljedica koje nastaju kao rezultat djelovanja sila koje vladaju na tržištu rada.

Za razliku od radnika koji su autonomni u obavljanju svoga rada, subordinirani radnici ulaze u okvir radničko zaštitnog zakonodavstva kroz propise zaštite radnika i socijalne sigurnosti, bilo putem legislativne akcije ili posredno kroz kolektivne ugovore, što se očituje, primjerice u Republici Hrvatskoj, u sigurnosti zaposlenja, zabrani diskriminacije u pogledu rase, religije, nacionalnosti, spola, godina živo-ta, invaliditeta, prava na plaću¹⁰ (koja se u pravilu isplaćuje najmanje jednom

opsegu status ovakve individue odgovara statusu osobe čiji status kao radnika nije upitan.» WEISS, M., *The Future of Individual Employment Contract in Germany*, u *The Employment contract in Transforming Labour Relations*, Kluwer law international, 1995:33.

9 O sadržaju tradicionalnog pojma pravne subordinacije vidi: TINTIĆ, N., *Radno i socijalno pravo*, knjiga II, Zagreb, 1972:360; VALLEBONA, A., *Instituzioni di diritto del lavoro*, II, il rapporto di lavoro, Giappichelli, G., editore, Torino, 2000:1.-7.; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000:256.; NICHOLINI P., *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè editore, Milano, 2000:41.; CAMERLINCK, G. H., *Droit du travail, le contrat de travail*, Dalloz, Paris, 1982:58-60.; WEISS, M., SCHMIDT, M., *Labour law and industrial relations in Germany*, Kluwer law international, 2000:43.

10 Zakon o radu, Narodne novine, br. 77/04 (pročišćeni tekst).

mjesečno), pravu na naknadu plaće¹¹, pravu na obvezno zdravstveno osiguranje¹², pravu na doplatku za djecu, pravu zaštite na radu¹³, pravu na osposobljavanje i usavršavanje za rad¹⁴, pravu sudjelovanja u odlučivanju¹⁵, pravu na mirovinsko i invalidsko osiguranje, materijalnom osiguranju u slučaju nezaposlenosti koje se sastoji u novčanoj naknadi, pravu na mirovinsko i invalidsko osiguranje, doplatku za djecu, novčanoj pomoći, naknadama, jednokratnoj novčanoj pomoći, naknadi putnih i selidbenih troškova¹⁶, zaštiti od nepravednog ili nepravodobnog otkazivanja.

Osim toga, radno pravo reducira odgovornost radnika za pogreške koje radnik počini u izvršavanju obveza iz ugovora o radu. Radniku se, temeljem zasnovanog radnog odnosa, za štetu prouzročenu poslodavcu presumira obična nepažnja (*culpa levis*), za koju ne odgovara. Odgovara samo temeljem dokazane krivnje. Teret dokaza je na poslodavcu.

S druge strane, osoba koja za naručitelja obavlja poslova, primjerice, temeljem ugovora o djelu (građanskopravnog ugovora) te mu pri tom prouzroči štetu, odgovara na temelju presumirane krivnje, tj. teret dokaza je na izvođaču djela koji mora dokazati da je šteta nastala i bez njegove krivnje. Te osobe odgovaraju i za običnu nepažnju i na njima leži teret dokazivanja.¹⁷ Iz navedenog je razvidan nepovoljniji položaj autonomnih radnika u odnosu na osobe u radnom odnosu.

Da bi radniku ova prava bila osigurana poslodavac ima određena financijska izdvajanja. Upravo zbog toga javljaju se zlouporabe, u smislu izigravanja zasnivanja radnog odnosa. Posljedično državni proračun i javni fondovi ostaju bez dijela prihoda. Za poslodavce koji zakonito zapošljavaju, ovakav vid angažiranja radne snage za obavljanje privremenih, odnosno povremenih poslova znači neloyalnu konkurenciju na tržištu zbog nižih cijena koje mogu ponuditi poslodavci koji angažiraju radnu snagu temeljem nekog građanskopravnog ugovora, koji za svoj predmet imaju ljudski rad.

Najveća razlika između spomenutih kategorija radnika je u sustavu socijalne zaštite u primjenjivosti mjera socijalne zaštite i plaćanja doprinosa za socijalno i mirovinsko osiguranje. Naime, autonomni radnici nisu osigurani u slučaju nezaposlenosti, mirovine koje se osiguravaju kroz vladin sustav su mnogo niže. Što se tiče plaćanja doprinosa za socijalnu zaštitu iznosi koji se uplaćuju za radnike su mnogo viši nego za autonomne radnike, ali ih uplaćuju poslodavci.¹⁸

11 Zakon o radu, čl. 85

12 Zakon o zdravstvenom osiguranju, Narodne novine, br. 17/97, te izmjene i dopune Zakona o zdravstvenom osiguranju 210/97.

13 Zakon o zaštiti na radu, Narodne novine, br. 59/96.

14 Zakon o radu, čl. 24.-29.

15 Zakon o radu, čl. 72.-158.

16 Zakon o zapošljavanju, Narodne novine, br. 59/96. Istoimeni zakon nabroja osobe čiji je radni odnos prestao iz razloga taksativno nabrojenih u članku 19.

17 Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, 35/05, 41/08, čl. 262.

18 SCHNEIDER, M., A Juridical Approach to the notion of Independent Labour. A Critical Study of the French And German Systems, u The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 16/4, 2000., Kluwer Law International, str. 337-347.

Prethodno izloženo predstavlja najvažnije razloge zbog kojih se naglašava važnost identifikacije subordiniranog rada. Problem valjane identifikacije subordiniranog rada komplicira širenje fenomena subordiniranih radnika koji nisu obuhvaćeni sustavom radničko-zaštitnog zakonodavstva uslijed postojanja jednog ili kombinacije sljedećih čimbenika (situacija):

- područje primjene prava je preusko ili se takvim interpretira;
- pravo je nedostatno ili nejasno formulirano što područje njegove primjene čini nejasnim;
- radni odnos je prikriven;
- radni odnos objektivno je neodređen što dovodi u pitanje stvarno postojanje radnog odnosa;
- radni odnos stvarno postoji, ali je nejasno tko je poslodavac, koja prava ima radnik te tko je odgovoran za njihovo ostvarenje te
- nedostatno pridržavanje i provedba zakonskih odredbi.

Navedeni čimbenici doprinose povećanju nesigurnosti i siromaštva radnika. Također nepovoljno utječu na kompetitivnost i održivost poduzeća. Pod njihovim utjecajem relevantnost radnog prava, i na nacionalnoj, i na međunarodnoj razini postaje upitna. Izravno potkopavaju zaštitu neautonomnih radnika koji su u stvarnosti zaposlenici, ali zbog navedenih čimbenika ne mogu biti prepoznati. Nedostatak ili nedostatna zaštita ima određene nepovoljne posljedice na radnike i članove njihovih obitelji. Odsustvo prava radnika ima negativne učinke na interese poduzeća, kao i društva u cijelini. Ovakva situacija više pogađa žene nego muškarce. Radnici pogođeni ovakvom situacijom ne samo da ne ostvaruju prava koja im jamči radno pravo, već imaju poteškoća u osiguranju zaštite kompetentnih inspekcija rada ili kod traženja naknade štete pred nadležnim sudovima. U sferi socijalne sigurnosti radnici iz spomenute kategorije nalaze se na rubu ili primaju manje povoljne povlastice od radnika koji su identificirani kao zaposlenici. Nedostatak pravne sigurnosti rezultira sudskim odlukama kojima se radnici iz kategorije samozapošljavanja klasificiraju kao ovisni zaposlenici, što ima značajne ekonomske posljedice za poduzeća. S druge strane rad bez stabilnosti ili mogućnosti napretka može dovesti do toga da radnici gube odanost prema svom poslodavcu, što u konačnici pridonosi povećanoj i skupoj fluktuaciji radne snage.

Druga dimenzija nedostatne pravne zaštite radnika ogleda se u zanemarivanju njihove profesionalne izobrazbe i usavršavanja. Naime, malo je izgledno da će poslodavci ulagati u radnike koji se neće dulje kod njega zadržati u radnom odnosu ili koji su kod njega zaposleni temeljem podugovornog odnosa, osim ako nije u pitanju ostvarenje posebnih ciljeva.¹⁹ Takvi su radnici skloniji nesrećama na radu te mogu kočiti kompetitivnost tvrtke u kojoj su zaposleni. Nedostatno ulaganje u

19 ILO, *The construction industry in the twenty-first century: Its image, employment prospects and skills requirements*, Report for discussion at the Tripartite Meeting on the Construction industry in the Twenty-first century: Its image, employment prospects and skills requirements, Geneva, 2001, TMCIT/2001, <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmcit01/tmcitr.pdf>

profesionalnu izobrazbu i usavršavanje u određenoj djelatnosti uz velik broj radnika koji su pravno nezaštićeni može odražavati negativnu sliku i stvarati ozbiljne poteškoće pri zapošljavanju i zadržavanju radnika u toj djelatnosti. Nedostatna zaštita radnika može imati nepovoljan utjecaj na zdravlje i sigurnost trećih i društva u cjelini.²⁰ Povezanost rizika od nesreća i slabe zaštite radnika posebice dolazi do izražaja kod pretjerane uporabe podugovaranja.²¹ Problem nije u samom podugovaranju, već u njegovoj nepravilnoj uporabi, koja može stvoriti ili povećati rizik.²² Nedostatna zaštita radnika ima velik utjecaj na financijsku sferu, u smislu

-
- 20 Primjerice, u Australiji sudar između poluprikolice i dvaju osobnih vozila rezultirao je 1999. smrću šest osoba. Uzrok nesreće bio je ekstreman umor vozača kamiona, koji je vozio pod utjecajem stimulaturnih piyata koje mu je dao njegov poslodavac i suradnik. Dugi sati vožnje, koji su prelazili zakonsku granicu dopuštenosti, bili su uobičajena praksa u poduzeću u kojoj je spomenuti vozač bio zaposlen. Ibid: Australia, str. 51-52. Poštivanje zakonskih ograničenja u pogledu trajanja radnog vremena dovelo je u Švicarskoj do sudara u tunelu St Gothard čija je posljedica bila gubitak jedanaest ljudskih života. Vidi: International Road Transport Union: Press release No. 625, 30 Octobre 2001.
- 21 Primjerice, U Toulousu u Francuskoj je 21. rujna 2001. godine došlo do eksplozije AZF kemijskog kompleksa u kojem je ubijeno 30 ljudi, stotine je ozljeđeno te uništeno tisuće domova. Istražno povjerenstvo istaklo je kaskadno podugovaranje kao otežavajuću okolnost koja je pridonijela velikoj industrijskoj nesreći. Spomenuta komisija predložila je, *inter alia*, poboljšanje zaštite "vanjskih" radnika. Vidi: ASSAMBLÉE NATIONALE: Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la sûreté des installations industrielles et des centres de recherche et sur la protection des personnes et de l'environnement en cas d'accident industriel majeur, No. 3559, 29. Jan. 2002., vol. 1 (<http://www.assemblee-nationale.fr/Rap-enq/r3559/r3559-01.asp>). Kao odgovor na nesreću Nacionalnom odboru upućen je Prijedlog zakona o povećanju kontrole od rizika, u čijem se 6. dijelu traži da poslodavac-korisnik ima odgovornost prema radnicima koji su zaposleni od "vanjskog" poslodavca da poštuju sigurnosne mjere na radu, kao i da im omoguće profesionalnu izobrazbu odnosno usavršavanje prije početka rada. Vidi: ASSAMBLÉE NATIONALE: Projet de loi tendant à renforcer la maîtrise des risques technologiques, No.3605, 7. Feb. 2002 (<http://www.assemblee-nationale.fr/projects/pl3605.asp>).
- 22 Poseban problem predstavlja situacija u industriji nuklearne energije u kojoj održavanje većih nuklearnih postrojenja većim dijelom obavlja podugovaratelj. Vidi: THÉBAUD-MONY, A.: L'industrie nucléaire: sous-traitance et servitude, Paris, Inserm/EDK, 2000; BURSAUX, E., La vie exposée des travailleurs précaires du nucléaire, u: Le Monde, 8. May 2001; JANŽEKOVIĆ, H., ČERNILOGAR-RADEŽ, M., KRIŽMAN, M., Analysis of contract workers' doses in Slovenia at International Conference on Occupational Radiation Protection: Protecting workers against Exposure to Ionizing Radiation, organised by the International Atomic Energy Agency and convened jointly with the ILO, Geneva, 26-30 Aug-2002; U Sjedinjenim Državama loše strane nepravilne uporabe podugovaranja posebice su došle do izražaja 11. rujna 2001. godine u vidu njenog utjecaja na javnu sigurnost u zračnom prometu. Naime, u brojnim zračnim lukama mnogi privatni ugovoratelji bili su odgovorni za održavanje određenih sigurnosnih aranžmana, održavanje i čišćenje, koji su pri tom imali pristup instalacijama. Glavni razlog loše izvedbe veliki opticaj radne snage među kontrolorima leta, što je bila posljedica niskih plaća, ograničenih povlastica, repetitivne i monotone naravi posla. UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE: Aviation security: Tetterist acts illustrate severe weaknesses in aviation security. Testimony before the Subcommittees on Transportation, Senate and House Committees on Appropriations, 20 Sep. 2001:6-7.

neplaćenih socijalnih doprinosa i poreza.²³

Radni odnos može biti objektivno neodređen ili prikriven. Obje situacije stvaraju nesigurnost u primjeni prava te mogu poništiti zaštitu koju ono pruža. Primjer su problemi s kojima se suočavaju radnici uključeni u trostrani radni odnos što uključuje drugačija pravna pitanja. U pitanju su radnici koje je zaposlio jedan poslodavac (pružatelj usluge), koji obavljaju poslove za treću stranu (korisnika usluga), za kojeg poslodavac osigurava obavljanje određenog rada ili pružanje određene usluge. Kod ovog odnosa nije sporan položaj zaposlenika, već poteškoće u određivanju tko je stvarni poslodavac, koja su prava radnika i tko je odgovoran za njih.

U standardnom radnom odnosu položaj radnika nije u pitanju. Međutim, u nekim situacijama radnik može imati široku autonomiju u svom djelovanju, što može biti čimbenik koji dovodi u pitanje njegov položaj zaposlenika. Postoje situacije u kojima glavni čimbenici koji karakteriziraju radni odnos nisu očiti. Ovdje se ne radi o njegovom namjernom prikrivanju, već o stvarnoj sumnji u njegovo postojanje. Može se javiti kao posljedica specifičnog, složenog oblika odnosa između radnika i osobe kojoj osigurava rad, ili kao rezultat razvoja odnosa tijekom vremena. Ovakva se situacija može dogoditi kada osoba iz kategorije samozapošljavanja postupno ulazi u stalni radni odnos sa svojim klijentom. Ponekad je u pitanju postojanje cijelog spektra fleksibilnih i dinamičnih oblika zapošljavanja koje je teško uklopiti u tradicionalni okvir radnog odnosa. Primjerice, osoba može biti zaposlena i raditi na daljinu bez određenog radnog vremena, s posebnim režimom plaćanja i potpunom autonomijom u organizaciji rada. Međutim, ukoliko se takav radnik koristi opremom poslodavca, slijedi njegove upute i podliježe njegovom nadzoru prirodno je da ga poduzeće za koje radi smatra svojim zaposlenikom. Poseban problem u tom smislu predstavljaju tzv. *e-lancersi (electronically connected freelancers)*²⁴, kod kojih je tradicionalni okvir zaposlenja doveden u pitanje.²⁵

Nadalje, postoje kategorije zaposlenika koji se nalaze između pripadnosti radnom odnosu i kategorije samozapošljavanja, a u pitanju su ekonomski ovisni radnici koji su formalno samozaposleni, ali ujedno u pogledu svoje zarade ovisni o jednom ili nekoliko klijenata. Nije ih lako okarakterizirati, niti brojčano odrediti zbog heterogenosti naravi njihove situacije ili zbog nedostatka definicije ili statističkih alata. U situaciji u kojoj je predmet ugovora pribavljanje usluga samozaposlenog radnika, poslodavcu je u interesu utvrditi da nije pogrešno klasificirao radnika. Budući da je u tom slučaju financijski odgovoran vlastima ukoliko utvrde da je u pitanju rad nesamostalnog radnika.²⁶

23 UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE: Contingent workers: Income and benefits lag behind those of rest of workforce, GAO/HEHS-00-76, June 2000, (<http://gao.gov/new.items/he00076.pdf>).

24 Vanjski suradnici koji su elektronički povezani s korisnikom njihovih usluga.

25 KAROLY, L., PANIS, C, The 21 st century at work: Forces shaping the future workforce and workpalce in the United States, Santa Monica, California, RAND, 2004.

26 FISHMAN, S., Hiring independent contractors: The employer's legal guide, 4 th ed., Berkley, Nolo, 2003.

Prikriveni radni odnos je onaj koji se prikazuje drugačijim nego što je to u stvarnosti radi poništavanja ili umanjivanja zaštite koja je osigurana pravom, izbjegavanja plaćanja poreza te doprinosa socijalne sigurnosti. Radi se o pokušaju prikrivanja ili izobličavanja radnog odnosa, bilo da se prikazuje pod nekom drugom legalnom krinkom, bilo da mu se daje drugi oblik. Prikriveni radni odnos može se postići i prikrivanjem identiteta samog poslodavca, kada je osoba koja je radniku dodijeljena kao poslodavac samo posrednik, kako bi se stvarni poslodavac oslobodio od bilo kakve odgovornosti koje proizlaze iz radnog odnosa.

U navedenim situacijama javlja se problem neprijavljenog rada, tj. „rada na crno“, koji se može definirati kao „bilo koja plaćena aktivnost, koja je po svojoj naravi zakonita, ali nije prijavljena javnoj vlasti.“²⁷ O lošim stranama „rada na crno“ svjedoči aktivnost Europskog vijeća koje je u borbi protiv takvog vida rada 1999. donijelo Rezoluciju o transformaciji neprijavljenog rada u regularno zaposlenje zajedno s predstavnicima vlada država članica²⁸ te 2003. godine Rezoluciju br. 260²⁹ o istom pitanju.

3. SUDSKI TESTOVI ZA IDENTIFIKACIJU SUBORDINIRANOG RADA

U razlikovanju subordiniranog od autonomnog rada valja poći od definicije koncepta radnika. Budući da zakonodavstva, i nacionalna i zakonodavstvo Europske unije³⁰, ne daju dostatno jasnu i preciznu definiciju koncepta radnika, sudska praksa, najprije anglosaksonska, pa kasnije i sudska praksa kontinentalnoga pravnog sustava razvila je različite testove razlikovanja subordiniranog od autonomnog radnika.³¹

Razvijeni testovi³² odnose se na mnoštvo činjeničnih okolnosti ključnih u identifikaciji subordiniranog rada, odnosno rada koji se obavlja temeljem ugovora

27 COMMISSION od 7. travnja 1998. on undeclared work, COM(98)219 FINAL

28 Council resolution on transforming undeclared work into regular Employment Official Journal C 260, 29/10/2003 P. 0001 - 0003.

29 Council resolution on transforming undeclared work into regular employment (2003/C 260/01) Official Journal of the European Union C260 of 29.10.2003 p. 1

30 Na razini Europske zajednice postavlja se pitanje treba li koncept radnika u kontekstu europskih mjera definirati prema konceptu definiranom na europskoj razini ili definiranje treba prepustiti dotičnoj državi članici u kojoj se određena europska mjera ima primijeniti. Mišljenja su podijeljena. Budući da ni europsko radno zakonodavstvo ne definira pojam radnika, definiranje je prepušteno Europskom sudu pravde. «Radnik je osoba koja se obvezuje prema nalogima i uputama poslodavca za njega i pod njegovim nadzorom obavljati određeni posao u zamjenu za plaću.» Ovakvu definiciju pojma radnika postavio je Europski sud pravde u presudi C.179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova spa v Siderurgica Gabrielli spa), te C. 66/85 (Deborah Lawrie-Blum v Land Baden Württemberg). Vidi: www.curia.eu.int.

31 SCHNEIDER, M., A Juridical Approach to the notion of Independent Labour. A Critical Study of the French and German Systems, o. c. 338.-339.

32 O testovima za identifikaciju subordiniranog rada vidi: BROOKS, B., ENGELS, C., General Overview, u: Employed or Self-employed, B. Brooks, C. Engels (ed.), Bulletin of Comparative Labour Relations, Vol.24, 1992:4-5.

o radu. Međutim, ni jedna od tih činjenica nije sama po sebi dostatna za valjanu identifikaciju subordiniranog rada.

3.1. Test aktualne kontrole³³ (nadzora)

Prema ovom testu poslodavac je osoba koja stvarno vrši nadzor (kontrolu) nad radom radnika. Nadzor može vršiti izravno ili intervencijom nadglednika. Za ovaj se test traži stvaran nadzor od strane poslodavca, a ne puka mogućnost vršenja nadzora.

Prema kontrolnom testu,³⁴ samo ako su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti može biti riječi o ugovoru o radu:

- moć i mogućnost odabira radnika,
- pravo nadzora načina na koji radnik obavlja posao i
- pravo suspenzije i otkaza.

Ovaj test može biti pogodan za identifikaciju položaja radnika kod velikog broja radnika «plavih ovratnika» koji rade u velikim industrijama pod izravnim nadzorom svojih nadređenih. No, prema ovom testu velik broj radnika ostao bi izvan okvira ovakve definicije (posebice onih koji su u obavljanju svog posla u većoj mjeri autonomni, odnosno koji su slabijim intenzitetom subordinirani poslodavcu). Upravo zbog izloženog ovaj test nije pogodan, posebice danas uz pojavu novih oblika rada.

3.2. Test mogućnosti vršenja kontrole (nadzora)

Tradicionalni kontrolni test postao je neprimjeren za zaštitu radnika čija ih tehnička stručnost *prima facie* čini neovisnima u poduzeću. Upravo zbog toga sudovi su razvili novi test prema kojem je za identifikaciju rada kao subordiniranog

33 Kontrola kao kriterij za identifikaciju subordiniranog rada definirala se od kraja XIX stoljeća u raznim presudama: *Yewens v Noakes* (1886.) 6 QBD 530, 532, 533 (http://en.wikipedia.org/wiki/Yewens_v_Noakes). U presudi ovog slučaja data je definicija pojma subordiniranog radnika, koji se tada nazivao sluga. Sluga je osoba koja je podređena svom gospodaru u pogledu posla koji će obavljati, kao i načina na koji će ga obavljati; *Performing Right Society v Mitchell and Booker Ltd* (1924) 1 KB 762. U definiranju subordiniranog radnika valja poći od odnosa u kojem poslodavac nema samo pravo kontrole onog što radnik radi nego i načina na koji radi (POPPLER, J., *A pragmatic legal expert system*, Dartmouth, 1996:321); *Ready Mixed Concrete Ltd v Minister for Pensions and National Insurance* (1968.) 2 QB 497, 515. U presudi slučaja određuje se što sve kontrola mora uključivati. Kontrola bi trebala uključivati moć odlučivanja o poslovima koji se trebaju obaviti, način na koji će se obaviti, vrijeme i mjesto na kojem se trebaju obaviti ([http://en.wikipedia.org/wiki/Ready_Mixed_Concrete_\(South_East\)_Ltd._v._Minister_of_Pensions_and_National_Insurance](http://en.wikipedia.org/wiki/Ready_Mixed_Concrete_(South_East)_Ltd._v._Minister_of_Pensions_and_National_Insurance)).

34 *Short v J. & W. Henderson Ltd.* (1946.), 74 L.T. 417; 62 T.L.R. 427, H.L.); U navedenom slučaju Lord Thankerton želio je ustvrditi ima li putativni poslodavac moć odabira radnika, pravo nadzora nad načinima vršenja rada te pravo suspenzije i otkazivanja radnog odnosa. Prema njegovom mišljenju ukoliko su ovi čimbenici prisutni ako radnik prima plaću ili neki drugi oblik novčane naknade, može se govoriti o radnom odnosu (DAINTY, A., GREEN, S., BAGIHOLE, B., *People and culture in construction, a reader*, Sponresearch, 2007:57.

rada (dakle riječ je o ugovoru o radu) odlučna mogućnost vršenja kontrole nad radom radnika.

Kontrola koja danas postoji na modernom tržištu radne snage zasigurno je manje osobna i birokratska u odnosu na prirodu koju je imala u XIX stoljeću, ali u svakom slučaju zato ne manje bitna pri razlikovanju radnopravnog odnosa koji se zasniva ugovorom o radu i drugih oblika obavljanja rada.

Oba se oblika kontrolnog testa tijekom vremena nisu pokazala pogodnima, posebice kada su u pitanju bili radnici koji su radili prema organizacijskim potrebama poduzeća, kao što su kućni radnici (*home workers*), povremeni radnici (*temporary workers*), prigodni radnici (*casual workers*) itd. Upravo su zbog toga sudovi razvili novi test koji se temelji na radniku kao sastavnom dijelu organizacije za koju radi, te joj je stoga subordiniran.

3.3. Organizacijski (integracijski) test

Prema *organizacijskom (integracijskom) testu*,³⁵ na temelju ugovora o radu rad radnika čini integralni dio poslovanja poslodavca. Kod ugovora o uslugama rad koji osoba obavlja obavljen je za poslovanje, ali ne kao sastavni dio poslovanja, već kao njegov dodatak.³⁶ Ovaj test može biti koristan u pojašnjavanju položaja radnika uprave i profesionalnih radnika. Manje je pogodan za «vanjske radnike», čiji je rad često sastavni dio poslovanja poslodavca, bez da su radnici zaposleni kod tog poslodavca. Razvidno je da ni ovaj test nije u potpunosti primjenjiv, barem kad su u pitanju prigodni radnici (*casual workers*).

3.4. Test ekonomske ovisnosti

Osim ova tri nabrojena testa sudovi su razvili još jedan test, *test ekonomske ovisnosti*³⁷. Ovaj test polazi od temeljnog razloga zbog kojeg je radno pravo počelo postojati, a to je potreba da se ograniči moć poslodavca uslijed nejednakosti pregovaračkih pozicija radnika i poslodavca i činjenice da egzistencija radnika ovisi o plaći koju zaradi obavljajući rad za poslodavca. Test ekonomske ovisnosti³⁸ postavlja pitanje obavlja li radnik posao za svoj račun kao poduzetnik ili radi za račun drugog koji onda preuzima na sebe rizik gubitka profita u poslovanju. Da bi se radilo o ugovoru o radu potrebno je kumulativno ispunjenje sljedećih uvjeta: radnik se obvezuje da će za određenu plaću ili naknadu za poslodavca obavljati određeni

35 O integracijskom testu vidi više: DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labour law*, Butterworths, 1998:162

36 *Stevenson, Jordan & Harrison v MacDonald & Evans* (1952.) 1 TLR 211, 111, *ibid.*, str. 162.

37 O testu ekonomske realnosti vidi više: BOWERS, J., *Employment law*, Blackstone Publisher, London, 2000:8.

38 Sudske presude pri čijem je donošenju vodilja bio test ekonomske ovisnosti primjerice su: *Market Investigations Ltd v Minister of Social Security* (1969.) 2 QB 173; *Hall v Lorimer* (1994.) IRLR 127 (DEAKIN, S., MORRIS, G.S., o.c., str. 162.-164.

posao sukladno svom znanju i sposobnostima, radnik se eksplicitno ili implicitno slaže da će se u obavljanju tog posla podvrći kontroli poslodavca do te mjere da će u odnosu na poslodavca biti u podređenom položaju. Ovaj test, osim što nije apsolutno neophodan, ne predstavlja dostatan kriterij kojim bi se određena osoba mogla identificirati kao subordinirani radnik.

3.5. Test uzajamne obveznosti

Sudovi su razvili još jedan test, *test uzajamne obveznosti*³⁹ koji postavlja pitanje uzajamnog obećanja ispunjenja obveza kroz vremenski period, a koje proizlaze iz radnog odnosa. Naime, ugovor o radu u svojoj osnovi obuhvaća obvezu obavljanja posla za poslodavca, koji se zauzvrat obvezuje isplatiti plaću, dok se daljnja obveza sastoji od uzajamnog obećanja budućeg djelovanja.⁴⁰

3.6. Hibrid test

Budući da nabrojeni testovi sami za sebe nisu dovoljni u identifikaciji subordiniranog rada sudovi najčešće primjenjuju *hibrid test*, odnosno kompilaciju nabrojanih testova. Suci će prigodom odlučivanja o postojanju ugovora o radu uzeti u obzir ekonomsku ovisnost radnika, vršenje stvarnog nadzora od strane poslodavca nad radom radnika. Ako uporabom ovih dvaju testova ne dođu do afirmativnog rezultata (tj. da se radi o radnom odnosu), ispitat će mogućnost vršenja nadzora poslodavca nad radom radnika, te integriranost radnika u organizaciji poslodavca.

Razmatrajući testove identifikacije ugovora o radu (subordiniranog rada) mogli smo doći do zaključka da je tradicionalni pojam osobne subordinacije, koja se sastojala u radnikovu izvršenju poslodavčevih naloga u pogledu vršenja i organizacije rada, doživio evoluciju, tj. da više ne korespondira činjenici da sve veći broj visokokvalificiranih radnika uživa autonomiju u odlučivanju kako i kada obaviti svoj posao.

4. ČIMBENICI TRANSFORMACIJE RADNOG ODNOSA

Tradicionalni, stereotipni koncept subordinacije u kontekstu aktualnog razvoja na tržištu rada ozbiljno je doveden u pitanje pod utjecajem većeg broja čimbenika.⁴¹ U prvom redu tehnologija, posebice informacijska, dovela je do toga da se radnici

39 Test uzajamne obveznosti korišten je u presudama: *Airfix Footwear Ltd. v Cope* (1978.) ICR 1221; *Nethemere Ltd v Taverna & Gardiner* ((1984.) IRLR 240, 246 (DEAKIN, S., MORRIS, G. S., o. c., str. 164., 166.

40 FREEDLAND, M., *Contract of employment*, Clarendon Press, Oxford, 1976:16

41 Europska komisija dobila je izvješće grupe stručnjaka o provedenom istraživanju na području Europske Unije u pogledu budućnosti rada i radnog prava. Vidi: SUPLOT, A., *Beyond Employment, Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, 2001.

u obavljanju svog posla osjećaju autonomni, iako i dalje ostaju subordinirani poslodavcu u organizacijskom smislu. Osim toga, povećana osposobljenost radnika, nove metode koje uvode poslodavci u pogledu participacije radnika, te prijelaz s vertikalnog na horizontalni menadžment dovelo je do transformacije moći i interesa poslodavca koja se sada više temelji na vrjednovanju načina izvršenja rada, nego na specifikaciji sadržaja posla. Određenje plaće sve se više temelji na rezultatu, nego na metodama rada. Navedeno osigurava radniku veću autonomiju prigodom obavljanja posla i potiče inicijativu. Spomenuti čimbenici doveli su do evolucije pojma pravne subordinacije koja ne obuhvaća više samo podvrgavanje radnika nalogima radnika u pogledu izvršenja posla, već i integraciju radnika u organizaciju.

Proširenje koncepta subordinacije dovelo je do još veće kompleksnosti u identifikaciji radnog odnosa. Naime, pri identifikaciji postojanja ugovora o radu kod radnika koji su u obavljanju svog rada u velikoj mjeri ili u potpunosti autonomni, subordinacija kao kriterij te identifikacije nije pouzdan. Ugovori o franchisingu, agencijski ugovori, ugovori o savjetovanju, ugovori o leasingu vozila za catering, iako predstavljaju neovisne poslovne odnose, u stvarnosti su polusubordinirani ili subordinirani odnosi, iako se ne radi o radnom odnosu.

S druge strane postoje radnici koji su u okviru svog radnog odnosa visoko integrirani u organizaciju poduzeća da se gotovo može smatrati da su u vlasničkom odnosu prema poduzeću. U tom slučaju valja poći od tehnike, tzv. «nagomilanih indikatora» koja se primjenjuje u zemljama Europske unije, a koja se sastoji od nekoliko pokazatelja koji upućuju na postojanje subordiniranog rada. Koji će pokazatelj ući u sastav ove tehnike varira od zemlje do zemlje.⁴² Razumljivo je da evolucija koncepta subordinacije koja se dogodila u praksi na polju radnih odnosa još uvijek nije našla svoje mjesto u zakonodavstvima: tehnika «nagomilanih indikatora» koja je prvotno bila kreirana sa svrhom proširenja opsega radnog prava na one profesije u čijoj prirodi postoji visok stupanj autonomije (liječnici, novinari, profesori), danas se može upotrijebiti za održavanje radnika, na koje je utjecao «post-Fordizam»⁴³ i radnika koji na poslu imaju veliki stupanj autonomije, u okviru primjene radnog prava.

42 Švedska sudska praksa izdvojila je nekoliko pokazatelja za identifikaciju subordiniranog rada: strana koja je angažirana obvezna je posao osobno obaviti; sredstva rada osigurava poslodavac; troškove poslovanja snosi poslodavac; osoba je plaćena za obavljani rad; ekonomski i socijalni položaj osobe jednak je onom radnika. SUPIOT, A., *Beyond Employment*, o. c., str. 12.

43 «Fordizam-sistem načela i metoda organizacije rada i upravljanja proizvodnim procesima, što ih je formulirao, razradio i u praksi primijenio američki industrijalac Henry Ford... Ta načela razrađuju metode uvođenja triju osnovnih skupina operacija: planiranje, organiziranje i kontrolu. Sistem proizvodnje karakteriziran je uvođenjem tekuće vrpce, standardizacijom i tipizacijom proizvoda, veoma razgranatom podjelom rada, što potpunijom mehanizacijom proizvodnih procesa, efikasnim statističkim praćenjem cjelokupnog poslovanja, stalnim poticanjem zainteresiranosti radnika za uspjeh poduzeća primjenom prikladnih metoda plaćanja itd. Na toj osnovi može se postići masovna proizvodnja jeftine robe...» cit. prema DRAGIČEVIĆ, A., *Ekonomski leksikon*, Informator, 1991:195.

Negativne strane subordinacije osjećaju se kod raznih oblika prigodnog zaposlenja, primjerice kod ugovora na određeno vrijeme. U ovakvim slučajevima poslodavci svojim uobičajenim ovlaštenjima dodaju diskrecijsku moć produženja ugovora na određeno vrijeme nakon njegova isteka. Ovakav vid subordinacije potpomognut je još dvama čimbenicima. Prvi je visoka stopa nezaposlenosti, koja posredno prisiljava radnike da prihvate uvjete rada koje u normalnim okolnostima ne bi prihvatili. Drugi čimbenik predstavlja prijelaz sa velikog na srednje i malo poduzetništvo pod utjecajem povećanja broja informatičkih poduzeća, koja su međusobno povezana putem podugovora ili *outsourcing* sporazuma.

Iako je subordinacija i dalje najvažniji kriterij identifikacije subordiniranog rada (postojanja radnog odnosa), u teoriji radnog prava javlja se mišljenje prema kojem subordinaciju kao kriterij valja zamijeniti kriterijem ekonomske ovisnosti⁴⁴, odnosno kriterijem integracije radnika u poduzeću poslodavca⁴⁵, budući da koncept osobne subordinacije više ne može biti zadovoljavajući kriterij koji će služiti za određenje postojanja radnog odnosa u kojem će radnik uživati određenu zaštitu, primjerice protiv neopravdanog otkaza. Čini se da je došlo vrijeme da se koncept osobne subordinacije zamijeni ekonomskom ovisnošću.⁴⁶ Primjenom ovih dvaju kriterija proširio bi se opseg važenja radnog prava i na one osobe koje na temelju kriterija subordinacije ne spadaju u tu kategoriju, u prvom redu, osobe iz kategorije samozapošljavanja, visoko pozicionirane radnike iz kategorije bijelih ovratnika, za koje se, iako su ekonomski ovisni, teško može reći da su osobno subordinirani poslodavcu.

Vremenom se subordinacija, kao jedno od bitnih obilježja standardnog, tradicionalnog radnog odnosa, postupno racionalizira. Proces ugovaranja u sferi radnih odnosa pratilo je istovremeno, postupno širenje socijalne legislative u oblasti naknade štete radnicima, socijalnog osiguranja i zaštite zaposlenja. „Ugovor o radu“⁴⁷ i „radnik“ postaju opći pojmovi za označavanje subordiniranog, ovisnog,

44 U prijedlogu zakona iz 1996. o spriječavanju tendencije širenja fiktivnog samozaposlenja za pokrajine Hesse i Nord- Rhine-Westphalia dana je precizna definicija pojma financijski ovisnog radnika: osoba koja ne zapošljava druge za obavljanje toga rada, uz iznimku članova njegove obitelji; osoba koja u pravilu radi za jednog poslodavca; obavljen rad može se povezati s radom koji bi obavio radnik; osoba koja svoje usluge ne obavlja u sklopu svog poslovanja.

45 Osnovna zamjerka koja se stavlja ovom kriteriju je da bi se njegovom primjenom proširio okvir važenja radnog prava i na one osobe koje se prema sadašnjoj definiciji ne smatraju radnicima. Ovakvo stajalište najzastupljenije je u njemačkoj radnopravnoj teoriji. Financijska ovisnost očituje se u sljedećem: rad se obavlja osobno bez tuđe pomoći; rad se obavlja za račun jednog poslodavca; rad se nužno obavlja bez osobnih financijskih izdataka; rad čini dio organizacijske sheme drugog, vidi: WANK, R., *Der Betrieb, u Arbeitnehmer und Selbständige*, 1992., str. 90.

46 BETTEN, L., *The Role of the Contract in transforming Labour Relations*, u *The Employment Contract in transforming Labour Relations*, BETTEN, L., (ed.), Kluwer law international, 1995:7.

47 Ugovor o radu (*locatio conductio operarum, contract of employment, Arbeitsvertrag, contratto di lavoro*) je dvostrano obvezni (sinalgmatični) pravni posao, odnosno ugovor (*contractus bilaterales*), na temelju kojeg u granicama dopuštenim u pravnom sustavu, stranke slobodnim

neautonomnog rada. Kontraktualizacija ima dva centralna aspekta djelovanja: ograničavanje legalne supraordinacije poslodavca⁴⁸ te korištenje radnog odnosa kao instrumenta kanaliziranja i raspodijele socijalnih i ekonomskih rizika nametanjem obveze poslodavcu u vidu plaćanja doprinosa i kompenzacije za slučaj prestanka zaposlenja.

U tržišnoj ekonomiji radnik se promatra kao slobodan subjekt, kao suveren, ali koji je ujedno i submisivan (podčinjen). Ovakva ambivalentnost nije svojstvena tržištu rada, već je na taj način obuhvaćena pravna dimenzija. Radnik je ujedno i subjekt i objekt ugovora o radu. Stoga mu se moraju priznati prava koja ograničavaju djelovanje samoeksproprijacije, svojstvenoj ugovoru o radu, kako bi se ponovno uspostavilo jedinstvo osobe radnika. Postoje dva strukturalna problema kad je riječ o radnom pravu, problemi koji su postojali u prošlosti, a bit će prisutni i u budućnosti. Prvi problem odnosi se na usklađivanje kratkog vremena ugovorne razmjene i dugog perioda ljudskog života i reprodukcije. Drugi se odnosi na usklađivanje individualizacije i međusobne ovisnosti, što su dva nerazdvojna proizvoda raspodijele rada i odgovornosti, što još više pogoršava tehnički napredak, uvećan potrebom za socijalnom sigurnošću. Usklađivanje spomenutih zahtjeva na dva fronta zahtjeva od svakog radnika profesionalni identitet koji će mu dugoročno jamčiti slobodnu uporabu svojih ekonomskih sposobnosti. Spomenuti profesionalni identitet, složen od nedjeljivih prava i obveza, uklapa radnika u sustav solidarnosti koji započinje završetkom/prestankom školovanja, traje do trenutka umirovljenja i nužno se proteže i izvan svoje generacije, uključujući i one prije i one poslije njega. U industrijskom svijetu, upravo radni odnos dodjeljuje radniku profesionalni identitet, budući se ugovorom o radu stječe spomenuti status koji je definiran zakonodavstvom i kolektivnim ugovorima.

Važno je napomenuti da profesionalni status nije nepromjenjiv. Mijenjaju se institucije na kojima je utemeljen, drugim riječima poduzeće i obitelj. Profesionalni status razvio se u svijetu jasne podijele radnog i obiteljskog života, i gdje su zadaće bile podijeljene na način da su muškarci bili ti koji su zarađivali izvan kuće i bili hranitelji obitelji, dok su žene obavljale kućne poslove (poslove na obiteljskom imanju) i brinule se za obitelj. Ovakvu situaciju je pratio istovremeni naglasak na velika industrijska poduzeća, čvrsto ukorijenjene u nacionalnoj ekonomiji, sa stabilnim kapitalom, stabilnom radnom snagom i striktnom hijerarhijskom organizacijom.

očitovanjem volje zasnivaju, mijenjaju ili ukidaju konkretan dvostranoobvezan radnopravni odnos u kojem jedna strana – poslodavac (*conductor*) ima obvezu u radnom odnosu drugoj strani - posloprimcu (*locator*) dati posao te mu za obavljeni rad isplatiti odgovarajuću plaću, te ovlaštenje prisvajanja rezultata rada, osobno obavljenog, dok je druga strana - posloprimac obvezan prema uputama poslodavca ne(određeno) vrijeme osobno obavljati preuzeti posao, te je ovlašten na plaću za osobno obavljen rad. Vidi: BILIĆ, A., *Ugovor o radu uz poseban osvrt na pomorce, magistarski rad*, Split, 2004.

48 Ograničenja, u tom smislu, dobila su formu izričitih klauzula ugovora o radu.

Međutim, u posljednjih trideset godina i obitelji i poduzeća doživjela su značajne promjene.⁴⁹ Više nisu ni tako jasno ni stalno određena. Hijerarhijska organizacija poduzeća je poljuljana, njihova veličina je smanjena, uz istovremeno povećanje izlaganja rizicima. Upravo je, zbog navedenog, sigurnost koju su pružale navedene institucije značajno ugrožena. Dolazi do promjene u uvjetima razmjene u radnom odnosu.⁵⁰ Tradicionalni model radnog odnosa podrazumjevaio je razmjenu subordinacije radnika za sigurnost koju mu je pružao status radnog odnosa. Danas, dolazi do dvaju novih oblika razmjene, koji tek moraju svoj izraz dobiti u pravu. Prvi se sastoji u razmjeni mobilnosti koja se danas očekuje od radnika, što se u tehno-kratskom žargonu naziva „mogućnost zapošljavanja/zaposlivost“ odnosno profesionalna sposobnost. Međutim, nije razumno od radnika očekivati ovakvu transformaciju, unutar istog posla ili u vidu prijelaza s jednog na drugi posao, bez da mu se za to ponude odgovarajuća sredstva koja će mu omogućiti i olakšati spomenutu profesionalnu transformaciju. Tradicionalno, razlikovala se pravna sposobnost, koja je proizlazila iz pravne kvalifikacije radnika koji je u pitanju, kao što je dob ili nacionalnost i *de facto* sposobnosti koja je bila u vezi sa psihičkim, fizičkim i inim sposobnostima datog radnika. Profesionalna sposobnost treba se klasificirati kao potonja, posebice s obzirom na stajališta zastupljena u ekonomskoj teoriji.⁵¹ Ona nije nepromjenjiva kategorija, već je u ovisnosti o osobi koja je u pitanju, te mehanizmima koji utječu na njeno dugoročno održavanje, kao što su profesionalna izobrazba i unapređivanje, pristup kojima bi trebali imati svi radnici za vrijeme trajanja svog radnog vijeka, bez obzira jesu li u radnom odnosu ili spadaju u kategoriju samozaposlenih osoba.

Drugi oblik razmjene postoji u vidu radnikove odgovornosti za rezultate svog rada i slobode, bez koje spomenuta odgovornost ne bi imala osnova. Radnik koji radi temeljem striktno subordinacije ne bi trebao imati svoju volju. Njegova volja trebala bi izražavati poslodavčevu volju, što objašnjava zbog čega poslodavac odgovara za rizike poslovanja. Budući je poslodavac isključivi beneficijar rezultata i uspjeha rada radnika, mora se istovremeno suočiti i s eventualnim pogreškama koje radnici počine u svom radu. Ova ravnoteža je poremećena ukoliko radnik ima obvezu predočiti samo rezultat rada koji je pred njega postavljen, odnosno kada je zaštititi njegove osobne slobode dana prednost u odnosu na prerogative poslodavca u upravljanju proizvodnim procesom.

Naime, uvjeti izraženi u ugovoru o radu imaju ograničenu ulogu u definiranju sporazuma postignutog između stranaka. Ugovor o radu, doduše, sadrži formalna i proceduralna pravila, primjerice uvjete zaposlenja, kao što su iznos plaće odnosno

49 PIORE, M. J., The reconfiguration of work and employment relations in the United States at the turn of the 21 century, u *The future of work, employment and social protection, The dynamics of change and the protection of workers*, International Institute for labour studies, 2002., str.171.-191.

50 TRENTIN, B., Potential changes in systems of industrial relations, *The dynamics of change and the protection of workers*, AUER, P., GAZIER B., (eds.), International institute for labour studies, Lyon, 2002: 207.-217.

51 SEN, A. K., *Inequality re-examined*, Russel Sage Foundation, New York, 1995:39-46.

njene naknade za obavljani rad, radno vrijeme, praznike itd., kao i ona koja se odnose na disciplinske mjere, u prvom redu otkaz, kao jedan od načina prestanka radnog odnosa. O ovim uvjetima stranke se mogu same sporazumjeti, ili što je češći slučaj mogu se u ugovor o radu inkorporirati iz klauzula pravilnika o radu, kolektivnog ugovora ili samih zakonskih propisa.

Međutim, vitalni dio radnog odnosa koji se odnosi na sadržaj rada koji se treba obaviti kao i kvalitet i intenzitet radnog napora koji se pri tom mora uložiti nije, niti se može specificirati, niti u tom smislu pravno osnažiti. Jedan od razloga ove nemogućnosti je ekonomske prirode, budući bi prethodno preciziranje sadržaja rada bilo preskupo. Naime, ugovor o radu je u pravilu trajan obvezatan odnos pa nije uvijek moguće predvidjeti koje će poslove radnik obavljati, pa čak ni samo mjesto rada. Zbog toga se, poslovi koje će radnik obavljati ugovaraju općenito.

Upravo ova nekompletnost sadržaja radne djelatnosti ide u prilog poslodavcu koji je u mogućnosti unilateralno za vrijeme samog procesa rada odrediti način izvedbe rada. Samim potpisivanjem ugovora o radu radnik je suglasan ući u subordinirani odnos prema poslodavcu kojem je obavezan na poslušnost u vidu izvršavanja njegovih naloga. Poslodavac može odstupiti od određenih normi koje reguliraju samo izvršenje rada, a nemaju oblik izričitih ugovornih klauzula. O njima ne treba unaprijed dobiti suglasnost radnika, bilo na individualnoj ili kolektivnoj osnovi te ih može unilateralno izmijeniti.⁵² Ovakvu unilateralnu mogućnost modifikacije poslodavac nema kad su u pitanju klauzule ugovora o radu koje se odnose na plaću, radno vrijeme i drugo što može utjecati na status radnika. Poslodavac je obavezan prilikom izmjene ovakvih statusnih klauzula dobiti pismenu suglasnost radnika. Svaka modifikacija ugovora o radu poduzeta od poslodavca, ali bez pristanka radnika ništava je i pravno nevažeća. Poslodavac bi u obavljanju obaveza iz ugovora o radu po načelu *bona fide* imao pravo od radnika zahtijevati da obavlja sve poslove koji su u skladu s ciljem ugovora zbog kojeg je i ugovor o radu s radnikom sklopljen. Pri tom poslodavac mora imati u vidu prava i dostojanstvo radnika i ne smije, bez suglasnosti radnika bitno mijenjati narav i vrstu rada koja je ugovorena. Ako bi poslodavac u bitnom mijenjao narav i vrstu rada zbog kojeg je radnika zaposlio, a radnik na to ne pristaje, poslodavac bi radniku morao dati otkaz s ponudom izmjenjenog ugovora.⁵³

Ovaj sadržaj kompetencije poslodavca obuhvaćen je pojmom prerogativa poslodavca. Tradicionalni pojam poslodavčevih prerogativa obuhvaća njegovo isključivo pravo da zaposli radnika po svojoj volji⁵⁴ te da upravlja i raspodjeljuje

52 Smjernica Vijeća Europske Zajednice 91/533/EEC (Cinderella Directive) od 8. listopada 1991. U radnopravnoj praksi Republike Hrvatske u skladu sa čl. 12. Zakona o radu, (čl. 12. Zakona o obveznim odnosima), (čl. 18. Zakona o radu).

53 U RH Zakon o radu, čl. 18.

54 Prilikom odabira radnika s kojim želi zasnovati radni odnos poslodavac je u potpunosti autonoman. Izuzetak predstavlja čl. 18 Zakona o radu prema kojem, ako su zakonom, kolektivnim ugovorom ili nekim drugim propisom određeni posebni uvjeti za zasnivanje radnog odnosa, ugovor o radu može sklopiti samo radnik koji ispunjava te posebne uvjete. Ako poslodavac postupi protivno ovoj zakonskoj odredbi, to sklopljeni ugovor o radu ne čini

posao⁵⁵. Ograničenja kogentne naravi postavljena u zakonima, odnosno kolektivnim ugovorima, a koja su se u prvom redu očitovala u transformaciji poslodavčevog isključivog prava da otpusti radnika po volji do traženja valjanog razloga na kojem bi otkaz radnika bio utemeljen, te jednakošću spolova prigodom zapošljavanja, nisu uspjela kreirati skup pravila koja bi stvarno suzila korpus poslodavčevih prerogativa.⁵⁶

Nova ravnoteža bi se mogla postići jedino aktivacijom kombinacije slobode i odgovornosti, određujući pri tom stupanj odgovornosti radnika u radu, kao i stupanj slobode u izvršenju istoga. Ovo je moguće samo ukoliko radnik ima profesionalnu sposobnost. Binarna ravnoteža između ovisnosti i sigurnosti radnika u tradicionalnom radnom odnosu ustupa mjesto trodjelnoj ravnoteži: slobodi, odgovornosti i profesionalnoj sposobnosti radnika. U potrazi za novom ravnotežom generiran je niz socijalnih prava: pravo na profesionalnu izobrazbu, primjereno radno vrijeme, ponovno zapošljavanje, prekvalifikaciju te obiteljski život.

Domena spomenutih prava ponekad prelazi okvir postavljen radnim odnosom te zna pokrivati radnike iz kategorije samozapošljavanja, one koji djelomično spadaju u navedenu kategoriju, kao i one u kvazi subordiniranim pozicijama. Spomenuta socijalna prava su po svojoj naravi nova, a osobe više ne polažu na njih pravo zbog svog subordiniranog položaja u radnom odnosu, već kao odraz slobode radnika u radnom odnosu, njegove aktivne sigurnosti koja potiče radnika na inicijativu, a ne na ograničavanje.⁵⁷ Ukoliko se navedeni trend nastavi mogli bismo postati svjedoci nestanka rascjepa između zajamčenih prava (građanskih prava) i virtualnih prava (socijalnih prava) na ekonomskom i socijalnom polju.

pravno ništavim, već povlači za sobom prekršajnu odgovornost poslodavca predviđenu u čl. 228. st. 1. toč. 15. Zakona o radu. Osim ovog, izuzetak od načela autonomije poslodavca prigodom odabira osobe s kojom želi zasnovati radni odnos predstavlja već spomenuta odredba Zakona o pravima hrvatskih branitelja iz Domovinskog rata i članova njihovih obitelji, Narodne novine, br. 218/96.

55 Zakon o radu, čl. 3. st. 2.

56 Naime, u nedostatku pravila koja bi regulirala materiju koja je u domeni poslodavčevih prerogativa, poslodavci još uvijek uživaju u svom tradicionalnom autoritetu. Vidi: BIAGI, M., *The painful rebirth from ashes : the future of the individual employment contract in Italy*, str. 49.-50., te FAHLBECK, R., *Past, present and future role of the employment contract in labour relations in Sweden*, str. 82.-83. u *Employment contract in transforming labour relations*, o.c. Nakon što zaposli radnika poslodavac ga je ovlašten premjestiti ga na drugo radno mjesto uz dva ograničenja (ovakvo rješenje zakonski je uređeno u Italiji u čl. 7. Statute of Workers' Rights iz 1970.: a) bez smanjenja iznosa naknade odnosno plaće za obavljani rad, b) ekvivalentnost posla (novi posao mora biti sličnog sadržaja kao i stari odnosno mora odgovarati stručnoj spremi i sposobnostima koje su se tražile za prvosklopljeni posao). U talijanskoj radnopravnoj praksi (Court of Cassation od 7. rujna 1993.) ovaj princip ponešto je oslabljen u smislu da se prilikom premještaja radnik može postaviti i na niže radno mjesto, ali samo u slučaju ako takav angažman ide njemu u prilog, primjerice, kao jedini mogući način da se radnik zadrži u radnom odnosu. Svaki sporazum, bilo individualni ili kolektivni koji omogućava poslodavcu da jednostrano odluči o premještaju radnika, neovisno o postavljenim ograničenjima, ništav je i pravno nevažeći.

57 SUPIOT, A., *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999:245.

Razlog tradicionalne distinkcije spomenutih prava leži u činjenici što su prva zajamčena građanska prava, kao što su sloboda pojedinca, pravo vlasništva i sl., ograničavala državnu moć, dok se socijalna prava smatraju kreditima čija vrijednost ostaje suspendirana sve dok javna tijela ne poduzmu pozitivnu akciju.⁵⁸ Postojeći kontrast postaje sve manje relevantan. Nova socijalna prava imaju podjednako veze i sa slobodama i sa kreditima (zajmovima). Primjerice, intelektualno vlasništvo, trgovački žig i patenti, koji su od presudne važnosti u doba globalizacije ekonomije, postoje samo kroz prava u kojima su priznata, kao i pravo na socijalnu sigurnost, zdravlje i obrazovanje. Stoga se danas ekonomska i socijalna prava rangiraju prema njihovoj pravnoj gustoći (zastupljenosti), budući postoje novi načini za njihovo usklađivanje.⁵⁹

S aspekta ekonomskih teorija model zapošljavanja objašnjen je na slijedeće načine. Zbog dugoročne, ponavljane razmjene, koja se odvija pod utjecajem autoriteta tvrtke (poslodavca), moguće je ostvariti uštedu troškova koji prate pronalaženje novih radnika u uvjetima koje nameće decentralizirano tržište. Osim toga, ugovor o radu ograničava prerogative poslodavca.⁶⁰ Određena obilježja radnog odnosa u velikim organizacijama, u vidu redovite plaće, mogućnosti napretka u karijeri, mogu se promatrati kao *quid pro quo* zbog pristanka radnika da se podvrgava nalogima i uputama poslodavca u izvršenju poslova svog radnog mjesta. Vertikalna integracija i širenje institucija kolektivnog predstavljanja radnika, sa stajališta radnika smatraju se instrumentima minimaliziranja rizika, a s aspekta poslodavca opravdavaju se oportunističkim razlozima.⁶¹ Institucionalna ekonomska teorija pokušava objasniti nastanak i opstanak institucija u ovisnosti o njihovoj sposobnosti prilagodbe posebnim uvjetima okoline. Tako se i ugovor o radu smatra djelotvornim odgovorom na posebne uvjete ugovaranja u modernim, vertikalno integriranim organizacijama.

Kao što je vertikalna integracija zamijenila podugovornje kao prevladavajući oblik ekonomske organizacije, proces koji je započeo krajem XIX. stoljeća i koji je još uvijek u tijeku, pojavila su se pravila vezana uz radno mjesto sa zadaćom određenja granica prerogativa poslodavca u kontekstu radnog odnosa na neodređeno vrijeme. Spomenuta pravila javila su se kao odgovor na opasnosti koje su dolazile od poslodavčevog oportunizma, čija se pojava vezuje uz završetak sustava podugovaranja i uklanjanja mnogih tradicionalnih oblika radničke kontrole u pogledu organizacije rada. Pod takvim uvjetima ugovor o radu na neodređeno vrijeme postaje instrument eksploatacije radništva, s tim što postaje prihvatljiv

58 SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2001., br. 21., str. 38. i br. 73., str. 197.

59 SUPIOT, A., *Synthesis*, u *The future of work, employment and social protection, the dynamics of change and protection of workers*, International institute for labour studies, 2002:222.

60 COASE, R.H., *The nature of the firm*, o.c., str. 388.

61 WILLIAMSON, O., WACHTER, M., HARRIS, J., *Understanding the employment relation. The economics of idiosyncratic exchange*, *Bell Journal of economics and Management Science*, vol.6, 1975:250.-278.; WILLIAMSON, O., *The economic institutions of capitalism*, Free Press, New York, 1985:9.

onoga trenutka kad u njega bivaju uključeni različiti zaštitni mehanizmi.⁶² Ponudena rješenja – kategorizacija temeljem bodova u ovisnosti o naravi i složenosti zadaća radnog mjesta, stručnoj spremi, posebnim vještinama, fleksibilnosti u izvršenju posla - u svom su kontekstu bila specifična, jer su se razlikovala od zemlje do zemlje s obzirom na granu djelatnosti u kojoj se rad obavljao te stupanj organiziranosti i usklađenosti rada uvjetima tržišta rada ili birokratskom, odnosno na razini poduzeća ustanovljenom, sustavu kontrole. Ovaj je proces bio kumulativan, budući da su pravila inicijalno uspostavljena za ostvarenje ciljeva poslodavca, kao što su pravila o kvalifikaciji poslova, počeli u svoju korist upotrebljavati i sindikati kako bi obranili uspostavljene radne obrasce. Naime, definiranjem ljudskih poslova lakše se određuju ograničenja i obveze vezanih za određeno radno mjesto.⁶³ Također i sustav vrednovanja rada, koji je prvotno služio u svrhe menadžmenta, u kasnijim fazama je poslužio sindikatima kao temelj za pokretanje tužbi zbog nejednakosti u isplati plaća, utemeljenoj na spolu.

Industrijskom revolucijom se, između ostalog, nastojalo domenu radnih odnosa isključiti iz sfere korporativne regulative i smjestiti u domenu ugovora. Međutim liberalizacija rada ujedno je gušila njegovu osobnu, nekomercijalnu dimenziju. Stoga je temeljna zadaća radnog prava, posljednjih sto godina bila zaštititi radnike od štetnih utjecaja njihove osobne eksproprijacije. Zaštita radnika je stoga inicijalno imala oblik fizičke zaštite radnika, koja se postupno u koncentričnim krugovima proširila na druge aspekte života radnika, ne samo nesreće na radu i profesionalne bolesti, već i na jamstvo kontinuirane isplate minimalne plaće i ograničenja u trajanju radnog vremena. Radno pravo, osim spomenute fizičke dimenzije, štiti radnika i kao ugovornu stranku, uspostavljajući razinu kolektivnih radnih odnosa na kojoj radnik može predstavljati i braniti svoje interese, istovremeno ograničavajući poslodavca u smetanju njegovog privatnog i javnog života.

Nastojeći istovremeno pomiriti zahtjeve za liberalizacijom rada i zaštitom radnika, pravni sustav je postupno iznjedrilo oblik statusa – zaposlenost. Upravo zahvaljujući pripadnosti radnom odnosu radnik ima niz zajamčenih prava iz oblasti radnog prava i prava socijalne sigurnosti: zaštitu od životnih rizika (bolesti, starosti) te zaštitu od rizika na radu (nesreće na radu, zaštita od otkaza i nezaposlenosti) i sl.. Sustav radnog prava kodificirao je niz prijedloga koji su dolazili od svijeta rada i svijeta kapitala u obliku uvjeta koji su se u ugovor o radu inkorporirali iz kolektivnih ugovora te radničko zaštitnog zakonodavstva. U tom smislu, možda najznačajniji oblik državne intervencije na tržištu rada bio je u području prava socijalne sigurnosti. Porast broja velikih poduzeća omogućio je provođenje redistributivnih politika kroz sustav oporezivanja i socijalne sigurnosti. Ovakva intervencija bila je

62 MARSDEN, D, *Breaking the link. Has the employment contract had its day*, o.c., str. 21; SAGLIO, J., *Changing wage orders: France 1900.-1950.*, u: CLARKE, P., GIJSEL, P. JANSENN J. (eds.) *The Dynamics of wage relations in the new Europe*, Kluwer, 2000:44.-57.

63 MARSDEN, D., *Breaking the link. Has the employment contract had its day*, *The many futures of of the contract of employment*, ESRC Centre for business research, University of Cambridge, 2000:22.

nužna i zbog sve veće ovisnosti pojedinaca i kućanstava o kontinuiranom izvoru prihoda, neopterećenom eventualnim prekidima u isplati.

Nametanjem odgovornosti poslodavcima za veći broj socijalnih rizika, država je pridonijela razvoju vertikalno integrirane tvrtke. Prvotni oblici takve državne intervencije bili su sustav naknade štete radnicima i socijalnog osiguranja. U pravnom smislu navedena jamstva zaštite rezultat su uključenja zakonskih odredbi, klauzula kolektivnog ugovora u pojedinačni ugovor o radu. Stoga, radni odnos predstavlja temelj razmjene subordinacije i sigurnosti. Izumom radnog odnosa, radnik od davatelja rada postaje netko tko traži, zahtjeva pripadnost radnom odnosu, a time i prava na sve ono što mu po toj osnovi pripada.

5. RADNI ODNOS I UGOVOR O RADU

Opće je načelo radnog prava⁶⁴ da se radnopravni odnos⁶⁵ zasniva dobrovoljno, na temelju konsenzusa postignutog između subjekata radnog odnosa.⁶⁶ U tu svrhu potrebno je da subjekti radnog odnosa⁶⁷ postignu suglasnost volja u pogledu nastanka radnog odnosa, a relativno i u pogledu sadržaja (što je u ovisnosti od opsega radnopravnih pitanja koja su obuhvaćena zakonom, kolektivnim ugovorima i drugim aktima). U situaciji kad su gotovo sva radnopravna pitanja regulirana zakonima, kolektivnim ugovorima ili pravilnicima o radu, u svakom slučaju ostaje potreba da subjekti radnog odnosa postignu sporazum oko utvrđivanja posla koji će radnik obavljati, vremena trajanja radnog odnosa, radnog vremena, određenih prava i obveza itd.

Postavlja se pitanje u kojoj se formi ta suglasnost mora očitovati i predstavlja li ona preduvjet nastanka radnog odnosa?

64 „Radno pravo je ona grana prava koja obuhvaća sveukupnost pravnih pravila koja reguliraju radnopravne odnose, institute i pravne odnose koji nastaju ili se pravno priznaju i reguliraju u neposrednoj vezi sa zasnivanjem, ostvarivanjem i prestankom radnopravnih odnosa, kao i mjere posebne (pravne i socijalne) zaštite koje društvena zajednica zajamčuje osobama u radnom odnosu, a vezi s tim (relativno) i njihovim obiteljima.” TINTIĆ, N., o. c., knjiga prva, str. 4.

65 Prema vrstama objekata – dobara na koje su usmjerene pravne obveze i pravna ovlaštenja, pravni odnosi se dijele na radne, građanske, obiteljske, nasljednopravne itd.

66 „Radnopravni odnos, mogao bi se definirati kao radni odnos u procesu rada, iz kojeg nastaju prava i obveze za obje strane, koje su regulirane pravnim propisima. Jednostavnije rečeno, radnopravni odnos je onaj društveno - radni odnos na koji se primjenjuju norme pozitivnog radnog prava.“ PEŠIĆ, R., *Radno pravo*, Novi Sad, 1973:85.

67 Subjekti radnog odnosa su: na jednoj strani radnik, uvijek fizička osoba, a na drugoj poslodavac kao fizička ili pravna osoba.

5.1. Teorije radnog odnosa

U teoriji radnog prava odgovor na ta pitanja daje više suprostavljenih teorija radnog odnosa.⁶⁸

To su u prvom redu:

- ugovorna (kontraktualna) teorija
- izvanugovorne statusne teorije:
 - teorija ugovora o pristanku
 - teorija institucije
- mješovita teorija

5.1.1. Ugovorna teorija

Prema temeljnom stajalištu *ugovorne teorije*,⁶⁹ upravo ugovor o radu predstavlja pravnu osnovu radnog odnosa. Radni odnos uspostavljen je na pravno valjanim osnovama tek ako je između subjekata radnog odnosa zaključen ugovor kao jedini pravno valjani dokaz njihove obostrane dobrovoljnosti. Ugovor o radu predstavlja normativni akt⁷⁰ i izvor prava, te osnovu obligacijskog odnosa u kojem se iskazuje sloboda ugovaranja između subjekata radnog odnosa, bez obzira na karakter političkog sustava i vladajućeg oblika vlasništva, što u svakom slučaju ima utjecaj na primjenu, sadržaj i značenje ugovora o radu, ali ne u takvoj mjeri, kao što tvrde protivnici ugovorne teorije, da ugovor o radu postoji samo u kapitalističkom društvenom poretku kojeg karakterizira dominacija privatnog vlasništva nad radom, te dominacija poslodavca nad radnikom.⁷¹

Pristaše ugovorne teorije ne otvaraju pitanje ravnopravnosti društvene pozicije radnika i poslodavca. Doduše, ugovor o radu ne smatraju klasičnim obligacijskim odnosom, već specifičnom vrstom ugovora kojom se reguliraju radni odnosi, a upravo oni određuju bit ugovora o radu.

Njemački teoretičari radnog prava prvi su uputili kritike ugovornoj teoriji. Građanskopravni teoretičar Otto von Gierke i njegovi sljedbenici kritizirali su svrstavanje radnih odnosa u institute građanskog obligacijskog prava. Smatrali su da radni odnos nije pretežno imovinske, obligacijsko-pravne, nego prije svega osobno-pravne prirode, te da za radni odnos nije karakteristična razmjena rada za plaću, već međusobni odnos koji nastaje između poslodavca i radnika. Ovo shvaćanje nastojalo je razgraničiti ugovor o radu, kao pravnu vezu radnika i poslodavca i radni

68 DEL GIUDICE, MARIANI, F., IZZO, F., *Diritto del lavoro*, edizioni Simone, 1991:50.

69 Ugovornu teoriju zastupao je Alfred Hueck, vidi više: HUECK, A., *Deutsches Arbeitsrecht*, 1938:68.

70 „Pravni akt je tekst koji sadrži jedan, više ili mnogo pravnih normi. Sastoji se od jedne, više ili mnogo rečenica - odredbi, u kojima su ili cjelovite pravne norme ili, u pravilu, pojedini elementi pravnih normi“ cit. prema VISKOVIĆ, N., *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb, 2001:177.

71 TINTIĆ, N., *Radno i socijalno pravo*, knjiga II, o. c. str. 287; RICHARDI, R., WLOTZKE, O., o.c., str. 845.

odnos, kao faktičnog stanja u kojem se nalazi radnik. Radni odnos označava vezu između poslodavca i radnika neovisno o ugovoru o radu, tako da primjena normi radnog zakonodavstva ne ovisi o ugovoru o radu, već o faktičnom odnosu radnika i poslodavca. Ukratko, radni odnos ne nastaje ugovorom o radu, budući je sadržaj radnih odnosa već unaprijed utvrđen jednostranim propisom koji donosi poslodavac, kolektivnim ugovorima, državnim propisima, već nastaje konstruktivnim aktom inkorporacije radnika kod poslodavca. Ovakvo mišljenje zastupljeno je u izvanugovornim statusnim teorijama: teoriji ugovora o pristanku i teoriji institucije.

5.1.2. *Teorija ugovora o pristanku*⁷²

Teorija ugovora o pristanku polazi od neravnopravnih pregovaračkih pozicija poslodavaca i radnika. Uvjete rada diktira poslodavac, dok na strani radnika postoje dvije alternative: prihvatiti posao i raditi pod uvjetima nametnutim od strane poslodavca ili ne prihvatiti posao koji mu poslodavac nudi imajući na umu opću nezaposlenost i situaciju u kojoj veći dio stanovništva sve teže zadovoljava i osnovne egzistencijalne potrebe. Upravo vođeni ovim razlozima, pristaše ove teorije negiraju važnost ugovorne teorije, a time posredno i ugovora o radu, jer je očigledno da se ne radi o tipičnom ugovoru u kojem dvije strane nastupaju s ravnopravnih pozicija.⁷³

5.1.3. *Teorija institucije*⁷⁴

Teorija institucije, slično kao i teorija ugovora o pristanku, negira radni odnos kao tipičan ugovorni odnos. Težište radnog odnosa ne čini ugovor o radu, već je radni odnos obilježen statusnim položajem radnika prema instituciji kao poslodavcu. Za zasnivanje radnog odnosa nije potreban ugovor o radu, budući zahtjev radnika za zasnivanjem radnog odnosa u određenoj instituciji predstavlja njegovu slobodnu volju. Na odluci je te institucije da svojim jednostranim aktom taj zahtjev radnika prihvati i time zasnuje radni odnos ili da zahtjev radnika odbaci. Pri tom obično prisustvo radnika na radnom mjestu dovoljno je da se zasnuje radni odnos (*Eingliederungstheorie*)⁷⁵. Radni odnos koji pri tom nastane reguliran je odredbama

72 Teoriju ugovora o pristanku zastupao je Wolfgang Siebert, a kasnije njegovi slijedbenici Arthur Nikisch, Pothoff, Molitor i dr., vidi više: SIEBERT, W., *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, 1935., str. 85.; NIKISCH, A., *Arbeitsrecht und Arbeitsverhältnis*, 1943:19.

73 ŽEPIĆ, B., *Radno i socijalno pravo*, Logos, Split, 1998:116.

74 Teoriju institucije u radnopravnoj teoriji zastupaju Durand, Savatier, Schneider, Lyon i dr. Ova teorija posebice je bila zastupljena u francuskoj radnopravnoj doktrini.

75 „.. das Ziel der Eingliederungstheorie, die rechtliche Gestaltung des Arbeitslebens nicht mehr an die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu binden, sondern als Teil einer „konkreten Gemeinschaft“ zu Erfassen. ..., daß Begründungsstatbestand des Arbeitsverhältnisses nicht der Arbeitsvertrag sei, sondern die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die bereits bestehende konkrete Gemeinschaft des Betriebs.», (cilj ove teorije je da osnovu radnog života ne čini više ugovorni odnos između radnika i poslodavca,

zakona ili kolektivnog ugovora, stoga nema potrebe za primjenom pojedinačnog odnosno kolektivnog ugovora o radu.⁷⁶

Ova je teorija podvrgnuta znatnim kritikama, prije svega teoretičara francuske doktrine. Svima je zajedničko mišljenje prema kojem nije dobro odbaciti ugovor o radu, već se valja opredijeliti za kombinaciju ugovora o radu i radnog odnosa, odnosno institucije. Ostaje nužnost zadržanja ugovora o radu, jer se njime stvara pravna osnova obveze ulaženja u instituciju.

Primjena izvanugovornih statusnih teorija naišla je na odaziv prije svega u državama s centraliziranim planskim gospodarstvom, dirigiranim tržištem, državama u kojima su radni odnosi pod utjecajem državne intervencije, što je posredno utjecalo na odsutnost ugovaranja prava i obveza iz radnog odnosa između poslodavca i radnika.

Nasuprot tomu, ugovorna teorija primjerena je za zemlje sa decentraliziranim državnim gospodarstvom, u kojima je intervencija države u radne odnose svedena na minimum (minimum prava radnicima iz radnog odnosa osigurava kogentnim pravnim normama), te u kojima je zastupljeno kolektivno odnosno individualno pregovaranje između radnika i poslodavca.

5.1.4. Mješovita teorija (teorija dupliciteta)

Mješovita teorija je nastala kao rezultat nastojanja da se prevladaju krajnosti koje je zastupala ugovorna, odnosno izvanugovorne teorije. Nastojala je pomiriti mišljenje s jedne strane, da je ugovor o radu ugovor kojim stranke radnopravnog odnosa uređuju svoja međusobna prava i obveze, a s druge da ugovor o radu nije tipičan ugovor, te da on nije težište radnopravnog odnosa, već status radnika, budući da su međusobna prava i obveze poslodavca i radnika uređena zakonom, odnosno kolektivnim ugovorom.

“Ugovorni element proistječe iz činjenice što se, ipak, radi o sporazumu između dvije strane. Zbog toga se i promatra kao zakon u materijalnom smislu i kao ugovor. Osnova njegova nastanka je očito ugovorne prirode, a ne javlja se kao jednostrana volja ili akcija državnog organa.”⁷⁷ Bez obzira na sva osporavanja, ugovor o radu predstavlja pravno priznati akt kojim se zasniva radni odnos između radnika i poslodavca. Osim toga, njime se reguliraju ona pitanja iz radnog odnosa

već da njihovu međusobnu vezu čini konkretan posao...da zasnivanje radnog odnosa ne čini ugovor o radu, već faktično uvođenje radnika u konkretan posao u poduzeću.) RICHARDI, R., WLOTZKE, O., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht*, band 1, C.H. Beck, München, 2000:846.

76 Teoriju institucije koristili su fašisti u Italiji, odnosno nacisti u Njemačkoj kako bi opravdali fašističku odnosno nacionalističku ideologiju u oblasti prinudnog rada, koji je bio uveden talijanskom Poveljom rada od 1927. i Zakonom o uređenju nacionalnog rada. Radnici i poslodavci imali su značaj samo ako je njihov međusobni radni odnos rezultirao radom koji je od opće dobrobiti za narod i državu. Međusobna prava i obveze neposredno proistječu iz radnog odnosa (a ne iz ugovora) kao osobno pravnog odnosa zasnovanog s poduzećem. Vidi: PEŠIĆ, R., *Radno pravo*, Novi Sad, o. c., str. 150.

77 KENOVIĆ, C. M., DEDIĆ, S., *Osnovi radnog prava*, Sarajevo, 1995:45.

koja su zakonodavac, odnosno stranke kolektivnog ugovora o radu propustile regulirati. Istodobno, ugovor o radu u postupku sudske zaštite prava radnika iz radnog odnosa predstavlja najprimjereniji dokaz postojanja prava radnika iz radnog odnosa, u slučajevima kada poslodavci ta prava nastoje izigrati.

Dakle, ugovor o radu koristi se kao instrument zasnivanja radnog odnosa, ali ne i kao pravni akt kojim se utvrđuje njegov sadržaj. Ali zato upućuje na postojanje i primjenu svih onih prava u sadržaju radnopravnog odnosa, bez obzira na pravni akt (zakon, kolektivni ugovor, pravilnik o radu itd.) u kojem je taj sadržaj utvrđen.

5.1.5. *Ugovor o radu – ugovor ili status?*

Iako je osnovni konceptijski okvir individualnog radnopravnog odnosa osiguran ugovorom o radu, postavlja se pitanje pravilnosti promatranja ovog odnosa kroz prizmu ugovora. Naime, u svom začetku radnopravni odnos predstavlja akt podvrgavanja, uvjet subordinacije, bez obzira koliko podvrgavanje i subordinacija⁷⁸ mogu biti prikriveni značajnom izmišljotinom pravnog uma poznatog pod nazivom ugovor o radu.

Prije samoga postupka angažiranja radnika teško da postoji ravnopravnost pregovaračkih pozicija radnika i poslodavca.⁷⁹ Čak i pravo socijalne zaštite, koje nezaposlenim radnicima osigurava alternativan izvor prihoda, sadrži i disciplinske mehanizme, npr. kazne za nezaposlene radnike koji aktivno ne traže posao ili odbijaju ponuđene poslove.⁸⁰

78 „Subordinacija, u pravnom zanačenju, postaje sve manja (pa je uvijek ne mora ni biti) ni u svim najamnim radnim odnosima (ako s obzirom na prirodu prestacije rada postoji samostalnost radnika u izvršavanju obveze rada. Međutim, ipak postoji određeni red na radu koji ga veže i kome se mora pokoravati prilikom ili u svezi obavljanja rada. S druge strane, ekonomska ovisnost osobe u radnom odnosu vezana je uz dva elementa: a) da ta osoba isključivo ili pretežno od sredstava do kojih dolazi takvim svojim radom, i b) da je takvim njegovim radom redovito i potpuno apsorbirana radna djelatnost te osobe.“ TINTIĆ, N., o. c., knjiga prva, str. 663.

79 «It is not difficult to see which of two parties must, upon all occasions have the advantage in the dispute and force the other into compliance with their terms... Many workmen could not subsist a week, few could subsist a month, and scarce any a year, without employment. In the long run, the workmen may be as necessary to his master as his master to him; but the necessity is not so immediate.» (Nije teško uvidjeti, koja od dviju stranaka u svim prigodama ima prednost i moć prisiljavanja druge da prihvati njene uvjete... Mnogi radnici ne bi mogli preživjeti ni tjedan, nekoliko bi preživjelo mjesec, a teško koji godinu bez zaposlenja. Na duge staze, radnik može biti koristan gospodaru, kao i gospodar njemu, ali ta potrebitost ne javlja se na samom početku. DEAKIN, S., MORRIS, G. S., o. c., str. 71.

80 Prema st. 2. čl. 11. Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti (Narodne novine, br. 32/02), osoba prijavljena na Zavodu za zapošljavanje mora prihvatiti ponuđeni posao u struci u mjestu prebivališta ili boravišta, izvan mjesta prebivališta ili boravišta udaljenom do 80 km pod uvjetom da poslodavac snosi troškove prijevoza ili sam organizira prijevoz na posao i s posla i da prijevoz u jednom smjeru ne traje dulje od 90 minuta, te izvan mjesta prebivališta ili boravišta bez obzira na udaljenost pod uvjetom da je osiguran odgovarajući smještaj. U protivnom Zavod prestaje voditi osobu kao nezaposlenu u osnovnoj evidenciji, te gubi prava koja bi imao kao nezaposlena osoba.

Osim toga, i sam sporazum stranaka ima minornu ulogu u određivanju njihovih recipročnih obveza, jer su determinirani zakonima, kolektivnim ugovorima i drugim aktima, što još jednom dokazuje da ugovoru o radu nedostaju karakteristike koje imaju ugovori građanskog prava. Obveze radnika na vjernost i poslušnost poslodavcu, te savjesno obavljanje rada u skladu s pravilima struke (*lege artis*), vuku korijene još iz razdoblja XIX. stoljeća, a i ranije, razdoblja koje je karakterizirao odnos gospodara i podanika. Naime, potrebama poslodavca izašlo se u susret uvođenjem ugovora o radu, te njegovom fuzijom s odnosom gospodar – podanik. Time je poslodavcu dana legalna osnova za potraživanje svojih prerogativa. Pri tom se za ugovor može reći da stvara oblik statusa te predstavlja izvor normi koje pokrivaju odnos između ugovornih strana. Legalna podrška prerogativa poslodavca samo je jedno od gledišta statusa u modernom radnopravnom odnosu.

Drugi oblik statusa proizlazi iz radničko zaštitnog zakonodavstva i kolektivnog pregovaranja. Radničko zaštitno zakonodavstvo formalno ograničava slobodu ugovaranja, u većini slučajeva osiguravajući nederogabilna prava, prava koja se ne mogu isključiti ili izigrati ugovorom. Zakonodavstvo je stvorilo nove oblike radnika, klasificiranih na temelju statusa i to ne samo na radnike i samozaposlenike, već i prema dužini i redovitosti zaposlenja, trajanju radnog tjedna, visini plaće itd.⁸¹ Radničko zaštitno zakonodavstvo osigurava nederogabilna prava uz uvjet postojanja ugovora o radu koje su stranke dobrovoljno zaključile.

Ugovor i status, u modernom smislu riječi, mogu se promatrati kroz međuviznost. Sadržaj ugovora sam po sebi oblik je statusa reguliran pravom. Obratno, što je specifičniji status određenog radnopravnog odnosa, tim više je riječ o ugovornom odnosu. Središnje pitanje koje se postavlja je: jesu li ugovor i status u suprotnosti, kao što tvrde kritičari neoliberalne teorije ili, kao što tvrde pristaše historijske i institucionalne teorije, jesu li ugovor i status u međusobnoj ovisnosti i predstavljaju li različite stupnjeve regulacije?

Nepotpunost i nesigurnost u definiranju uvjeta iz ugovora o radu te uloga vanjskih izvora u njegovu popunjavanju čine razloge zbog kojih se na ugovor o radu ne mogu primijeniti načela koja vrijede za ugovorno pravo.

U ugovoru o radu, u svom suvremenom značenju, poremećena je ravnoteža privatnopravnih i javnopravnih elemenata u korist potonjih.⁸² Upravo je to razlog zbog čega se ugovor o radu ne može smatrati tipičnim ugovorom, budući da je

81 Engleski teoretičar radnog prava Maine rabio je termin status za označavanje odnosa u kojem su prava i obveze stavljena u potpunosti iznad osobe, neovisno o njenoj volji, mjestu rođenja, nacionalnosti, obiteljskom podrijetlu. Nasuprot tomu, moderna uporaba termina status odnosi se na odnos zaposlenja, braka, čiji, iako su regulirani zakonom, nastanak ovisi isključivo o volji stranaka. Vidi: MAINE, H., *Ancient law: its connections with early history of society, and its relation to modern ideas*, POLLOCK, F. (ed.), Murray, London, 1861, 1927:166.

82 Uklanjanje građanskopravnih elemenata iz radnog odnosa povezuje se sa zastupanjem nekih totalitarnih ideja, primjerice, nacionalsocijalistička teorija o radnom odnosu kao osobnopravnom odnosu zajedništva i socijalistička teorija o međusobnim odnosima radnika (pod utjecajem potonje teorije iz sustava radnih odnosa izostavljeni su ugovor u radu i kolektivni ugovor – vidi: Zakon o udruženom radu, Službeni list, br. 53/76. i 8/78.).

njegovim strankama autonomija volja u uređivanju međusobnih prava i obveza svedena na minimum. Zbog toga, kao i zbog razvoja tržišnog gospodarstva, te uspostave fleksibilnijeg, pravičnijeg i dinamičnijeg⁸³ sustava radnih odnosa, postoji potreba da se u sustav radnog zakonodavstva unesu određeni građanskopravni (privatnopravni) elementi. Na taj način, afirmacijom ugovora o radu, on bi ponovno postao temeljem radnog prava,⁸⁴ a da se time ne bi dovelo u pitanje državno radničko zaštitno zakonodavstvo.⁸⁵

6. URUŠAVANJE MODELA STANDARDNOG RADNOG ODNOSA

U sjevernim zemljama radni odnos postaje fragmentiran. Broj onih koji su isključeni iz standardnog modela radnog odnosa je sve veći, bilo da je u pitanju nezaposlenost (socijalna prava, ali ne i posao), ili da je u pitanju zaposlenost, ali bez socijalnih prava. Situacija u zemljama juga obilježena je porastom broja onih uključenih u rad u neformalnom sektoru, gdje samo manjina radne populacije uživa u pogodnostima koje osigurava pripadnost standardnom radnom odnosu. Odnosno gdje se rad odvija temeljem ugovora o radu, kao jedinom instrumentu pogodnom za osiguranje uvjeta života i rada dostojnog čovjeka, odnosno održavanje onih radnih standarda koje na međunarodnoj razini nastoji uspostaviti Međunarodna organizacija rada.⁸⁶ Time se doprinosi socijalnoj pravdi i socijalnom miru, radni

83 U Republici Hrvatskoj dinamičnost radnog odnosa, koja se sastoji u javljanju novih vrsta zanimanja, nespecifičnih radnih odnosa, novih tehnologija, nalazi svoje uporište u člancima 49. i 54. Ustava Republike Hrvatske kojima se jamči sloboda rada, poziva i poduzetništva.

84 U vrijeme Austro-Ugarske Monarhije ugovor o radu predstavljao je temelj radnopravnog odnosa, iako je u to vrijeme bio uređivan odredbama Općeg građanskog zakonika ("O pogodbama vrhu usluga za plaću" i "O ugovorima o vršenju službe").

85 Prije svega, u radnopravni sustav, što bi posredno imalo utjecaj i na ugovor o radu, trebalo bi inkorporirati sljedeće građanskopravne elemente: institut rizika pogona, rizik pogona u slučaju interesnog spora, ograničenje odgovornosti posloprimca za štetu, oslobođenje posloprimca od obveze rada zbog prigovora savjesti. Analizom ovih instituta u hrvatskom i njemačkom zakonodavstvu profesori Kreuder i Potočnjak došli su do zaključka da bi uključivanje građanskopravnih elemenata u hrvatski radnopravni sustav učinila učinkovitijim. Vidi: KREUDER, T., POTOČNJAK, Ž., *Građanskopravni elementi radnog prava*, Pravo u gospodarstvu, vol. 33, br. 5-6, 1994:370.

86 Na prvoj sjednici mirovne skupštine u Versaillesu održane 25. siječnja 1919. osnovana je Komisija o međunarodnom radnom zakonodavstvu. Bila je sastavljena od petnaest članova predstavnika država, među kojima su bili i predstavnici radnika. To je bio prvi slučaj u diplomatskoj povijesti da u diplomatskoj delegaciji jedne države sudjeluju predstavnici radnika. Zadatak Komisije bio je predložiti potrebite mjere radi poboljšanja položaja radnika, te dati prijedlog oblika stalne organizacije koja bi u suradnji s Ligom naroda, i pod njezinim vodstvom, nastavila sa spomenutim istraživanjem i ocjenjivanjem. Rasprava se posebice zahuktala oko tipa pravnih instrumenta kojom će Organizacija uređivati pitanja iz oblasti rada. Jedna je strana smatrala da ako legislativa bude samo savjetodavnog karaktera neće se postići značajni napredak. Druga strana izražavala je bojazan zbog negativnih posljedica koje bi mogle nastati kao posljedica pravno obvezujućeg karaktera međunarodnih radnopravnih normi i njihovog utjecaja na nacionalno radno pravo. U prvom dijelu izvješća Komisija

standardi poprimaju narav temeljnih ljudskih prava, konsolidiraju se nacionalna radna zakonodavstva te njihov potencijal može poslužiti kao osnova za nacionalnu akciju te regulaciju međunarodne kompetitivnosti.⁸⁷

Naime, poziv za reguliranjem međunarodne kompetitivnosti putem međunarodnog radnog prava zbio se još prije Prvog svjetskog rata, za vrijeme prvog velikog vala međunarodne ekonomske integracije. U to su vrijeme države mogle međusobno slobodno trgovati. Tarife su bile niske, a zlato standard koji je olakšavao financiranje trgovine i ulaganje. Od svog osnivanja, 1919. godine Međunarodna organizacija rada⁸⁸ upozorava na činjenicu da će neregulirana prekogranična trgovina i investicijski tokovi dovesti do rušenja uvjeta rada i stvoriti poteškoće za radnu klasu. Stoga, jedini način rješavanja socijalnih slučajeva bio bi u međunarodnom djelovanju u smjeru postizanja jedinstvenih minimalnih radnih standarda. Radi djelotvornosti svi akteri na tržištu moraju se podvrgavati istim normama. Aktualna usklađenost s pravom trebala bi onemogućiti u djelovanju one koji žele postići kompetitivnu prednost na tržištu na nedopušten način, odnosno nepoštivanjem međunarodnih radnih standarda. Primjena međunarodnih radnih standarda trebala bi biti u ovisnosti o veličini radne snage, robe i tržišta kapitala.

predlaže osnivanje Međunarodne organizacije rada kao stalnog međunarodnog tijela sa zadaćom promicanja i uređenja međunarodne zaštite i položaja radnika. U drugom dijelu izvješća iznesena su načela budućeg međunarodnog radničkog zakonodavstva. Izvješće je usvojila Mirovna Skupština u Versaillesu 11. travnja 1919., te je uključeno u XIII. poglavlje mirovnog ugovora (čl. 387.-4279). Mirovni ugovor dopuštao je veću samostalnost Međunarodne organizacije rada u odnosu na druge organizacije u okviru Lige naroda; svoju posebnu pravnu osnovu postojanja; nezavisnost u pogledu svoje vanjske aktivnosti, ali je njena djelatnost trebala biti usklađena i kombinirana s djelovanjem Lige naroda. Ove karakteristike bile su uvelike značajne za njeno kasnije neprekidno univerzalno prisustvo i djelovanje u međunarodnim odnosima. Njena stvarna univerzalnost oscilirala je u ovisnosti o političkom i međunarodnom stanju u svijetu. Najviši stupanj univerzalnosti dosegla je ulaskom SAD-a i SSSR-a u njeno članstvo. Dolaskom nacista na vlast njena univerzalnost bitno se smanjuje zbog istupanja većeg broja država s fašističkim poretom iz njenog članstva. Tijekom Drugog svjetskog rata, dok su druge međunarodne organizacije, uključujući i Ligu naroda, prestale sa svojim djelovanjem, jer nisu ostvarile zadatak zbog kojeg su osnovane. Nakon prebacivanja svojeg sjedišta iz Ženeve u Montreal, nastavlja djelovati, iako dosta ograničeno. Značajan događaj u tom ratnom periodu održavanje je 26. zasjedanja Međunarodne skupštine rada, 21. svibnja 1944. u Philadelphiji na kojoj je donesena Filadelfijska deklaracija, kao amandman Ustavu Međunarodne organizacije rada iz 1919. Stvarnim gašenjem Lige naroda, postupak stjecanja i gubitka članstva u Međunarodnoj organizaciji rada nije više bio primjenjiv. Stoga se na 29. zasjedanju Međunarodne skupštine rada održane u Montrealu 1946. odlučilo povezati Međunarodnu organizaciju rada s organizacijom Ujedinjenih naroda. Tako Međunarodna organizacija rada postaje specijalizirana ustanova Ujedinjenih naroda. Vidi: BUKLIJAŠ, B., BILIĆ, A., Međunarodna organizacija rada, Split, 2006:22-23.

87 VALTICOS, N., Fifty years of standard-setting activities by the International labour organisation, br.210 (3), International Labour review, 1969: 201-208.

88 FOLLOWS, J. W., Antecedents of International labour organisation, Claredon press, Oxford, 1951:1-9; ALCOCK, A., History of the International labour organisation, Octagon books, New York, 197:12; BETTEN L., International labour law: Selected issues, Kluwer, Deventer, 1993:1-2.

Međunarodna organizacija rada u potpunosti je svjesna nužnosti udovoljavanja ovim funkcionalnim zahtjevima, o čemu svjedoči i njen Ustav.⁸⁹ U tom smislu iza normativne djelatnosti Međunarodne organizacije rada stoji dojmljiv broj donesenih konvencija i preporuka.⁹⁰ U Deklaraciji o temeljnim načelima i pravima na radu⁹¹ MOR ističe temeljne radne standarde: slobodu udruživanja i djelotvornog priznanja prava na kolektivno pregovaranje, uklanjanje svih oblika prinudnog i obvezatnog rada; eliminaciju diskriminacije u pogledu zapošljavanja i u svezi s radom.⁹² Spomenuta, temeljna prava na radu i u svezi rada pokrivena su i velikim brojem konvencija.⁹³ Zaštita substantivnih standarda odnosno, ekonomskih i socijalnih

89 U preambuli Ustava Međunarodne organizacije rada stoji: „Imajući u vidu da se opći i trajan mir može zasnovati samo na socijalnoj pravdi, s obzirom da postoje takvi uvjeti rada koji velikom broju osoba nanose nepravdu, bijedu i odricanje, koji stvaraju takvo nezadovoljstvo da dovode u opasnost svjetski mir, i s obzirom da postoji hitna potreba da se ovi uvjeti poboljšaju, na primjer u pogledu reguliranja radnog vremena, uključujući i određivanje maksimalnog trajanja dnevnog i tjednog rada, reguliranja ponude radne snage, borbe protiv nezaposlenosti, jamčenja plaće koja osigurava povoljne uvjete života, zaštite radnika protiv općih ili profesionalnih bolesti i nesreća pri radu, zaštite djece, malodobnika i žena, starosnih i invalidskih mirovina, obrane interesa radnika zaposlenih u inozemstvu, potvrde načela «jednaka plaća za jednak rad», potvrde načela sindikalne slobode, organizacije stručnog i tehničkog obrazovanja i drugih sličnih mjera, imajući u vidu da neprihvatanje stvarno humanog sustava rada od strane bilo koje zemlje stvara smetnje naporima drugih naroda koje žele poboljšati sudbinu radnika u svojim vlastitim zemljama, visoke ugovorne strane, pobudene osjećajem pravde i humanosti kao i željom da osiguraju trajan svjetski mir, i u namjeri da postignu ciljeve navedene u ovoj preambuli, odobravaju ovaj ustav Međunarodne organizacije rada.“ Vidi: BUKLIJAŠ, B., BILIĆ, A., *Međunarodno radno pravo*, Split, 2006:117.

90 Međunarodna organizacija donijela je 188 konvencija i 198 preporuka (stanje 1. prosinca 2009.).

91 Usvojena je na 86. zasjedanju Međunarodne skupštine rada u Ženevi 18. lipnja 1998. godine

92 Detaljnije: BUKLIJAŠ, BILIĆ, *Međunarodno radno pravo*, o.c., str. 78.

93 Tako je pravo koalicije uređeno sljedećim konvencijama: Konvencija br. 11 o pravima udruživanja i koaliranja poljoprivrednih radnika iz 1921. g.; Konvencija br. 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje iz 1948. g.; Konvencija br. 98 o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivno pregovaranje iz 1949. g.; Konvencija br. 75 o zaštiti predstavnika radnika u poduzeću i pogodnostima koje bi im trebalo osigurati; Konvencija br. 84 o tripartitnim konzultacijama iz 1976. g.; Konvencija br. 151 o zaštiti prava na organiziranje i postupcima za utvrđivanje uvjeta zapošljavanja u javnim službama iz 1978. g.; Konvencija br. 154 o promociji kolektivnog pregovaranja iz 1981. g.. Zaštita od prinudnog rada uređena je sljedećim konvencijama: Konvencija br. 29 o prinudnom ili obvezatnom radu; Konvencija br. 215 o ukidanju prinudnog rada iz 1957. g. Jednakost u zapošljavanju i zanimanju zaštićena je u sljedećim konvencijama: Konvencija br. 19 o jednakom tretmanu stranih i domaćih radnika u odnosu na oštete na nesreće na radu; Konvencija br. 121 o jednakosti nagrađivanja muške i ženske radne snage za rad jednake vrijednosti; Konvencija br. 111 o diskriminaciji u odnosu na zaposlenje i zanimanje; Konvencija br. 156 o jednakim mogućnostima i tretmanu za radnike i radnice.

prava kao što su najniža plaća i njena isplata⁹⁴, radno vrijeme⁹⁵, odmori i dopusti⁹⁶, zaštita radnika s posebnim potrebama (žene neposredno prije i nakon poroda)⁹⁷, radnici migranti⁹⁸, profesionalno zdravlje i zaštita na radu⁹⁹, inspekcija rada¹⁰⁰, razvoj ljudskih resursa¹⁰¹ i sl. predviđena je u brojnim konvencijama Međunarodne organizacije rada. Međutim, ratifikacija konvencije ne znači nužno implementaciju

-
- 94 Konvencija o postupku određivanja visine minimalne plaće iz 1928 g.; Konvencija o zaštiti plaća iz 1949. g.; Konvencija o određivanju najniže plaće uz poseban osvrt na zemlje u razvoju iz 1970. g.
- 95 Konvencija o radnom vremenu iz 1919. g.; Konvencija o regulaciji radnog vremena u trgovinama i uredima iz 1930.; Konvencija o ograničenju radnog vremena u ugljenokopima iz 1931.; Konvencija o regulaciji radnog vremena u automatiziranoj proizvodnji ravnog stakla iz 1934. g.; Konvencija o ograničavanju radnog vremena u ugljenokopima iz 1935g; Konvencija o ograničavanju radnog vremena na četrdeset sati tjedno iz 1935. g.; Konvencija o skraćivanju radnog vremena na poslovima proizvodnje staklenih boca iz 1935.; Konvencija o skraćivanju radnog vremena na javnim radovima iz 1936. g.; Konvencija o radnom vremenu i brojčanom stanju posade na brodu iz 1936. g.; Konvencija o skraćivanju radnog vremena u tekstilnoj industriji iz 1937. g.; Konvencija o uređenju radnog vremena i odmora u cestovnom prijevozu iz 1939. g.
- 96 Konvencija o korištenju tjednog odmora u industrijskim poduzećima iz 1921. g; Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru iz 1936. g; Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru pomoraca iz 1936. g; Konvencija o tjednom odmoru u trgovini i uredima iz 1957. g; Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru iz 1970. g; Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru pomoraca iz 1976. g.
- 97 Konvencija o radu žena prije i nakon poroda iz 1919.; Konvencija o zaštiti majčinstva iz 1952. g. i 2000. g;
- 98 Konvencija o zapošljavanju, smještaju i uvjetima rada migracijskih radnika iz 1939. g; Konvencija o migraciji u svrhu traženja zaposlenja iz 1949. g; Konvencija o migraciji u slučaju zlouporabe i unapređenju jednakih mogućnosti i postupanju prema radnicima migrantima iz 1975. g.
- 99 Konvencija o naknadi u slučaju nesreće na radu radnicima u poljoprivredi iz 1921.; Konvencija o naknadi koja se isplaćuje radnicima za slučaj nesreće na radu iz 1925.; Konvencija o naknadama radnicima u slučaju profesionalne bolesti iz 1925. i 1934.; Konvencija o zaštitnim mjerama u građevinskoj industriji iz 1937. i 1988.; Konvencija o osiguranju za slučaj bolesti industrijskih i trgovačkih radnika te kućne posluge iz 1927. g; Konvencija o zaštiti od nesreća radnika zaposlenih na ukrcaju odnosno iskrcaju brodova iz 1929. g. i 1932. g; Konvencija o davanjima za slučaj nesreće na radu iz 1964. g; Konvencija o prevenciji od nesreće na radu iz 1970. g; Konvencija o prevenciji i kontroli nesreća na radu uzrokovanih kancerogenim tvarima i sredstvima iz 1974. g; Konvencija o zaštiti radnika od nesreća na radu u radnom okruženju kao posljedica zagađenosti zraka, buke i vibracije iz 1977. g; Konvencija o sigurnosti na radu i zdravlju radnika na lučkim radovima iz 1979. g; Konvencija o sigurnosti i zaštiti zdravlja na radu i o radnom okruženju iz 1981. g; Konvencija o sigurnosti pri uporabi azbesta iz 1986. g; Konvencija o zaštiti zdravlja i lječničkoj skrbi pomoraca iz 1987. g; Konvencija o sigurnosti pri uporabi kemikalija na radu iz 1990. g; Konvencija o sprečavanju glavnih industrijskih nesreća iz 1993. g; Konvencija o zaštiti sigurnosti i zdravlja u rudnicima iz 1995. g; Konvencija o sigurnosti i zaštiti zdravlja u poljoprivredi iz 2001. g.
- 100 Konvencija o inspekciji rada u industriji i trgovini iz 1947. g; Konvencija o inspekcijama rada u izvangradskim područjima iz 1947. g; Konvencija o inspekciji rada u poljoprivredi iz 1969. g; Konvencija o inspekciji rada (pomorci), 1996. g.
- 101 Konvencija o plaćenom izostanku s posla u obrazovne svrhe iz 1974. g; Konvencija o profesionalnom usmjeravanju i usavršavanju u razvoju ljudskih resursa iz 1975. g.

u njoj postavljenih standarda u nacionalno radno zakonodavstvo. Naime, zabilježene su situacije neusklađenosti uvjeta rada predviđenih ratificiranom konvencijom od onih predviđenih nacionalnim radnim zakonodavstvom.¹⁰² Štoviše, ne poštuju se ni temeljni standardi iz oblasti rada i radnih odnosa, bez obzira na činjenicu što su se države članice Međunarodne organizacije rada samim prihvaćanjem njenog Ustava obvezale da će u dobroj vjeri poštivati, promicati i ostvarivati odredbe donesenih konvencija, neovisno o tome jesu li ih ratificirale. Krše se temeljna prava na radu i u svezi s radom, kao što su pravo koalicije (diskriminacija, zastrašivanje, politički progon i ubojstva sindikalista), raširena je diskriminacija žena i manjina, ne odustaje se od prinudnog i obligatornog rada, raširena je uporaba dječjeg rada. Nadalje, postavljeni socijalni standardi često se ne poštuju, što se ogleda u nezaposlenosti i podzaposlenosti radnika, niskim plaćama, neisplati plaća, minimalnoj socijalnoj zaštiti globalne populacije, visokoj stopi profesionalnih bolesti i nesreća na radu i sl.¹⁰³ Održavanje navedena stanja na tržištu rada moguće je zbog jednostavne činjenice da Međunarodna organizacija rada ima ograničenu moć u osnaženju svojih normativnih akata u državama članicama.¹⁰⁴ Provedba njenih akata u ovisnosti je o njenoj snazi uvjeravanja i tehničkoj potpori država članica u implementaciji i provedbi međunarodnih radnih standarda.

Postavlja se pitanje diskrepancije između međunarodnog radnog prava i radnopravnih normi nacionalnog pravnog sustava kojima se uređuju uvjeti rada u velikoj većini država članica Međunarodne organizacije rada. Čini se da je upravo proces ekonomske globalizacije glavna prepreka nepodudarnosti radnih standarda postavljenih na međunarodnoj razini i istih na nacionalnoj razini država članica. Naime, uspostavljanje i primjena međunarodnih radnih standarda ima izravan utjecaj na tržište rada i posredno djelovanje na tržište proizvoda. Njihova temeljna zadaća onemogućavanje je destruktivne, za uvjete rada radnika, kompetitivnosti, reduciranje socijalno osjetljivih radnika te omogućavanje istima unapređivanje uvjeta rada što u konačnici ima za posljedicu veću proizvodnost.

6.1. Ekonomske teorije radnog odnosa

Od svojih začetaka Međunarodna organizacija rada upozorava da ekonomski rast nije dostatan čimbenik unaprjeđenja uvjeta rada i života, odnosno uklanjanja socijalno osjetljivih pojedinaca ili grupa s tržišta rada. Ovakvom stavu protive se pristalice neoklasične ekonomske teorije. Prema njihovom naučavanju su uvjeti rada i zapošljavanja određeni endogenim ekonomskim silama i u zavisnosti

102 FLANAGAN, R. J., Labour standards and international economic advantage, u FLANAGAN, R. J., GOULD, B.W. (eds.), *International labour standards: Globalisation, trade and public policy*, Stanford university press, 2003: 16.

103 ILO, Reducing the decent work deficit: A global challenge, Report of the director general, International labour conference, 89.th session, Ženeva, 2001.

104 O sustavu međunarodnog nadzora nad primjenom konvencija vidi opširnije u: BUKLIJAŠ, B., BILIĆ, A., *Međunarodno radno pravo*, o. c., str. 111.-117.

su, prvenstveno, o stvarnom dohotku svake države. Ukoliko je prihod po glavi stanovnika nizak dokazano je da će i trajanje radnog dana biti dulje, plaće niske, a uvjeti rada otegotni za radnike. Poboljšanje uvjeta rada ne može na umjetan način ići iznad dopuštenoga tempa ekonomskog rasta. Takvo djelovanje bilo bi u suprotnosti sa zakonitostima ekonomije. Ekonomisti smatraju bezuvjetnu i nerestriktivnu ekonomsku kompetitivnost, i unutar, i izvan svake pojedine države, jednim načinom podizanja prosperiteta u danoj državi.¹⁰⁵ Stoga, mišljenja su da bi međunarodno djelovanje za unaprjeđenje uvjeta rada bilo beskorisno, pa čak i štetno.

Prema neoklasičnoj ekonomskoj doktrini slobodno djelovanje tržišnih sila, kao i tržišno orijentirana raspodjela prihoda stvara najbolje i ujedno najpoštenije gospodarske uvjete od najboljeg interesa za radnike. Stvarnu standardizaciju uvjeta rada stvara slobodno tržište, a ne nametanje međunarodnih radnih standarda Međunarodne organizacije rada. Sindikate, kolektivne ugovore, minimalne plaće, državu blagostanja ova teorija smatra čimbenicima koji ograničavaju kompetitivnost stvarajući pri tom poremećaj na tržištu rada i institucionalnu sklerozu u ekonomiji kao cjelini. Povećavajući razinu plaća, iznad tržišno uspostavljene, povećavaju troškove proizvodnje i time ograničavaju djelotvornost i fleksibilnost, unutar radne snage dajući prednost insajderima pogoduju diskriminaciji, onemogućavaju ulaganje spriječavajući ekonomski rast i smanjujući sveukupnu zaposlenost. Stoga navedeni čimbenici predstavljaju glavnu prepreku socijalnom napretku.¹⁰⁶ Ekonomski razvoj i blagostanje radnika najbolje se može postići režimom liberalne trgovine.¹⁰⁷ Međunarodni radni standardi smatraju se štetnima jer povisuju troškove proizvodnje time istiskujući firme s tržišta.

Neoklasična ekonomska teorija postaje dominantno učenje od sedamdesetih godina prošlog stoljeća. Rješenje problema globalizacije vidi u slobodnom djelovanju tržišta.¹⁰⁸ Utjecala je na djelovanje međunarodnih financijskih institucija i Svjetske trgovačke organizacije. Svjetska banka službeno je potvrdila međunarodne radne standarde 2004. godine, ali ih nije podržala davanjem zajmova niti svojom politikom nabave. U nekoliko posljednjih desetljeća ekonomski razlozi izneseni protiv međunarodnih radnih standarda naišli su na plodno tlo u zemljama Trećeg svijeta. Naime, zbog svoje slabe ekonomske razvijenosti cijena radne snage jako je niska te automatski kompetitivna radnoj snazi u zemljama u razvoju i razvijenim zemljama. To je razlog zbog kojega zemlje u razvoju, a posebice razvijene zemlje eksternaliziraju svoju proizvodnju u zemlje Trećeg svijeta, kako bi im niska cijena radne snage omogućila veću kompetitivnost na tržištu proizvoda. U zemljama Trećeg

105 FEIS, H., International labour legislation in the light of economic theory, International labour review, no. 4, 1927:492.

106 SACHS, J., Globalisation and employment, Public lectures, International institute for labour studies, Ženeva, 18. ožujka 1996.

107 BHAGWATI, J., A view from the academia, u US department of labour, Bureau of international labour affairs, International labour standards and global economic integrations, Proceedings of a symposium, Washington DC, 1994.

108 Više: POSNER, R. A., Economic analysis of law, 1998., drugo poglavlje; EPSTEIN, R.A., In defence of the contract at will, University of Chicago law review, 1984., no. 51, str. 947.

svijeta politički prioritet još uvijek je masovna nezaposlenost, podzaposlenost i siromaštvo, a ne kvaliteta poslova i dobri uvjeti rada i života radnika.

U bogatim zemljama visoka cijena uspostavljanja i održavanja međunarodnih radnih standarda služi kao upozorenje od opasnosti daljnjega poboljšanja istih, pa čak i kao poziv na derogiranje postojećih radnih standarda koji mogu onemogućiti održavanje kompetitivnosti, budući da se ne mogu priskrbiti sredstva nužna za održavanje tih standarda u društvu, što nužno dovodi do smanjenja ekonomskog razvoja i gubitka poslova. Otvaranje zemlje međunarodnoj ekonomiji traži poštivanje međunarodnih radnih standarda što povećava troškove proizvodnje. Budući da su cijene na slobodnom tržištu određene međunarodnim tržištem, cjelokupni troškovi udovoljavanja međunarodnim radnim standardima moraju se apsorbirati ili tvrtke ili radnici, jer se više ne mogu prebacivati na potrošače u vidu skupljih proizvoda.

Neoklasičari-ekonomisti podupiru Coaseov teorem¹⁰⁹ prema kojem ukoliko pravo postavlja određene zahtjeve pred aktere na tržištu, a oni tim zahtjevima ne mogu udovoljiti, odnosno ukoliko to nametnuto pravilo dovodi do nedjelotvornog ishoda, isti će ga zaobilaziti tako da će međusobno ugovarati uvjete kako to njima najbolje odgovora, sve dok ne postignu djelotvoran, zadovoljavajući ishod.¹¹⁰ Glavna kvalifikacija Coaseovog teorema je činjenica da se djelotvorno rješenje problema na tržištu može iznaći samo ukoliko nema transakcijskih troškova. Transakcijski troškovi su vezani uz mimoilaženje novih pravnih pravila.¹¹¹ U stvarnost transakcijski troškovi su rijetko jednaki nuli. Neoklasičari iz izloženog izvode zaključak da se vlada treba što manje miješati u djelovanje tržišta rada. Svaka nova državna regulativa iziskuje od poslodavaca pregovaranje s radnicima kako bi smanjili transakcijske troškove i na taj način postigli zadovoljavajući ishod. Štoviše, mnogi neoklasičari zagovornici su doktrine slobode ugovaranja¹¹², prema kojoj su stranke na tržištu rada potpuno slobodne u izboru osobe s kojom će zasnovati radni odnos, kao i u pogledu uvjeta istog. Uloga prava došla bi do izražaja samo ukoliko postoji osnovana sumnja da je ugovor o radu sklopljen manom volje.

Načelo slobode ugovaranja na tržištu rada u snažnom je sukobu sa učenjem tradicionalnog radnog prava, prema kojem pregovaračke pozicije poslodavca i radnika na tržištu rada nisu jednake, jer radnik, u pravilu, mnogo više treba posao koji mu nudi poslodavac, nego li što poslodavac zaista treba dotičnog radnika. Upravo zbog slabosti svoje pregovaračke pozicije, radnici trebaju svoju poziciju poboljšati putem kolektivnog pregovaranja i kolektivnih ugovora te radničko

109 COASE, R., The problem of social cost, 3 Journal of law and economics, 1960:1-40.

110 SUMMERS, L.H., What Can Economics Contribute to Social Policy? Some Simple Economics of Mandated Benefits. The American Economic Review, 79(2). Papers and Proceedings of the Hundred and First Annual Meeting of the American Economic Association 1989:177-183; GRUBER, J., The incidence of mandated maternity benefits, American economic review, vol. 84, no. 3, 1994:622-641.

111 Primjerice, obuhvaćaju pregovaranja sa zaposlenicima, nacrt novog ugovora uz istodobno pokušavanje da obje strane drže do onog što su se dogovorile u međusobnim pregovorima.

112 ATIYAH, P. S., An introduction to the law of contract, 1995., 1. poglavlje.

zaštitnim zakonodavstvom.¹¹³ Naime, pripadnici sindikalnog pokreta smatraju individualno pregovaranje i fleksibilnost na tržištu rada načinom eksploatacije ekonomski slabijih od ekonomski jačih i reverziju slobode ugovaranja, retorici 1890-ih.¹¹⁴

Sedamdesetih godina prošlog stoljeća, kad neoklasična doktrina postaje dominantna i utječe na gotovo sve sfere društvenog života, javlja se nova ekonomska doktrina – nova institucionalna ekonomija¹¹⁵. Javila se kao pionirski posao Williamsona, koji je pokušavao objasniti zbog čega se proizvodnja robe mora odvijati kroz poduzeća, a ne putem serija ugovora o radu sklopljenih na tržištu rada.¹¹⁶ Pristaše ove doktrine smatraju da neregulirano slobodno tržište često proizvodi neželjene posljedice. Rješenje problema vezanih uz globalizaciju ne vide samo u kompetitivnosti cijena, već i u drugim modusima. Primjerice, dobro educirana i profesionalno usavršena radna snaga također može biti temelj kompetitivnosti. Stoga, bi se valjalo usredotočiti na one djelatnosti za čije su djelovanje nužne posebne vještine i stručnost. Takve su uslužne djelatnosti, posebice one tehnološki složene, koje ne mogu obavljati nekvalificirani, nestručni radnici. Stoga se od kvalificiranih radnika traži iniciranje i razvoj ideja te odgovaranje na zahtjeve korisnika usluga.

Ovakav pristup kompetitivnosti ima važne implikacije na odnos tvrtke (poslodavca) s radnicima. Ukoliko poduzeće proizvodi/pruža tehnološki unaprijeđene usluge, njeni radnici moraju u tom smislu biti dobro obučeni. Tvrtke stoga mogu biti voljne platiti troškove profesionalne izobrazbe i usavršavanja svojih radnika, uz pretpostavku da ulažu u radnike koji će ostati kod njih u radnom odnosu duži period. U protivnom poslodavci ne mogu opravdati troškove izobrazbe svoje radne snage. Ukoliko poduzeće nastoji uvesti određene inovacije u svoju proizvodnju te pružanje usluga mora biti uspješno u komunikaciji sa svojim zaposlenicima. Njihovi prijedlozi, utemeljeni na detaljnom poznavanju proizvodnog procesa i potreba korisnika usluga, mogu biti neprocjenjiv izvor daljnjeg razvoja. Ako je poduzeće fokusirano na kvalitetu svojih proizvoda, treba radnike koji su joj odani i stoga spremni pružiti u svom radu visok standard.

Pristaše nove institucionalne ekonomije upravo u pravu vide modus uspostave odnosa između poslodavca/tvrtke i radnika. Jedan od razloga zbog kojih radnici napuštaju svoje poslove nemogućnost je usklađivanja rada i obiteljskih obveza.

113 Više o konfliktu između neoklasične ekonomske teorije i tradicionalne ideologije radnog prava: WEDDERBURN, K. W., *Labour law and individual in post-industrial societies*, 1994; PRONDZYNSKI, F. VON, *Labour law as business faciliator*, u COLLINS, H., *Legal regulation of employment relation*, 2000.

114 DEERY, S., MITCHELL, R., *The emergence of individualisation and union exclusion as an employment relations strategy*, u: DEERY, S., MITCHELL, R. (eds.), *Employment relations: Individualisation and union exclusion*, Federation press, Sydney, 1999, 1. poglavlje.

115 DEAKIN, S, WILKINSON, F., *Rights vs efficiency: the economic case for transnational labour standards*, 23 *International labour journal*, 1994: 289.

116 WILLIAMSON, O.E., *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, XXII *Journal of law and economics*, 1979:223.

Putem pravne regulative može se zahtijevati od poslodavaca da dopuste svojim radnicima rad od kuće ili im omoguće izostanak s posla dok ne riješe svoje obiteljske probleme. Ovakve mjere ohrabrile bi radnike da ostanu u radnom odnosu što bi u konačnici omogućilo poslodavcima povrat troškova izobrazbe i usavršavanja svoje radne snage. Ukoliko se pravnim putem poslodavcu nalaže ustanovljavanje sindikata i/ili radničkih vijeća, time se može priskrbiti forum na kojem će zaposlenici konstruktivne ideje raspravljati sa menadžmentom.¹¹⁷

Zbog boljeg razumijevanja ovog argumenta nužno je razmotriti neke „tržišne manjkavosti“ koji mogu generirati transakcijske troškove. Prvi problem odnosi se na nejednaku pregovaračku moć radnika i poslodavca na tržištu rada. Bolja pozicija poslodavcu omogućava oportunističko ponašanje, tako da ignorira dugoročne ciljeve u zamjenu za kratkoročnu uštedu ili dobit.¹¹⁸ Pravo može ograničiti ovakvo oportunističko ponašanje omogućavajući radnicima određeni stupanj sigurnosti posla tako da, primjerice, poslodavci ne mogu radnicima otkazati ugovor o radu ukoliko za to nisu ispunjeni, zakonom propisani, uvjeti.¹¹⁹ Spomenuti primjeri, profesionalne izobrazbe i usavršavanja te savjetovanja s radnicima situacije su u kojima se poslodavci također mogu ponašati oportunistički povodeći se za kratkoročnim ciljevima (ušteda sredstava), zanemarujući pri tom dugoročne ciljeve – povećanje kvalitete i time veću kompetitivnost na tržištu proizvoda i usluga. Stoga, pravo može biti rješenje tako generiranih situacija na tržištu. Problem u pristupu pristaša nove institucionalne ekonomije je što se povlastice koje, prema njihovom mišljenju donosi pravna regulacija, neće uvijek manifestirati.¹²⁰ Primjerice, poslodavac neće biti opterećen retencijom radnika ukoliko se radi o radniku koji posjeduje općenita znanja i sposobnosti i gdje nije ulagao u njegovu profesionalnu izobrazbu i usavršavanje, kao u situaciji gdje je snosio troškove profesionalne izobrazbe i usavršavanja radnika, jer ukoliko takav radnik raskine s njim radni odnos poslodavac je na gubitku. Novi institucionalisti zalažu se za uvođenje pravne regulative ukoliko ona ide u prilog većem dijelu poduzeća, a ne u cijelosti. Nadalje, smatraju da ekonomski argumenti ne mogu osigurati potpuno opravdanje pravne regulative pojedinoga područja. Ukoliko tvrtke imaju određenu zajedničku karakteristiku može se napraviti određena iznimka kojom će tvrtka biti isključena iz domene primjene nove legislative. Međutim, ukoliko su potpuno različite to je nemoguće.

117 ROGERS, J., STREECK, W., *Workplace representation overseas: the works councils story*, u: FREEMAN R. B. (ed.), *Working under different rules*, 1994.

118 Primjerice, poslodavac može radniku obećati isplatu određenog bonusa za dobro obavljen rad, a onda mu otkazati radni odnos neposredno prije no što bonus treba isplatiti, kako bi uštedio novac. Time drugim radnicima pruža sliku nepouzdanosti zbog čega se oni neće moći motivirati za rad obećanjem isplate bonusa.

119 BÜCHTEMAN, C. F., *Introduction: employment security and labour market*, u: BÜCHTEMAN, C. F. (ed.), *Employment security and labour market behaviour*, 1993.

120 ROGOWSKI, R., WILTHAGEN, T., *Reflexive labour law: an introduction*, u: ROGOWSKI, R., WILTHAGEN, T. *Reflexive labour law*, 1994; TEUBNER, G., *After legal instrumentalism: strategic models of post-regulatory law*, u: TEUBNER, G. (ed.) *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin/New York: De Gruyter, 1986:299.-325.

Postavlja se pitanje zbog čega je nužno konzultirati navedene ekonomske doktrine? Prije svega ekonomske doktrine daju nam uvid u utjecaj pravne regulative na radnike i poslodavce s obzirom na povećavanje njihove djelatnosti i kreaciju dobiti. Međutim, kao i pravnici, ekonomisti se radikalno razilaze u pogledu prednosti i nedostataka određenih dijelova legislative. Bitno je istaknuti da se ne mogu očekivati od ekonomista izravni i potpuno precizni odgovori, niti se trebaju promatrati ekonomske analize kao jedini valjani uvid u probleme vezene uz radno pravo. Čak i najtvrdokorniji ekonomisti neoklasičari upozoravaju da javna politika mora ponekad uzeti u obzir i druge čimbenike osim djelatnosti, kao što su socijalna pravda i ljudska prava. U svakom slučaju, ekonomske analize pomažu u stjecanju uvida u troškove i povlastice koje donosi određena izabrana politika na tržištu.

7. ZAKLJUČAK

Iz do sada izloženog može se zaključiti da je došlo do urušavanja standardnog modela radnog odnosa zbog više čimbenika:

- Radni odnos utemeljen je na vrlo ograničenoj, uskoj definiciji rada koja obuhvaća onaj koji se prodaje i kupuje na tržištu. Iz te sfere isključen je rad koji se obavlja izvan trgovačke domene, a koji uključuje podizanje djece, kućanske poslove, brigu o članovima obitelji ili porodice, stjecanje obrazovanja ili profesionalno usavršavanje. Navedeni poslovi ne mogu se i ne smiju zanemariti, jer upravo njihovo obavljanje omogućava postojanje tržišne ekonomije, odnosno obavljanje onih poslova koji omogućavaju njeno kvalitetno djelovanje. U tradicionalnom pojmu obitelji, na kojoj je utemeljena država blagostanja, spomenuti rad nema profesionalni identitet. Naime, žena, ukoliko nema posao, već se brine za članove svoje obitelji i kućanstvo nije obuhvaćena sustavom socijalnog prava. Ta prava ostvaruje samo posredno, preko svog supruga koji je u radnom odnosu, temeljem svog bračnog ili obiteljskog statusa. Upravo zbog toga što ovakav rad nije pravno prepoznat, daje pogrešnu sliku i temelj za spolnu diskriminaciju žena, ne samo onih koje takav, nekomercijalni rad, obavljaju u svojim domovima, već i onih koji su u radnom odnosu, što je prije svega razvidno iz nejednakosti plaća žena i muškaraca za rad jednake vrijednosti. Postupno napuštanje diskriminatornih odredbi u državama, kao i uvođenje sustava profesionalne socijalne sigurnosti, pod utjecajem prava Europske zajednice, kasnih sedamdesetih godina prošlog stoljeća, pružila je pomoć i muškarcima i ženama na tržištu rada¹²¹. Pri tom je vrlo malo učinjeno po pitanju radnih i socijalnih prava žena zaposlenih s nepunim radnim vremenom, čija je zarada bila blizu iznosa doprinosa za socijalnu sigurnost ili čiji su periodi plaćenog zaposlenja nedostani za postizanje propisanog kontinuiteta nužnog za ostvarenje određenih beneficija.

121 European court of justice, Case-262/88, Barber v. Guardian Royal Exchange Co. Ltd. (1990) IRLR 240; Case-C-408/92 Smith v. Avdel Systems Ltd. (1994) IRLR 602.

- Model radnog odnosa zasnovan je na linearnom i homogenom pojmu aktivnog radnog života koji započinje završetkom ili prekidom školovanja i traje do odlaska pojedinca u mirovinu. Ovaj linearni model bio je vrlo dobro usklađen sa zahtjevima velikih industrijskih poduzeća, kojima je bio potrebit velik broj radnika koji bi zaposjedali stabilne i jasno definirane poslove. Danas, kada se poduzeća u prvom planu usredotočuju na svoju temeljnu djelatnost, a manje bitne dijelove svoje djelatnosti eksternaliziraju, odnosno povjeravaju vanjskim izvršiteljima. Stoga, uslijed povećanja kompetitivnosti i brzih tehnoloških promjena stečena znanja i sposobnosti radnika, kao i linearni model radnog odnosa, općenito su dovedeni u pitanje, jer više ne odgovaraju novonastaloj situaciji, već naprotiv svijet rada dijeli na insajdere, koji imaju sigurno zaposlenje koje im omogućava pristup profesionalnoj izobrazbi i usavršavanju, i autsajdere koji obavljaju slabo plaćene poslove, koji im ne pružaju sigurnost egzistencije, svrstavajući ih tako automatski (trenutačno) u populaciju osjetljivu na ekonomske fluktuacije.

- Model tradicionalnog radnog odnosa utemeljen je na subordinaciji. Radnik u zamjenu za sigurnost predaje poslodavcu dio svoje neovisnosti, budući se u izvršenju rada, kojeg izvršava *lege artis*, podvrgava nalogima i uputama poslodavca. Ovaj model više ne odgovara u potpunosti zbog pojave i širenja novih oblika rada u kojima radnici uživaju veći stupanj autonomije u izvršavanju zadaća svog radnog mjesta.

Stoga, problem koji se ovdje javlja ne obuhvaća samo zaštitu radnika od predvidivih životnih rizika, već i osiguranje praktičnih sredstava kojima radnici mogu uživati u novonastaloj slobodi u izvršenju rada, ali i novim odgovornostima. Status radnika, koji je prije počivao na dva kolosjeka – ovisnost i sigurnost, sada zahtjeva tri elementa: slobodu, sigurnost i odgovornost. Ukoliko bilo koji od spomenuta tri elementa nedostaje javlja se situacija u kojoj su radnici ili sami odgovorni za svoju sudbinu, jer im nisu pružena prava koja im po toj odgovornosti pripadaju ili ukoliko im se omogući visoka razina zaštite, stvaraju se radnici koji su slobodni, ali isto tako i neodgovorni.

Nadalje, ugovor o radu utemeljen je na konceptu ekonomske subordinacije, što znači da zadaća ekonomske demokratičnosti i sudjelovanja u odlučivanju unutar poduzeća nije ostvarena, niti su obuhvaćena reformama radnog prava čija je svrha bila ograničavanje poslodavčeve moći u određenju disciplinske odgovornosti i otkazivanju radnog odnosa radniku, niti u određivanju plaće i ostalih primanja, u okviru kolektivnog pregovaranja.

Podugovaranje i *outsourcing*, osamdesetih godina prošlog stoljeća postaju bitan dio načina proizvodnje, kao posljedica pokušaja vlada država da srežu troškove javnih rashoda, pri tom urušavajući uspostavljene uvjete rada i zaposlenja. Time, standardni, zaštitnički model radnih odnosa počinje pokazivati sve svoje slabosti: mogućnost poslodavaca da izbjegnu neizravne troškove zaposlenja, koji svoje ishodište imaju u regulativi radnog, socijalnog i poreznog prava, što poslodavci drže kao najvažniji čimbenik u postizanju kompetitivnosti na tržištu proizvoda.

Ugovor o radu zamišljen je kao model koji djeluje na razini nacionalne države i koji je usklađen s njenim radnim i socijalnim zakonodavstvom. Međutim,

porastom međuovisnosti nacionalnih gospodarstava, vladama država sve je teže koordinirati intervencije u njihovu nacionalnu makroekonomsku politiku. To su bili, između ostalih, čimbenici koji su utjecali na intervenciju država u njihova radna zakonodavstva, tako da njihov cilj pune zaposlenosti ustupa mjesto postizanju veće kompetitivnosti i visoke stope zaposlenosti. Stoga je politika država koja je podržavala zasnivanje radnih odnosa na neodređeno vrijeme s punim radnim vremenom, uz istovremenu supresiju privremenog, odnosno povremenog zapošljavanja¹²², doživjela reverzibilan proces. Time se upravo potonje spomenuti vidovi rada smatraju važnim čimbenicima u promicanju mogućnosti zapošljavanja¹²³.

Navedeno nas upućuje na zaključak da zaposlenje više ne može poslužiti kao paradigma unutar koje će se promatrati radni odnos, jer je ono samo dio, iako veći, složene situacije koju je nužno razmotriti u cjelini.

122 DEAKIN, S., The evolution of the contract of employment 1900-1950: the influence of the welfare state, u WHITESIDE, N., SALAIS, R., Governance, Industry and labour markets in Britain and France. The modernising State in Mid-20 th Century, Routledge, London, 1998:224.

123 COLLINS, H., Is there a third way in labour law, In: Labour law in an era of globalisation. Oxford University Press, Oxford, 2004: 449-470.

Summary

THE TRANSFORMATION OF EMPLOYMENT RELATIONS

The author in the article considers issues arising from evolution of employment relations paying special attention to their commonly accepted notion and subsequent forms including the modern form. She specifies reasons according to which it is indispensable to identify the existence of employment relations by applying the legal tests established by court practice. Furthermore, the author points at distinction between the employment relations and working contract according to the labour law theories to avoid their identification. She gives explanations for factors and their impact on transformation of employment relations and issues correlated with the modern employment relations. In addition, the author consults economic theories to get an insight into legal regulations impact on workers and employers with respect to increase of their efficiency and creation of profit, that is, costs and benefits resulting from certain policy which was previously chosen and applied in the market with modified market and economic circumstances. Conclusively, the author analyses segments of employment relations which have led to deterioration in employment relations.

Key words: employment relations, subordination, globalisation, transformation.

Zusammenfassung

TRANSFORMATION DER ARBEITSRECHTLICHEN VERHÄLTNISSSE

In dieser Arbeit betrachtet die Autorin die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses aus üblicher Betrachtungsweise bis zu seiner modernen Form. Sie begründet die Notwendigkeit der Identifizierung des Vorhandenseins von Arbeitsverhältnissen auf Grund der durch die Rechtsprechung entwickelten Tests. In Bezug auf die arbeitsrechtlichen Theorien des Arbeitsverhältnisses wird zwischen Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag unterschieden. Des Weiteren werden wichtige Faktoren und ihr Einfluss auf die Transformation der Arbeitsverhältnisse sowie die Probleme der modernen Arbeitsverhältnisse erläutert. Es wird Bezug auf die Wirtschaftsdoktrin genommen, um Einsicht in die Wirkung der Rechtsregelung auf die Arbeitnehmer und Arbeitgeber bezüglich ihrer Effizienzsteigerung und der Ertragsschöpfung, bzw. in die Ausgaben und Sonderrechte, die eine bestimmte, gewählte Politik auf dem Markt in geänderten Markt- und Wirtschaftsumständen bringt, zu bekommen. Schließlich setzt sich die Autorin mit den Segmenten des Arbeitsverhältnisses auseinander, in welchen zur Beeinträchtigung des Verhältnisses gekommen ist.

Schlüsselwörter: Arbeitsverhältnis, Subordination, Globalisierung, Transformation.

Riassunto

TRASFORMAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Nel lavoro l'autrice esamina le questioni concernenti l'evoluzione del rapporto di lavoro a partire dalla sua visione standardizzata sino alle sue forme più moderne. Indica le ragioni della necessità di un'identificazione dell'esistenza del rapporto di lavoro, prendendo a tale fine in esame l'evoluzione della giurisprudenza. Esaminando le teorie giuslavoristiche riguardanti il rapporto di lavoro, distingue il rapporto di lavoro dal contratto di lavoro al fine di evitare il perpetuarsi della loro identificazione. Espone i fattori e la loro influenza sulla trasformazione del rapporto di lavoro, come anche i problemi che si presentano nei rapporti di lavoro moderni. Consulta le dottrine economiche al fine di scoprire quale influenza eserciti la disciplina giuridica sui lavoratori e i datori di lavoro in considerazione della crescita della loro efficienza e della realizzazione di profitto; ovvero sui costi ed i benefici che conseguono ad una determinata politica di mercato in condizione di variate circostanze commerciali ed economiche. In chiusura, disamina il profilo inerente la patologia del rapporto di lavoro.

Parole chiave: rapporto di lavoro, subordinazione, globalizzazione, trasformazione.

ODGOVORNOST DRUŠTVA MAJKE ZA OBVEZE DRUŠTVA KĆERI

Mihaela Braut Filipović, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.725
Ur.: 8. lipnja 2011.
Pr.: 20. listopada 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U ovome je radu obrađeno pitanje proboja pravne osobnosti, točnije odgovornosti društva majke za obveze društva kćeri prema pravu SAD-a, u sudskoj praksi Europskog suda, te u hrvatskom pravu. Pitanje proboja pravne osobnosti posebice se pojavljuje u grupama društava, gdje u pravilu društvo majka ima kontrolu nad društvom kćeri. Posebno pitanje koje se obrađuje u radu je standard za proboj pravne osobnosti, gdje se ispituje traže li u odabranim komparativnim sustavima sudovi kao temelj proboja pravne osobnosti da društvo majka zloupotrebljava činjenicu da kao član društva kćeri ne odgovara za obveze društva kćeri ili je sama činjenica da društvo majka ostvaruje kontrolu nad društvom kćeri dostatna. Pitanje proboja pravne osobnosti posebno je važno jer se putem proboja dolazi do odgovornosti društva majke za obveze društva kćeri prema trećima, što je vjerovnicima ključno imajući na umu da društva majke u pravilu imaju veću platežnu moć.

Ključne riječi: *proboj pravne osobnosti, odgovornost društva majke za izvanugovorne obveze društva kćeri prema trećima, odgovornost društva majke za ugovorne obveze društva kćeri prema trećima, podizanje korporativnog vela, zloraba utjecaja kao uvjet za proboj pravne osobnosti.*

1. UVOD

Temeljno je pravilo društava kapitala, tj. dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću da njihovi članovi ne odgovaraju za obveze društva. Međutim, to pravilo poznaje i svoje iznimke. Naime, član društva će odgovarati ako zloupotrebljava činjenicu da kao član društva ne odgovara za obveze društva. To je pitanje posebno zanimljivo kada se radi o povezanim društvima, točnije o društvu majci i društvu kćeri. Društvo majka je društvo koje osniva društvo kćer, te u većini slučajeva, postaje njen jedini ili većinski dioničar/imatelj udjela s prevladavajućim

utjecajem na vođenje poslova društva kćeri. S obzirom na stupanj kontrole koji društvo majka može ostvarivati u tom odnosu, pitanje proboja pravne osobnosti postaje još važnije. U komparativnim rješenjima, proboj pravne osobnosti u odnosu između društva majke i društva kćeri sve je više prisutan. U radu će se analizirati kakva su stajališta i praksa američkog zakonodavstva, zakonodavstva Europske unije kroz praksu Europskog suda, te hrvatska zakonodavna rješenja. Poseban je naglasak stavljen na pitanje traže li sudovi da vladajuće društvo, tj. društvo majka zloupotrebljava činjenicu da kao član društva kćeri ne odgovara za obveze društva kćeri, ili je činjenica da su društva u odnosu ovisnosti, posebice kada se društvo majka pojavljuje kao jedini dioničar/imatelj udjela društva kćeri dostatna da sudovi ustanove proboj pravne osobnosti. Posljedica proboja pravne osobnosti jest da vjerovnici društva kćeri mogu ostvarivati svoja potraživanja i izravno prema društvu majci.

2. PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI U SAD-u

Common law zemlje priznaju, kao i zemlje europskoga kontinentalnog pravnog kruga, odvojenost društva kao pravne osobe od njegovih članova. Primarna posljedica takve odvojenosti, posebice u slučaju društva kapitala, jest da član društva ne odgovara za obveze društva. U anglosaksonskom pravu, kao ishodište takvih shvaćanja navode se poznati slučajevi *A. Salomon v. Salomon & Co*¹ u Velikoj Britaniji i *Berkey v. Third Avenue Railway*² u SAD-u. U slučaju *Salomon*, sud je ustvrdio da dioničar ne odgovara za obveze društva čak niti u slučaju prijevare koju je počinio koristeći se činjenicom da kao član društva kapitala ne odgovara za obveze društva. Međutim, takvo se stajalište sudova značajno izmijenilo. Danas i britanski i američki sudovi poznaju institut proboja pravne osobnosti, kojim se može ustanoviti odgovornost dioničara za obveze društva pod određenim uvjetima.

Pored odnosa odgovornosti između pojedinog dioničara i društva, u suvremenoj se trgovini pojavljuju i specifični odnosi između pojedinih društava. Naime, u širenju svojih poslovnih carstava, društvima je bilo potrebno osnivanje podružnica u raznim dijelovima svoje zemlje ili u drugim zemljama radi učinkovitijeg obavljanja djelatnosti. Međutim, negativna strana osnivanja i podružnica i poslovnica je u tomu što društvo osnivač ostaje u potpunosti odgovorno za njihove radnje. Spojeno s potrebom da se pojedine djelatnosti, tj. dijelovi poduzeća razdvoje, te prebace na određene lokacije, društva su počela osnivati, tzv. društva kćeri, koja su u pravilu, u potpunosti u „vlasništvu“ svojih društava majki. Najveća prednost osnivanja društava kćeri jest u tome što su ona formalno samostalna društva, odvojena od društava majki. Društva majke se u njima pojavljuju kao apsolutni ili većinski imatelji dionica/udjela društava kćeri. S obzirom na to da imaju položaj dioničara, društva majke su zaštićene od odgovornosti za obveze društava kćeri, slijedeći gore spomenuto pravilo o odvojenosti pravne osobe društva od njegovih članova.

1 A. C. 22 (H.L.) (1897).

2 244 N. Y. 602, 155 N. E. 914 (1927).

Međutim, već su krajem 19. stoljeća zapažene razne zloporabe društava majki koje su iskorištavale svoj položaj dioničara u društvima kćeri na način da su iscrpljivale imovinu društava kćeri u svoju korist, te tako onemogućavale vjerovnicima društava kćeri da namire svoje tražbine. Također, odgovornost za proizvodnju proizvoda prebacivale su na društva kćeri, dok su korist od takve proizvodnje zadržavali za sebe. Zbog takvih i mnogih drugih razloga, pred američkim sudovima se pojavljivalo sve više slučajeva u kojima su se oštećene strane pozivale na načela pravednosti, tražeći da se zanemari formalnopravna odvojenost društava kćeri od društava majki, te da se zbog tako visokog stupnja povezanosti kada društvo majka zapravo donosi sve odluke, ustanovi odgovornost društva majke za obveze društva kćeri. Drugim riječima, tražilo se da se prava i obveze društva kćeri izjednače s pravima i obvezama društva majke.³

Američki sudovi počeli su tako prihvaćati ideju da se pod određenim uvjetima, može ustanoviti odgovornost društva majke za obveze društva kćeri. Kao jedan od najranijih sudskih slučajeva, navodi se *Both v. Bunce*⁴ iz 1865. u kojemu je sud ustanovio odgovornost društva majke, temeljeći svoju presudu na načelima pravde i prijevartnom ponašanju (*fraud*) društva majke koja je u dotičnom slučaju zlorabila svoj položaj u društvu kćeri.

Tako se počela razvijati najdublje uvriježena doktrina proboja pravne osobnosti u SAD-u - teorija podizanja korporativnog vela (*doctrine of piercing the corporate veil*). Prvi slučaj u kojem je korišten izraz veo, tj. *veil*, bio je *Fairfield County Turnpike co. V. Thorp* iz 1839.⁵ a izraz proboja, tj. *piercing the veil* prvi put je zabilježen u pravnoj doktrini u članku iz 1912.⁶ Od tada je zabilježeno mnogo slučajeva⁷, u kojima su američki sudovi, pozivajući se na različite razloge, uspostavljali proboj pravne osobnosti. Iako u ovome radu neće biti obrađene, američko pravo poznaje i druge teorije kojima se uspostavlja odgovornost dioničara i drugih osoba za obveze društva. Te su druge teorije: *agency, civil conspiracy, estoppel, fraud, fraudulent transfer, statutes, trust fund doctrine, unjust enrichment, breach of fiduciary duty, defective incorporation, misrepresentation by corporate official, personal guaranty, no notice of separate entity* i drugo.⁸

Jedno je od zanimljivih pitanja i prema kome se proboj pravne osobnosti može uspostaviti. Naime, nije upitno da se proboj pravne osobnosti prvenstveno odnosi na

3 Više o tome u Blumber, P. I.: *The transformation of modern corporation law: the law of corporate groups*, Connecticut Law Review Spring, 2005., str. 605-615.

4 33 N. Y. 139 (1865).

5 13 Conn. 173, 179 (1839).

6 Wormser, I. M.: *Piercing the Veil of Corporate Entity*, 12 Colum. L. Rev. 496 (1912).

7 *Simmons Creek coal Co. V. Doran*, 142 U.S. 417 (1892); *J.J. McCaskill Co. V. U.S.*, 216 U.S. 504 (1910) gdje je znanje direktora društva izjednačeno sa znanjem društva o određenoj činjenici, zbog čega se društvo nije više moglo pozivati na neznanje kao osnovu za oslobođenje od odgovornosti; *U.S. v. Reading Co.*, 253 U.S. 26 (1920); *U.S. v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247 (C.C.E.D. Wisc. 1905) i dr.

8 Vidi više u Oh, B. Peter: *Veil – Piercing*, 89 Tex. L. Rev. 81. i u Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil in corporate groups*, 37 Conn. L. Rev., 2005, str. 637 – 675.

uspostavljanje odgovornosti osobe, fizičke ili pravne, koja je *dioničar* u društvu čiju se pravnu osobnost želi probiti. U najvećem broju slučajeva radi se o dioničaru koji drži kontrolni paket dionica. Međutim, postavlja se pitanje može li se tražiti proboj pravne osobnosti i prema osobama koje nisu dioničari u tom društvu, već koje su povezane s društvom na drugi način. Američki sudovi su odgovorili pozitivno. Kada je bilo osnove za to, uspostavljali su odgovornost vjerovnika društva, direktora koji nije ujedno bio i član društva, bračnih drugova dioničara i drugih.⁹ Dakle, proboj pravne osobnosti proteže se i na osobe koje nisu dioničari društva protiv kojega se traži proboj.

Što se tiče osnove za uspostavljanje proboja pravne osobnosti društava kćeri, razvile su se dvije glavne skupine. U prvoj skupini, proboj pravne osobnosti temelji se na odgovornosti društva majke za izvanugovorne povrede (deliktna odgovornost) društva kćeri prema trećima. Druga se skupina temelji na odgovornosti društva majke za ugovorne povrede društva kćeri prema trećima. Američki sudovi traže ispunjenje različitih uvjeta ovisno o tome temelji li tužitelj svoj zahtjev za probojem pravne osobnosti na temelju ugovorne ili deliktne odgovornosti. Ta se razlika često objašnjava kao razlika između dobrovoljnih vjerovnika društva kćeri i vjerovnika društva kćeri koji su to postali protiv svoje volje (*voluntary and involuntary creditors*).¹⁰ Naime, vjerovnici protiv svoje volje ulaze u odnos s društvom kćeri kada im društvo kćer prouzroči štetu temeljem izvanugovorne odgovornosti. Primjerice u slučaju kada neispravan proizvod određenog proizvođača prouzroči trećima štetu. U tom slučaju, na temelju izvanugovorne odgovornosti društva kćeri, probojem pravne osobnosti, želi se uspostaviti i odgovornost društva majke. Navodi se da u tom slučaju vjerovnici nisu imali prilike pregovarati niti s društvom kćeri niti s društvom majkom, te nisu mogli ugovoriti neko od sredstava osiguranja za slučaj da društvo kćer ne ispuni svoju obvezu¹¹. Zbog tako podređenog položaja onih vjerovnika društava kćeri i društava majki koji su to postali protiv svoje volje, moglo bi se zaključiti da bi sudovi u slučaju deliktne odgovornosti društva majke češće trebali dopuštati proboj pravne osobnosti. U tom će smislu biti iznimno zanimljivo analizirati empirijske podatke i zaključke američkih autora koji su usporedili broj proboja pravnih osobnosti na temelju deliktne i ugovorne odgovornosti. U radu će se analizirati svaka skupina.

a) Odgovornost društva majke za izvanugovorne povrede društva kćeri prema trećima

Gotovo se svi slučajevi u američkoj praksi, kada do proboja pravne osobnosti dolazi na temelju deliktne odgovornosti, ostvaruju unutar povezanih društava, i to u

9 *McCallum Family L.L.C. v. Winger*, 221 P.3d 69 (Colo. App. 2009); *LaFond v. Basham*, 683 P.2d 367 (Colo. App. 1984) gdje je tuženik bio direktor koji nije ujedno bio i dioničar, tj. član društva; *Rosebud Corp. v. Boggio*, 561 P.2d 367 (Colo. App. 1977); *Sheffield Services Co. V. Trowbridge*, 211 P.3d 714 (Colo. App. 2009).

10 Oh, B. Peter: *Viel – Piercing*, 89 Tex. L. Rev. 81., str. 87.

11 Loc. cit.

onima u kojima je vladajuće društvo majka, a ovisna su njena društva kćeri koje je ona i osnovala.¹² Mnogi autori se zalažu da bi sudovi u tim slučajevima trebali mnogo lakše ustanoviti proboj pravne osobnosti.¹³ Svoj stav temelje na nedopustivosti da se tolerira ponašanje koje protivno dobroj poslovnoj praksi i moralu društva prebacuje rizik poslovanja s društava kapitala na treće osobe, izbjegavajući odgovornost dioničara zbog čijih je postupaka upravo i došlo do spornih slučaja i nastanka štete.

Međutim, je li to i doista tako u američkoj sudskoj praksi, jedno je od spornijih pitanja, i objekt akademskih razilaženja. Naime, dvije su najznačajnije empirijske studije kojima se pokušalo ustanoviti točan broj slučajeva proboja pravne osobnosti te razloga zašto sudovi jesu ili nisu donosili takve odluke. Prvu je studiju proveo Thompson, i to na temelju slučajeva prijavljenih na portalu *Westlaw* zaključno do 1991. Thompson je u svojoj studiji ustanovio da je zabilježen manji broj slučajeva proboja pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti od broja slučajeva koji su se temeljili na ugovornoj odgovornosti društva kćeri¹⁴. Ni sam Thompson nije znao objasniti dobivene rezultate, već je samo komentirao da takvi rezultati idu protiv dotadašnjih očekivanja i teorije i prakse.¹⁵ Bez obzira na izostanak objašnjenja, Thompsonova studija je postala temelj za tumačenje proboja pravne osobnosti, na koju su se jednako pozivali sudovi, odvjetnici i teoretičari za daljnje razvijanje teza.¹⁶

Drugu studiju je dvadesetak godina kasnije proveo Oh, također na temelju slučajeva prijavljenih na portalu *Westlaw*, no u znatno dužem vremenskom razdoblju i to od 1658. do 2006. godine. Oh navodi da je istraživanje provedeno ne samo u dužem vremenskom razdoblju, već i da su korišteni širi pojmovi.¹⁷ Upravo zbog različitog i opsežnijeg uzorka, rezultat ovog istraživanja suprotan je Thompsonovu zaključku, te predstavlja prekretnicu u percepciji američke sudske prakse u podizanju korporativnog vela. Dakle, Oh je dokazao da su sudovi, iako u manjoj mjeri od očekivane, ipak više podizali korporativni veo u slučaju deliktne odgovornosti društva kćeri nego u slučaju ugovorne odgovornosti, što je u skladu s dotadašnjim predviđanjima teorije.¹⁸

12 Thompson, B. Robert: *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 Conn. J. Int'l L. 379 (1999).

13 Krendl, S. Cathy, Krendl, R. James: *Focusing the Inquiry*, 55 DEN. L. J. 1, 52-55 (1978); Landers, M. Jonathan: *A unified approach to parent, subsidiary & affiliate questions in bankruptcy*, 42 U. CHI. L. REV. 620 (1975); Douglas, O. William, Shanks, M. Carol: *Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations*, 39 YALE L.J. 193, 210-11 (1929) u Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study*, Cornell Law review, (1991), str. 1036.

14 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1068.

15 Ibid., str. 1058.

16 *Coltec Indus., Inc. v. United States*, 62 Fed. Cl. 716, 724 (2004); *Theberge v. Darbro, Inc.*, 684 A.2d 1298, 1303 (Me. 1996); *Garcia v. Coffman*, 946 P.2d 216, 227 (N.M. Ct. App. 1997); Wootton, John: *Corporation Owner's Survival Guide*, EmpoweredWealth.Com 1, http://www.empoweredwealth.com/documents/WoottonSurvivalGuideReport_000.pdf u Oh, B. Peter, Viel – *Piercing*, op. cit., str. 88.

17 Oh, B. Peter: *Viel – Piercing*, 89 Tex. L. Rev. 81., str. 88.

18 Ibid., str. 90.

Koje kriterije će američki sudovi primjenjivati u testiranju je li došlo do odgovornosti društva majke na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri nije jasno. Međutim, sud je u jednom od novijih slučajeva, *In re Phillips* iz 2006.¹⁹, ustanovio da bi trebalo primjenjivati test koji se sastoji od tri koraka. Prvi korak jest da se ispita postoji li između dioničara i društva, tzv. „*alter ego*“ odnos, tj. je li utjecaj dioničara / društva majke takav da kontrolira društvo u mjeri da se identitet društva izjednačuje s identitetom tog dioničara. Drugi korak je ispitati je li dioničar koristio društvo s namjerom da počini prijevaru ili da izbjegne ispunjenje tražbina vjerovnika. Treći korak je zapravo ocjena suda bi li se probijem pravne osobnosti ostvarilo načelo pravde, tj. pravedan rezultat. Ovaj posljednji kriterij ujedno je i najzanimljiviji. Naime, sud je jasno postavio kriterij korisnosti, prema kojemu nema smisla probijati pravnu osobnost, iako su svi drugi kriteriji zadovoljeni, ako se time ne može postići svrha takvog postupka, a to je da se vjerovnici namire i nadoknadi šteta oštećenim strankama.

Tipičan primjer kada sudovi dopuštaju probij pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri su kada društvo majka osnuje više društava kćeri među kojima podijeli rizik na način da jedno društvo proizvodi određeni proizvod, ali da dobit od prodaje pripadne njoj ili drugome društvu kćeri. Time se postiže da društvo proizvođač snosi odgovornost koja eventualno proizlazi zbog neispravnosti proizvoda, a da je društvo (u pravilu društvo majka) koje ubire dobit od toga izuzeto. Naravno, društvo proizvođač/ovisno društvo pri tomu ima manje sredstava za namirenje vjerovnika.

U slučajevima probija pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri, sudovi kao najvažnije pitanje postavljaju je li raspodjela rizika između društava rezultat zdravog ekonomskog prosuđivanja ili ima za cilj izbjegavanje odgovornosti te stavljanje vjerovnika u lošiji položaj.²⁰ Također, sudovi analiziraju i stupanj povezanosti društva, gdje bi testovi koje primjenjuju trebali slijediti već razvijene testove za povezanost društava, kao i kada se tužbeni zahtjev za probijem pravne osobnosti temelji na ugovornoj odgovornosti društva kćeri.²¹

Probij pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti razvio se u više grana prava, a najprisutniji je u zaštiti radnika, potrošača te u zaštiti okoliša. Odgovornost društava majki za deliktnu odgovornost društava kćeri američki su sudovi uspostavljali zbog neadekvatno provedenog nadzora nad vođenjem poduzeća društva kćeri, zbog propusta da se društvo kćer upozori na određeni rizik koji je bio poznat društvu majci, zbog poduzimanja vrlo štetnih aktivnosti društva kćeri koja se nalazila u zavisnom položaju prema društvu majci te zbog proizvodnje neispravnih proizvoda usred kojeg se odgovornost nastoji prebaciti na jedno od društava kćeri.²²

19 139 P.3d 639 (Colo. 2006).

20 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil: Is the Common Law the Problem?*, 37 Conn. L. Rev. 619, 622 (2005), str. 633.

21 Ibid., str. 633-634.

22 Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality of transnational corporations*, Widener Law Journal (2005), str. 3.; U.N. Ctr. on Transnational Corps., *Transnational Corporations in World Development Third Survey at 230*, U.N. Doc. ST/CTC/46, U.N. Sales

Pri tome je bitno razlikovati radi li se o izravnoj ili neizravnoj odgovornosti društva majke. Za uspostavljanje izravne odgovornosti društva majke traži se njeno vidljivo i jasno sudjelovanje u počinjenju delikta zajedno s društvom kćeri.²³ Kod neizravne odgovornosti, odgovornost društva majke ne proizlazi iz njenog jasno vidljivog sudjelovanja, već iz činjenice da je društvo kćer ovisno društvo koje prima obvezujuće upute od društva majke koje mora poštivati u vođenju svojih poslova.²⁴

Jedan od značajnijih slučajeva u kojemu je američki sud ustanovio da je društvo majka odgovorno na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri je slučaj poznatog onečišćenja mora naftom – *Amoco Cadiz* slučaj.²⁵ U tom je slučaju američki sud ustanovio da je društvo majka izravno odgovorno za nepažnju svojih dviju društava kćeri koja su uzrokovala onečišćenje u francuskim vodama. Naime, društvo majka bilo je *Standard Oil Company* (dalje u tekstu: Standard) sa sjedištem u SAD-u, jedno društvo kćer bilo je *Amoco Transport Company* (dalje u tekstu: Transport) sa sjedištem u Liberiji, a drugo *Amoco International Oil Company* (dalje u tekstu: Amoco) sa sjedištem u SAD-u. Amoco je odobrio dizajn i konstrukciju broda Amoco Cadiz, a samu izgradnju provodilo je španjolsko društvo koje bilo u 100% vlasništvu Transporta. Transport je bio obvezan obrazovati posadu te osigurati da u vrijeme početka plovidbe brod bude spreman za plovidbu i propisno opremljen. Bitno je napomenuti da je do štete onečišćenja mora došlo zbog kvara kormila, zbog čega se tanker nasukao što je oštetilo dno broda i dovelo do izlivanja nafte. Pored Amoca, sud je ustanovio deliktnu odgovornost Transporta jer nije primijenio dužnu pažnju pri odobrenju konstrukcije broda, zbog toga što nije zahtijevao ugradnju zamjenskog mehanizma koji bi se koristio ako bi glavno kormilo otkazalo, što je već tada bio standard u izgradnji brodova. Do odgovornosti Standarda kao društva majke, sud je došao tumačeći da je Standard putem svojih društava kćeri koje je u potpunosti kontrolirao, zapravo obavljao sve svoje aktivnosti. Iz navedenog je izveo zaključak da je Standard osnovao ta društva upravo zato da bi se oslobodio svake odgovornosti za štetu koju bi ta društva eventualno mogla počinuti. Slijedom toga, ustanovljena je odgovornost Standarda kao društva majke za obveze društava kćeri.

b) *Odgovornost društva majke za ugovorne povrede društva kćeri prema trećima*

Kao što je već rečeno, američka doktrina slučajeve podizanja korporativnog vela dijeli na slučajeve odgovornosti društva majke za deliktne i za ugovorne povrede društva kćeri. Iako u ovome radu naglasak nije stavljen na bitnu razliku između deliktne i ugovorne odgovornosti kao takve, nužno je spomenuti da nije uvijek jednostavno odrediti o kojoj se odgovornosti radi. Naime, upitni su slučajevi

No. E.83.II.A.14 (1983).

23 Muchlinski, Peter: *Multinational Enterprises and The Law* 133-34 (1995) u Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality*, str. 4.

24 Loc. cit.

25 MDL Docket No. 376, 1984 U.S. Dist LEXIS 17480 (N.D. 111 Apr.18, 1984). Slučaj je opisan i preuzet od Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality*, str. 14 – 17.

kada se deliktna i ugovorna odgovornost isprepliću. Primjerice kod pitanja može li se u slučajevima kada stranke imaju ugovor, povrijeđena strana pod određenim okolnostima, ipak pozivati i na deliktnu, tj. izvanugovornu odgovornost. Isto tako, u američkoj teoriji ima dosta rasprava oko toga kamo primjerice spada pitanje prijevare (*fraud*), koje ovisno o okolnostima slučaja, može spadati i pod ugovornu i pod deliktnu odgovornost društva kćeri.

Ta je razlika bitna zbog toga što kada se u tužbi povredu kvalificira kao ugovornu ili izvanugovornu, sudovi će primijeniti drugačije standarde pri ocjeni osnovanosti tužbe. Galligan navodi da postoji barem šest bitnih učinaka takve pravne kvalifikacije.²⁶ Prvi je standard odgovornosti, prema kojemu se za ugovornu odgovornost traži dokaz povrede bilo koje obveze na koju su se stranke obvezale ugovorom, dok sudovi kod deliktne odgovornosti traže dokaz subjektivne odgovornosti, tj. krivnje tuženika ili objektivne odgovornosti (primjerice, kod odgovornosti za neispravan proizvod).²⁷ Kao drugo, rokovi za podizanje tužbe različiti su ovisno o tomu poziva li se na ugovornu ili izvanugovornu odgovornost, što ima važne procesne posljedice. U američkom pravu, rokovi za pozivanje na deliktnu odgovornost znatno su kraći.²⁸ Kao treće, pojavljuje se i pitanje jurisdikcije, tj. mjesne nadležnosti sudova. Naime, prema američkom pravu, u slučaju ugovorne odgovornosti, nadležan je sud prema tuženikovom prebivalištu ili sjedištu. S druge strane, u slučaju deliktne odgovornosti, nadležan je sud ili prema mjestu počinjenja deliktne čina ili prema mjestu gdje je tužitelj pretrpio štetu, što će u većini slučajeva biti upravo mjesto prebivališta ili sjedišta tužitelja. Takav će ishod zasigurno olakšati tužitelju podnošenje tužbe u smislu troškova i organizacije.²⁹ Kao četvrto, zahtjevi i standardi suda za naknadu štete razlikuju se ovisno o kakvoj odgovornosti se radi. Primjerice, američki sudovi će kod deliktne odgovornosti ustanoviti odgovornost tuženika i ako je došlo do štete koju se nije moglo predvidjeti, dok se kod ugovorne traži da je tuženiku šteta bila predvidiva.³⁰ Kao peto pojavljuje se i pitanje argumenata kojima se tužitelj brani ovisno o vrsti odgovornosti za koju ga se tuži. Pa se tako navodi da će u slučajevima ugovorne odgovornosti, tuženik u pravilu isticati prigovore pristanka i pretpostavljenog rizika koji je morao postojati na strani tužitelja. U slučaju deliktne odgovornosti, u pravilu će se pozivati na nepažnju (*negligence*) tužitelja zbog čega je i došlo do štetnog događaja.³¹ Kao šestu glavnu razliku, Galligan navodi slobodu stranačke volje koja je u najvećoj dopuštenoj mjeri prisutna u ugovornim odnosima, ali u potpunosti izostaje kod deliktne čina kod kojih nema pristanka stranaka.³²

26 Galligan Jr., Thomas C.: *Contortions Along the Boundary Between Contracts and Torts*, 69 Tul. L. Rev. 457, 462-63 (1994).

27 Ibid., str. 463.

28 Ibid., str. 464.

29 Ibid., str. 465.

30 Ibid., str. 469.

31 Ibid., str. 473.

32 Ibid., str. 474.

Dakle, pitanje treba li povredu društva kćeri kvalificirati kao ugovornu ili izvanugovornu ima dalekosežne posljedice. Koje bi rješenje bilo najbolje, stvar je taktike i procjene konkretnih okolnosti. U radu će se nadalje analizirati teorije koje se vezuju uz odgovornost društva majke za ugovorne obveze društva kćeri.

ba) Tradicionalna teorija podizanja korporativnog vela

Tradicionalna teorija podizanja korporativnog vela najviše se razrađuje u teoriji te ju američki sudovi najviše i koriste. Tijekom prakse, razvila su se tri glavna kriterija koje sudovi ispituju i primjenjuju kako bi ustanovili jesu li ispunjeni uvjeti za odgovornost društva majke.

Prvi je kriterij, je li društvo kćer ovisno, bilo formalnopravno ili faktički, ili pak samostalno upravlja svojim poduzećem.³³ Pri tomu sudovi ispituju ima li društvo majka kontrolu nad svakodnevnim poslovanjem i donošenjem odluka društva kćeri. Na taj način proboj pravne osobnosti mogao bi se gledati i kao jedan vid kazne jer društvo kćer nema one pravne i faktične značajke koje bi trebalo imati, pri čemu se kažnjava društvo majku koja kao osnivač društva, nije ispunila svoju zadaću osnivanja pravno i faktično samostalnog društva.³⁴

Još je 1931. godine, Powell ustvrdio postojanje jedanaest kriterija koji služe utvrđivanju stupnja ovisnosti i kontrole društva majke nad društvima kćeri prema kojima bi sudovi trebali ustanoviti proboj pravne osobnosti.³⁵ Tužitelj koji zahtijeva da sud ustanovi proboj pravne osobnosti obavezan je dokazati kumulativno postojanje više navedenih kriterija, pri čemu se traži postojanje većine, ali ne i svih navedenih kriterija. Ti su kriteriji da društvo majka drži sve ili većinu dionica/udjela u društvu kćeri, da društvo majka i društvo kćer imaju zajedničke direktore, da društvo majka financira društvo kćer, da društvo kćer nema dovoljno kapitala za podmirenje svojih obveza, da društvo majka podmiruje troškove plaća zaposlenika i gubitka u poslovanju društva kćeri, da društvo kćer ne obavlja druge poslove osim onih koji su u sklopu koncerna, tj. ne obavlja poslove osim onih koje joj društvo majka povjeri, ako društvo majka u svojim postupcima i izjavama označava društvo kćer kao svoju podružnicu ili kao odjel za određeno poslovanje čime ostavlja dojam da financijsku odgovornost zadržava društvo majka, ako društvo majka koristi vlasništvo, tj. imovinu društva kćeri kao svoje, ako direktori društva kćeri ne vode poslove društva samostalno u korist društva kćeri, već su obvezni slijediti upute od društva majke koje mogu biti i štetne za društvo kćer te ako nisu niti ispunjeni formalni pravni zahtjevi društva kćeri.³⁶

33 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil in corporate groups*, 37 Conn. L. Rev., 2005, str. 637. – 675., str. 640.

34 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil...*, str. 630.

35 Powell, J. Frederick: *Parent And Subsidiary Corporations* 9 (1931) u Bakst, S. David: *Piercing the corporate veil for environmental torts in the united states and the European Union: the case for the proposed civil liability directive*, 19 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 323.

36 Loc. cit.

Američki sudovi u tolikoj mjeri rabe ove kriterije, da se više ni ne navodi Powell kao njihov autor, već se tretiraju kao općeprihvaćeni kriteriji za ocjenu ovisnosti među društvima.³⁷

Drugi kriterij jest da se traži da društvo majka svojim postupcima zlorabotrebjava (*wrongful conduct*) svoj položaj, tj. da se služi prijevornim (*fraud*) i nepravednim postupcima unutar grupe društva, čime su oštećene treće osobe – vjerovnici.³⁸ Međutim, ovaj je kriterij gotovo napušten te se više za uspostavljanje proboja pravne osobnosti u pravilu ne traži prijevorno ponašanje društva majke.³⁹

Treći kriterij zahtijeva da su postupci društva kćeri uzrokovali štetu tužitelju.⁴⁰

Iznimno su zanimljivi podatci empirijskih studija u kojima se vidi postotak slučajeva te najčešći razlozi zbog kojih su sudovi ustanovili proboj pravne osobnosti. Tako je Thompson⁴¹ u svojoj empirijskoj studiji ustanovio da su sudovi dopuštali proboj pravne osobnosti u 40% slučajeva. Presude navode najčešće, tzv. „*instrumentality*“, „*alter ego*“, „*sham*“, „*alias*“, „*denunding*“ i „*dummy company*“ kao razloge za proboj pravne osobnosti, pod čime američki sudovi smatraju da je položaj zavisnog društva takav da postoji samo za obavljanje poslova društva majke, koja ga u potpunosti kontrolira, a pritom se koristi činjenicom da kao dioničar društva ne odgovara za njegove obveze.⁴² Sljedeći razlozi koji se najčešće spominju tiču se tzv. potkapitalizacije društva (*undercapitalization*).⁴³ Preneseno na hrvatsko pravo, to bi mogao biti slučaj kada se u društvo kao ulog unesu stvari i prava, pri čemu se javlja pitanje utvrđivanja njihove stvarne vrijednosti te davanja primjerenog udjela u društvu na temelju takvog uloga.⁴⁴ Posljedica potkapitalizacije je da društvo

37 Presser, B. Stephen: *Piercing The Corporate Veil* § 1.03[4] (1993) u Bakst, S. David: *Piercing the corporate veil for environmental torts...*, op. cit., str. 334.

38 Loc. cit.

39 Ipak, u nekim sudskim odlukama upravo je izostanak prijevornog ponašanja društva majke bio ključan da bi sud ustvrdio da neće dopustiti proboj pravne osobnosti. Primjerice, to je slučaj *Consumer's Co-op v. Olsen*, 419 N.W.2d 211, 212 (Wis. 1988). U tom slučaju društvo kćer nije moglo vraćati kredit koje je dobilo. Usprkos tome, vjerovnik mu je odobrio novi, dodatni kredit, iako društvo i dalje nije vraćalo prvotni kredit. Zapravo, umjesto vraćanja kredita, kako se njegovo financijsko stanje pogoršavalo, društvo kćer je sve više financijskih sredstava ulagalo u društvo majku. Međutim, američki sud u tom slučaju nije pronašao da je društvo majka prijevorno postupala, već da je vjerovnik imao na raspolaganju sve informacije kada je donio odluku i o prvom i o naknadno, novom odobrenom kreditu.

40 Ibid., str. 641.

41 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1036.

42 Ibid., str. 1064.

43 Ibid., str. 1066.

44 Hrvatski Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08. i 137/09.) usvojio je čitav set zaštitnih pravila koja su uspostavljena da bi se osiguralo da vrijednost stvari i prava uloženi u društvo zaista i odgovara navedenoj vrijednosti. Bez ulaznja u sve zaštitne mehanizme, ipak valja istaknuti solidarnu odgovornost osnivača i članovima društva i vjerovnicima za počinjenu štetu ako s nakanom ili s grubom nepažnjom oštete društvo ulogom u stvarima i pravima (čl. 191. ZTD-a). Također, iznimno je bitna i revizija osnivanja ako se prilikom osnivanja u društvo kao ulog ulažu stvari i prava (čl. 182. ZTD-a). Također, to obuhvaća i slučajeve u kojima se izvlače sredstva iz društva, nakon što je društvo već osnovano, što ima za posljedicu da društvo više nema sredstava za

nema dostatno imovine i sredstava da podmiri svoje obveze prema vjerovnicima. Ovaj se razlog često spominje u američkoj pravnoj znanosti, gdje neki autori čak idu tako daleko da zastupaju stajalište da bi sudovi, u svim slučajevima u kojima dođe do potkapitalizacije društva, trebali dopustiti proboj pravne osobnosti, posebice kada se radi o deliktnoj odgovornosti društva kćeri⁴⁵. To se, međutim ne ostvaruje u praksi. Zapravo prema Thompsonu, potkapitalizacija je kao razlog proboja pravne osobnosti bila prepoznata u samo otprilike 19% slučajeva.⁴⁶

Iako se najčešće primjenjuje⁴⁷, ova se teorija nalazi pod izrazitom kritikom. Glavna je kritika da su sudovi uspostavili apstraktne kriterije za njenu primjenu, što praktički dovodi do toga da je sudovima dana diskrecijska ovlast u primjeni ove doktrine na pojedine slučajeve.⁴⁸ Naime, navodi se da sudovi rabe termine kao što su „*alter ego*“ (smatra se da se izvorno ovaj termin odnosio na odnos društva i njegovih dioničara), „*instrumentality*“ (smatra se da se ovaj termin više odnosi na odnos između društva majke i društva kćeri) i druge, kao argumente za donošenje svojih presuda, ali koje ne razrađuju te se ne zna koji kriteriji zapravo stoje iza primjene tih termina.⁴⁹ Pozivanje sudova na postojanje tih kriterija počelo se nazivati „metaforičnim dokazima“, koji su upravo zbog toga i oštro kritizirani. Najpoznatija kritika je ona koju je iznio sudac Cardozo, u kojoj navodi da se metafore u pravu

redovno poslovanje. Po pitanju potkapitalizacije, Barbić razlikuje nominalnu i materijalnu potkapitalizaciju. Više o tomu u Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 305. Također, potkapitalizacija se još dijeli i na jednostavnu i kvalificiranu. Više o tome u: Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999, v. 20, br. 2, str. 777. Također vidi: Jelinić, S., Akšamović, D.: *O proboju pravne osobnosti (piercing the corporate veil)*, *Pravo u gospodarstvu*, 48/2, 2009, str. 560-564, Brnabić, R.: *Proboj pravne osobnosti u joint-venture odnosima*, *Pravo u gospodarstvu*, 49 (3), 2010, str. 709.

45 Campbell, B. Rutheford: *Limited Liability for Corporate Shareholders: Myth or Matter-of-fact*, 63 KY. L.J. 23, 53 (1975); Berle, A. Berle: *The theory of enterprise entity*, 47 Colum. L. Rev. 343, 345 (1947) u Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1065.

46 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1066.

47 Mnogi slučajevi pozivaju se na teoriju podizanja korporativnog vela. Kao vodeći slučaj navodi se *FMC Finance Corp. v. Murphree*, 632 F.2d 413, 416 (5th Cir. 1980). Slučaj se odnosio na grupu društava koju su tvorili društvo majka i dvoje društava kćeri. Društvo majka bilo je proizvođač autobusa koje je autobuse davalo u najam jednom društvu kćeri. Troškove najma financiralo je drugo društvo kćer, što znači da je društvo kćer koje je uzelo autobuse u najam bilo obvezno plaćati najam upravo tom drugom društvu kćeri. Kada je društvo kćer prestalo plaćati najam, postavilo se pitanje je li društvo majka odgovorno za podmirenje tih obveza. Sud je u tom slučaju uspostavio odgovornost majke društva za obveze društva kćeri. Slično rješenje usvojeno je i u slučaju *Norhawk Investments, Inc. v. Subway Sandwich shops, Inc.*, 811 P.2d 221 (Wash. Ct. App. 1991). Dakle, u središtu je zabluda trećih osoba da ugovor sklapaju s društvom majkom umjesto s društvom kćeri, ili ako društvo majka daje jamstvo da će društvo kćer ispuniti svoju obavezu.

48 Loc. cit.; McChesney, Cf. Fred S.: *Contractarianism Without Contracts? Yet Another Critique of Eisenberg*, 90 Colum. L. Rev. 1332, 1336 (1990).

49 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study*, Cornell Law Review, 1991., str. 1036.

trebaju vrlo oprezno motriti, jer premda se početno rabe kako bi oslobodile misao, često završe kao instrumenti koju tu istu misao opterećuju i porobljavaju.⁵⁰

Na to se nadovezuje i problem nedosljednosti sudskih odluka. Jedna od najcitiranijih kritika jest tvrdnja da je proboj pravne osobnosti u američkoj sudskoj praksi kao munja, rijedak, opasan i bez principa.⁵¹ Iz tih su se razloga neki autori čak zalagali da se teorija podizanja korporativnog vela u potpunosti napusti.⁵² Drugi se autori zalažu za manje radikalno rješenje, a to je da se ova teorija kodificira, čime bi kriteriji za njenu primjenu bili jasni.⁵³

Također, u američkoj sudskoj praksi zabilježeni su i slučajevi u kojima su sudovi pogrešno primijenili kriterije za uspostavljanje proboja pravne osobnosti. Primjerice, u jednom je slučaju sud pogrešno ustanovio da je za ocjenu činjenice je li društvo majka potkapitalizirala društvo kćer, tj. je li izvukla imovinu iz društva kćeri, mjerodavan samo trenutak osnivanja društva.⁵⁴ Međutim, do izvlačenja imovine može doći i nakon osnivanja društva, kada se najčešće i događa prijenosom dobiti na društvo majku kroz primjerice preuzimanje njenih dugova i drugo. Stoga je ovakvo formalističko stajalište da se radi samo o trenutku osnivanja društva neutemeljeno.

Isto tako, zabilježen je i slučaj kada je američki sud odbio dopustiti proboj pravne osobnosti jer je društvo majka dalo garanciju vjerovniku da će društvo kćer ispuniti svoju obvezu.⁵⁵ Sud je u tom slučaju smatrao da proboj pravne osobnosti ne dolazi u obzir, jer je i putem garancije uspostavljena odgovornost društva majke za određenu obvezu društva kćeri. Prema Thompsonu, situacije kada društvo majka daje garanciju za društvo kćer ne bi se trebale smatrati da pobijaju primjenu podizanja korporativnog vela, već upravo suprotno, da ju podupiru.⁵⁶ U prilog svojoj tvrdnji, Thompson navodi primjer kada društvo majka garanciju za izvršenje obveze da samo jednome vjerovniku, dok drugim vjerovnicima društva kćeri ne. Time su drugi vjerovnici stavljeni u bitno lošiji položaj. Uspostavljanjem proboja pravne osobnosti vjerovnik kojemu je dana garancija ne bi bio time oštećen, jer garancija bi i dalje bila valjana, a drugim vjerovnicima bi se omogućilo pravo da namire

50 *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926). Citat izvorno glasi: „[m]etaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it.“

51 Izvornik glasi: „Piercing' seems to happen freakishly. Like lightning it is rare, severe, and unprincipled.“ Citat se nalazi u Easterbrook, H. Frank & Fischel, R. Daniel: *Limited liability and the Corporation*, 52 U. Chi. L. Rev 89 (1985).

52 Bainbridge, Stephen M.: *Abolishing Veil Piercing*, 26 J. Corp. L. 479 (2001); Michael, Douglas C.: *To Know a Veil*, 26 J. Corp. L. 41 (2000).

53 Huss, Rebecca J.: *Revamping Veil Piercing for All Limited Liability Entities: Forcing the Common Law Doctrine into the Statutory Age*, 70 U. Cin. L. Rev. 95, 96 (2001); Matheson, John H. & Eby, Raymond B.: *The Doctrine of Piercing the Veil in an Era of Multiple Limited Liability Entities: An Opportunity to Codify the Test for Waiving Owners' Limited-Liability Protection*, 75 Wash. L. Rev. 147, 152 (2000).

54 *Consumer's Co-op v. Olsen*, 419 N.W.2d 211, 217-18 (Wis. 1988).

55 *Baatz v. Arrow Bar*, 452 N.W.2d 138, 141 (S.D. 1990).

56 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil...*, str. 631.

svoja potraživanja pod uvjetom da su ispunjeni svi kriteriji za primjenu teorije podizanja korporativnog vela. Dakle, ciljevi garancije i proboja pravne osobnosti nisu u sukobu, te nije opravdano stajalište da se međusobno isključuju. Postojanje garancije za izvršenje obveze može biti samo dodatni dokaz postojanju povezanosti između dva društva.

Međutim, upravo se neki od navedenih nedostataka navode kao i prednosti ove teorije. Mnogi autori smatraju da unatoč apstraktnosti kriterija za primjenu ove doktrine, sudovi ju pravilno primjenjuju slijedeći svoj istančani dobar sudački osjećaj.⁵⁷ Iako zvuči zbunjujuće, postoji mišljenje da upravo diskrecijski pristup sudova omogućava da se i u specifičnim slučajevima zaštite stranke. Odnosno, da se omogućiti da treće stranke koje sklapaju ugovore s društvima kćerima ostvare svoja prava iz ugovora, i to upravo s onom strankom s kojom su i smatrale da su sklopile posao, a to je društvo majka.⁵⁸ Naime, pitanje s kojim društvom unutar grupe su treće osobe smatrale da su sklopile ugovor jedan je od glavnih razloga podizanja korporativnog vela. Tipičan primjer krivog predstavljanja društva majke i dovodenja trećih strana u zabludu je slučaj kada treća strana pregovara s društvom majkom, a na kraju sklopi ugovor s društvom kćeri, iako je bilo pogrešno navedeno da je ugovor sklopljen s društvom majkom.⁵⁹ U takvim slučajevima redovito društvo kćer ima manje sredstava i mogućnosti da ispuni svoju ugovornu obvezu, čime se treća strana dovodi u nepovoljniji položaj, nego što bi bila da je ugovor zaista i sklopila s društvom majkom.

Tipični slučajevi kada se uspostavlja odgovornost društva majke su i kada ono sustavno izvlači imovinu iz društva kćeri, čime onemogućuje da društvo kćer ispuni svoju ugovornu obvezu.⁶⁰ To se čini prijevarnim prijenosom imovine, smanjenjem imovine društva, ugovorom kojim se društvo kćer obvezuje preuzeti i ispuniti dug društva majke, isplatom pretjeranih dividendi čime se znatno otežava daljnje poslovanje društva kćeri i drugo.⁶¹ Takvo ponašanje nije u skladu s načelom

57 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil: an empirical study*, op. cit., str. 1037; Latty, R. Elvin: *The Corporate Entity as a Solvent of Legal Problems*, 34 Mich. L. Rev. 597, 621-30 (1936); Blumberg, I. Phillip, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, 15 Del. J. Corp. L. 283, 328 (1990); Berle, A. Adolf *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Colum. L. Rev. 343, 345 (1947).

58 Strasser, A. Kurt, *Piercing the veil...*, op. cit., str. 650.

59 Ibid., str. 652. Također, više o tome u Thompson, B. Robert, *Piercing the Corporate Veil...*, str. 628.

60 Ibid., str. 654.

61 Ibid., str. 655. Takvi slučajevi loše poslovne prakse, zabilježeni su u američkoj sudskoj praksi. Primjerice, slučaj *Eagle Air, Inc. v. Corroon & Black Dawson & Co.*, 648 P.2d 1000 (Alaska 1982). U tom je slučaju društvo majka primalo zajmove od svoja dva društva kćeri, a zajmove je davalo i jedno društvo kćer drugome, tj. društvu sestri. Kada jedno od društava kćeri više nije moglo ispunjavati svoje obveze, sud je pronašao odgovornima i društvo majku i društvo sestru. Tipičan je slučaj i *K. C. Roofing Ctr. v. On Top Roofing, Inc.*, 807 S.W.2d 545, 547 (Mo. Ct. App. 1991). U tom je slučaju društvo majka osnovalo više društava kćeri, kojima je delegirala pojedine poslove u obavljanju glavne djelatnosti društva majke, a to su bili poslovi vezani uz pokrivanje kuća krovovima. Dobit društava kćeri ulagala se u izgradnju zgrade koja je bila sjedište društva majke te na visoka primanja njenih zaposlenika. Istodobno, vjerovnici

savjesnosti i poštenja koji se traži od ugovornih stranaka, te uspostavljanje proboja pravne osobnosti u tim slučajevima omogućava i sankciju za nepoštivanje toga temeljnog načela ugovornih odnosa.

bb) Pojednostavljena teorija podizanja korporativnog vela

Pojednostavljenje u odnosu na tradicionalnu teoriju je da sudovi svoje odluke o proboju pravne osobnosti ne temelje više na tri kriterija, već na temelju samo jednog kriterija. Pa tako sudovi najčešće koriste kriterije samostalnosti društva kćeri u vođenju društva ili prijevernog postupanja društva majke ili samo formalno navode da ispituju sva tri kriterija, dok detaljno ispituju samo jednog od njih.⁶² Takve se presude uobičajeno temelje na značajnim, odlučujućim činjenicama, kao što bi bila činjenica da je društvo kćer ovisno o društvu majci.⁶³ Kao najjači dokazi takve ovisnosti smatraju se činjenice da društvo kćer nema svojih zaposlenika niti od društva majke odvojenih sredstava za rad.⁶⁴ Vežano uz prijeverno ponašanje društva majke, nema zatvorene liste primjera takvog ponašanja, što je logično. Ipak, neki se uzorci ponavljaju. To je primjerice izbjegavanje postojećih obveza društva majke, pogriješno prikazivanje imovine društva namijenjene za ispunjenje ugovornih obveza, izvlačenje imovine iz društva koje je pravni titular u određenom ugovornom odnosu u kojemu je preuzeo neku obvezu i dr.⁶⁵

bc) Alternativne teorije

Alternativne teorije razvijale su se uz bok tradicionalne teorije podizanja korporativnog vela, od koje se razlikuju po tomu što su ih sudovi primjenjivali u slučajevima kada se stranke nisu pozivale na tradicionalnu teoriju ili kada se na činjenice pojedinačnih slučajeva teorija podizanja korporativnog vela nije mogla primijeniti.⁶⁶ To su teorija jednog poduzeća (*enterprise theory*) i teorija zastupanja i kvazizastupanja (*agency* ili *quasi-agency theory*). Važno je primijetiti da, iako ove teorije slijede logiku tradicionalne teorije podizanja korporativnog vela, na nju se ne pozivaju, već naglasak stavljaju na veliki stupanj kontrole društva majke nad društvom kćeri koji se očituje bilo u ekonomskoj povezanosti bilo preslikavanjem pravnih odnosa iz zastupanja na odnos između ta dva društva.

društava kćeri nisu se imali od čega namiriti. U tom je slučaju sud dopustio proboj pravne osobnosti, te ustanovio odgovornost društva majke za obveze društva kćeri prema njenim vjerovnicima.

62 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil...*, op. cit., str. 643.

63 Loc. cit.

64 *Middendorf v. Fuqua Indus., Inc.*, 623 F.2d 13, 17 (6th Cir. 1980); *Del Santo v. Bristol County Stadium, Inc.*, 273 F.2d 605, 608 (1st Cir. 1960).

65 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil...*, op. cit., str. 643.

66 *Ibid.*, str. 646.

bca) Teorija jednog poduzeća

Ova se teorija odnosi na slučajeve u kojima se unutar grupe društava javlja samo jedno poduzeće, tj. u kojima pojedina društva koja čine grupu društava nemaju svoja odvojena poduzeća, već sva sudjeluju u vođenju samo jednog poduzeća.⁶⁷ U procjeni može li doći do proboja pravne osobnosti, u pravilu se u okviru ove teorije ne traži uvjet da društvo majka prijevarno postupi, već je dostatno ustanoviti da su društva povezana jedinstvenim poduzećem. Dakle, naglasak je stavljen na funkcionalnu, a ne formalnopravnu povezanost. Na taj način se ova teorija približava već opisanoj teoriji podizanja korporativnog vela na temelju samo jednog kriterija. S obzirom na to da ova teorija u središte stavlja poduzeće, u okviru nje se ne raspravlja o pitanju odvojene odgovornosti društva majke kao dioničara za obveze društva kćeri, već se samo traži da društva imaju jedno poduzeće.⁶⁸ Nedvojbeno je da ova teorija rabi prilično jednostavni i lako primjenjivi kriterij za uspostavljanje proboja pravne osobnosti. Međutim, u praksi se nije razvila do te mjere da bi mogla zamijeniti primjenu tradicionalne teorije podizanja korporativnog vela s njena tri kriterija.

Vezano uz teoriju jednog poduzeća, pojavljuje se i jedinstvena odgovornost društava u grupi za neispravan proizvod koji je proizveden u zajedničkom poduzeću. Zajednička odgovornost logična je posljedica razmatranja da je proizvod proizveden u jedinstvenom poduzeću. To posebice obuhvaća slučaj odgovornosti društva majke za neispravan proizvod koji je proizvelo njeno društvo kćer. U tom je slučaju nebitno je li društvo majka distribuiralo taj proizvod ili ne.⁶⁹

bc) Teorija zastupanja i kvazizastupanja

Glavna razlika ove teorije u odnosu na teoriju jednog poduzeća jest da sudovi stavljaju naglasak upravo na formalnopravnu razdvojenost društava, u okviru čega se društvo kćer tretira kao zastupnik (*agent*) društva majke.⁷⁰ U anglosaksonskom pravu, *agency* se definira kao ugovor između dviju strana, prema kojem jedna strana daje punomoć drugoj da ju zastupa, te da u njeno ime poduzima pravne radnje koje će obvezivati zastupanu stranku.⁷¹ Međutim, odnos između društava u pravilu nije odnos zastupanja u formalnopravnom smislu. Pokušaj zasnivanja odgovornosti

67 Loc. cit.

68 Ibid., str. 647.

69 Loc. cit.

70 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil...*, op. cit., str. 648. Jedan od slučajeva u američkoj sudskoj praksi jasno demonstrira kako američki sudovi primjenjuju ovu teoriju. Naime, radi se o slučaju Solar International shipping Agency v. Eastern Proteins Export, Inc., 778 F.2d 922, 925 (2d Cir. 1985). Obje kompanije je u potpunosti posjedovao zajednički osnivač, te je sud pronašao da je upravo taj osnivač odgovoran za obveze kompanija iz razloga što je djelovao kao njihov neskriveni principal, dok su te kompanije bile njegovi zastupnici. Bez sumnje, iako je sud putem teorije kvazizastupništva uspostavio odgovornost osnivača, obrazloženje te presude zapravo počiva na tradicionalnoj teoriji podizanja korporativnog vela.

71 Loc. cit.

društva majke za obveze društva kćeri primjenom odnosa iz zastupanja ima dobru podlogu u činjenici da društvo majka kontrolira i daje obvezujuće upute društvu kćeri, pri čemu je društvo kćer obvezna postupati po dobivenim uputama. Ako je društvo kćer obvezno postupati po dobivenim uputama, tada se opravdano postavlja pitanje može li se uopće smatrati da društvo kćer pravne poslove sklapa za svoj račun. Radi održanja ravnoteže u odnosima prava i obveza pojedinih strana, u odnosu zastupanja, smatra se da takvi pravni poslovi ne obvezuju zastupnika, već zastupanu osobu pod uvjetom da je zastupnik djelovao u okviru dobivenih ovlaštenja. Upravo se teorijom zastupanja i kvazizastupanja željelo pronaći takav pravni put da se ustanovi da je društvo majka ugovorna strana koja je preuzela prava i obveze, dok je društvo kćer samo djelovalo u svojstvu zastupnika.

Ova se teorija razlikuje od tradicionalnih kriterija za podizanje korporativnog vela po tome što se ne traži dokazivanje prijevarnog postupanja društva majke prema trećim osobama, te se radi o teoriji koja već na temelju postojanja jednoga kriterija uspostavlja odgovornost društva majke.⁷²

3. PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI U PRAKSI EUROPSKOG SUDA

U Europskoj uniji (dalje u tekstu: EU), odgovornost društva majke za obveze društva kćeri u najvećem se opsegu razrađuje u okviru prava tržišnog natjecanja. U radu će se kroz *case law* Europskog suda⁷³ (dalje u tekstu: ECJ), analizirati kriteriji koji su uspostavljeni za uspostavu proboja pravne osobnosti društva kćeri u domeni tržišnog natjecanja.

Kao prvi slučaj u kojemu ECJ uspostavlja ekonomsku povezanost društva kao kriterij za proboj pravne osobnosti u domeni prava tržišnog natjecanja, navodi se slučaj *Christiani* iz 1969.⁷⁴ U tom je slučaju ECJ utvrdio da pravila tržišnog natjecanja u smislu čl. 85. st. 1. Sporazuma EEA nisu povrijeđena. Naime, radilo se o dva društva, u kojemu je jedno od društava bilo majka – *Christiani & Nielsen AS* sa sjedištem u Danskoj (dalje u tekstu: društvo majka), a drugo je bilo društvo kćer – *Christiani & Nielsen NV* sa sjedištem u Nizozemskoj (dalje u tekstu: društvo kćer). Društvo majka *Christiani* osnovalo je društvo kćer, te je bila 100%-ni imatelj njenih dionica. U konkretnom slučaju sporan je bio sporazum između ta dva društva kojim se društvo kćer obvezalo da neće obavljati djelatnosti društva izvan Nizozemske bez pristanka društva majke. Takvi su sporazumi o podjeli tržišta nedopušteni. Stoga je ključno pitanje bilo treba li se ta dva društva tretirati kao dva odvojena društva, u kojem će slučaju takav sporazum biti štetan i nedopustiv ili se radi o jednome društvu, unutar kojega bi takav sporazum bio dopustiv.

⁷² Ibid., str. 649.

⁷³ European Court of Justice.

⁷⁴ Slučaj 69/195/CEE, 69/195/CEE: Decisione della Commissione, del 18 giugno 1969, relativa a una domanda di attestazione negativa (fascicolo IV/22.548 - *Christiani & Nielsen*), Gazzetta ufficiale n. L 165 del 05/07/1969 pag. 0012 – 0014, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31969D0195:IT:HTML>.

Kao prvi korak, ECJ je potvrdio da se formalnopravno radi o dva odvojena društva. Čak niti činjenica da je društvo majka bila 100%-ni imatelj dionica društva kćeri nije utjecala na takav zaključak. Međutim, drugi argumenti, točnije četiri glavna argumenta, koji su svjedočili o ekonomskoj povezanosti tih dvaju društava, doveli su ECJ do zaključka da se u ovome slučaju ipak radi o jednome društvu, tj. da se spomenuti sporazum treba tretirati kao sporazum unutar jednoga društva, a ne kao sporazum između dva odvojena društva.

To su bili sljedeći argumenti. Kao prvo, ECJ je smatrao da nije zadovoljen uvjet da je između dva društva postojala tržišna konkurencija, što se traži da bi se primijenio čl. 85. Sporazuma EEA. Nepostojanje konkurencije vidi se iz činjenice da društvo kćer nije moglo poduzimati autonomne, tj. samostalne odluke bez pristanka ili upute društva majke. Na taj način društvo kćer nije moglo biti konkurentno društvu majci, zbog čega između ta dva društva nije ni mogao postojati sporazum koji bi ograničavao tržišnu utakmicu između njih.

Kao drugo, ECJ je smatrao da je u konkretnom slučaju osnivanje društva kćeri bilo zapravo ekonomska strategija društva majke, tj. širenje na tržištu, gdje pravi cilj nije bio osnivanje društva koje će predstavljati samostalnu ekonomsku cjelinu, već samo produžetak ekonomske politike i tržišnih potreba društva majke.

Kao treće, ECJ je pronašao ključnim činjenice da je društvo majka imala pravo imenovati direktore društva kćeri i da je imala pravo davati obvezujuće upute upravi društva kćeri.

Kao četvrto, kao prilog ekonomskoj povezanosti tih dvaju društava, ECJ je iznio i argument da je između društava postojao sporazum o izmjeni podataka, izuma, *know-how* i trajnoj suradnji između ta dva društava.

S obzirom na gore izneseno, ECJ je donio zaključak da pravila tržišnog natjecanja nisu narušena jer se u ovome slučaju radilo o jednome poduzeću, te se radnje društva kćeri trebaju tretirati kao radnje društva majke. Na taj način došlo je do proboja pravne osobnosti u društvu kćeri.

Drugi je značajan slučaj iz područja tržišnog natjecanja u kojemu je sud potvrdio da se gore navedeni kriteriji moraju ispuniti da bi došlo do proboja pravne osobnosti slučaj *Dyestuffs* iz 1972. godine.⁷⁵ Činjenice slučaja su sljedeće. Komisija je na vlastitu inicijativu 31. svibnja. 1967. godine pokrenula postupak za utvrđivanje povrede tržišnog natjecanja protiv čak sedamnaest proizvođača bojila (*dyestuffs*), od kojih su neki imali sjedište u EU, a neki izvan EU-a.⁷⁶ Razlog zašto je Komisija pokrenula taj postupak je povećanje cijene bojila koju su istovremeno podigli svi postupkom obuhvaćeni proizvođači na području EU-a. Nakon provedenog postupka, Komisija je ustanovila da se zaista i radilo o tzv. usklađenom djelovanju (*concerted practices*), što predstavlja povredu poštenog tržišnog natjecanja. Kao posljedicu, Komisija je svim obuhvaćenim tuženicima odredila novčanu kaznu.

75 Judgment of the Court of 14 July 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Case 48-69, European Court reports 1972 Page 00619 – 00664, (dalje u tekstu *Dyestuffs case*), dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0048:EN:PDF>.

76 *Dyestuffs case*, para. 7., str. 649.

Protiv takve odluke Komisije, ECJ-u je žalbu podnio jedan od kažnjenih proizvođača – *Imperial Chemical Industries Ltd.* koji je imao sjedište izvan EU-a.⁷⁷ Pored meritornih žalbi, za pitanje proboja pravne osobnosti, najzanimljivija je žalba na nadležnost, u kojoj je podnositelj žalbe tvrdio da Komisija nije imala nadležnost da mu odredi kaznu zbog toga što se sporna radnja za koju je kažnjen, tj. podizanje cijene kao posljedica usklađenog djelovanja, dogodila izvan tržišta EU-a, a osporavao je i zaključak Komisije da je imao utjecaj na podizanje cijene na tržištu EU-a.⁷⁸ Pri ocjeni ove tvrdnje, ECJ je smatrao da je najvažnije odrediti jesu li osporene radnje podnositelja žalbe imale izravan učinak na tržištu EU-a. Nepobitna je činjenica da se cijena bojila povećala i na tržištu EU-a. Pri ocjeni je li podnositelj žalbe izravno utjecao na to, ECJ je pozitivno odgovorio.

Naime, ECJ je ustvrdio da je podnositelj žalbe bio društvo majka u odnosu na više od jednog društava kćeri sa sjedištem u EU, a koje su također prodavale bojilo na tržištu EU. Glavni argument ECJ-a bio je da je podnositelj žalbe imao pravo kontrole i davanja obvezujućih uputa svojim društvima kćerima, zbog čega je mogao osigurati da se njegova odluka o podizanju cijena provede i na tržištu EU-a kroz njegova društva kćeri.⁷⁹ ECJ je smatrao da je time radnja podnositelja žalbe, iako učinjena izvan tržišta EU-a, izravno utjecala i na tržište EU-a.

Podnositelj žalbe protivio se ovakvom argumentu, tvrdeći da ECJ ne može ponašanje društava kćeri pripisati društvu majci, već da se radnje društava kćeri trebaju smatrati kao odvojene radnje, neovisne o njemu. Svoj argument temeljio je na činjenici da se radi o formalnopravno odvojenim društvima.⁸⁰ ECJ se nije složio. Razrađujući kriterije za uspostavu proboja pravne osobnosti, ECJ je krenuo od tvrdnje da činjenica da društvo kćer ima odvojenu pravnu osobnost nije dostatna da se isključi odgovornost društva majke.⁸¹ To posebice vrijedi ako društvo kćer nije neovisno u donošenju odluka, već je obvezno postupati po uputama društva majke.⁸² U tom se slučaju društvo kćer ne može smatrati odvojenom ekonomskom cjelinom, te se radnje društava kćeri mogu smatrati kao radnje društva majke.⁸³ U konkretnom slučaju, ECJ je potvrdio da je društvo – podnositelj žalbe imao prevladavajući utjecaj nad društvima kćeri, zbog toga što je imalo pravo davanja obvezujućih uputa upravama društava kćeri, te da se radnje društava kćeri mogu izjednačiti s radnjama podnositelja žalbe. Na taj način je nadležnost Komisije potvrđena, jer se može

77 *Dyestuffs case*, para. 10., str. 649.

78 *Dyestuffs case*, para. 125., str. 661. Izvorno glasi “The applicant, whose registered office is outside the Community, argues that the commission is not empowered to impose fines on it by reason merely of the effects produced in the Common Market by actions which it is alleged to have taken outside the community.”

79 *Dyestuffs case*, para. 130., str. 662.

80 *Dyestuffs case*, para. 131., str. 662.

81 *Dyestuffs case*, para. 132., str. 662.

82 *Dyestuffs case*, para. 133., str. 662. Izravno glasi: „Such may be the case in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company.“

83 *Dyestuffs case*, para. 135., str. 662.

ustvrditi da je društvo – podnositelj žalbe, iako sa sjedištem izvan EU-a, izravno sudjelovalo u nedopuštenom usklađenom djelovanju na tržištu EU-a.⁸⁴

Pored ovih kriterija, ECJ je razvio i jednu iznimno važnu zakonsku presumpciju u recentnijim slučajevima kao što su *General Química SA and Others v European Commission* iz 2011.,⁸⁵ *Alliance One International and Others v Commission* iz 2010.,⁸⁶ *Akzo Nobel and Others v Commission* iz 2009.,⁸⁷ *Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission of the European Communities* iz 2000.,⁸⁸ *AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities* iz 1983.⁸⁹ i dr. Naime, ECJ je ustvrdio da će se u slučajevima kada je društvo majka 100%-ni, tj. jedini imatelj dionica/udjela u društvu kćeri smatrati da je izvršilo odlučujući utjecaj na društvo kćer, zbog čega će se povreda tržišnog natjecanja društva kćeri pripisati društvu majci, te će na taj način doći do proboja pravne osobnosti društva kćeri. Ta je zakonska presumpcija, međutim, oboriva, što znači da društvo majka može dokazivati da nije izvršilo odlučujući utjecaj na društvo kćer. Točnije, društvo majka može dokazivati da je društvo kćer samostalno poduzelo određenu radnju, bez utjecaja i bez dobivene upute od društva majke.⁹⁰ ECJ je čak otišao i korak dalje u tumačenju ove presumpcije, te je izričito naznačio da se za uspostavu odgovornosti društva majke *ne* traži izravno djelovanje društva majke u konkretnoj povredi, već je dostatna činjenica da općenito društvo majka ima odlučujući utjecaj na društvo kćer.⁹¹

84 Dyestuffs case, para. 141., str. 663.

85 Judgment of the Court (First Chamber) of 20 January 2011., Case C-90/09 P., European Court reports 2011 Page 00000, dostupno na: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ydatefe=&no musuel=&domaine=CONC&mots=parent+liability+for+subsidiary&resmax=100>.

86 Case T-24/05: Judgment of the General Court of 27 October 2010, OJ C 346, 18.12.2010, str. 39–39, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:346:0039:0039:EN:PDF>.

87 Case T-175/05: Judgment of the Court of First Instance of 30 September 2009 — Akzo Nobel and Others v Commission, OJ C 282, 21.11.2009, str. 36–36, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:282:0036:0036:EN:PDF>.

88 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 16 November 2000., Case C-286/98 P., European Court reports 2000 Page I-09925, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0286:EN:PDF>.

89 Judgment of the Court of 25 October 1983, Case 107/82., European Court reports 1983 Page 03151, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982J0107:EN:PDF>.

90 Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality*..., op. cit. str. 23.

91 *Akzo Nobel and Others v Commission*, para. 75. Izvorno glasi: “ That argument does not take account of the case-law to the effect that the liability of a parent company for infringements of competition law committed by its subsidiaries may be presumed where that parent company is the sole shareholder in the subsidiary, unless the party challenging the presumption adduces sufficient evidence to rebut it. In addition, the Commission denies that it is clear from its decision-making practice that it used a criterion of direct involvement of the parent company in the infringement to impute liability to the parent company for infringements committed by its subsidiaries.”

Iz toga se može zaključiti da je ECJ u svojoj praksi jasno utvrdio kriterije pod kojima može doći do proboja pravne osobnosti društva kćeri u domeni tržišnog natjecanja. To je prije svega oboriva pretpostavka da će do proboja doći u svim slučajevima kada je društvo majka 100%-ni imatelj dionica/udjela društva kćeri. Ako ta pretpostavka nije zadovoljena, sudovi će analizirati ekonomsku povezanost društava, te ako nađu da se radi o jednome poduzeću, u kojemu društvo majka ima pravo davati obvezujuće odluke društvu kćeri, ustanovit će proboj pravne osobnosti jer društvo kćer ne tvori nezavisnu ekonomsku cjelinu. Takvo shvaćanje ECJ-a povezuje elemente američkih teorija tradicionalnog podizanja korporativnog vela i teorije ekonomske povezanosti.

Posebno je zanimljivo analizirati mogu li se u domeni tržišnog natjecanja, kriteriji ECJ-a za proboj pravne osobnosti svrstati u područje odgovornosti društva majke za deliktne ili za ugovorne povrede društva kćeri. Pri tomu je odlučujuća činjenica da ECJ ne analizira je li u konkretnom slučaju društvo majka počinilo povredu / izdalo određenu uputu ili nije. Dostatno je dokazati takvu ekonomsku povezanost između društava, gdje društvo kćer ne tvori samostalnu ekonomsku cjelinu. Takva praksa odgovara američkoj ugovornoj teoriji odgovornosti društva majke. Kao što je rečeno, u tradicionalnoj teoriji podizanja korporativnog vela, koja se temelji na odgovornosti društva majke za ugovorne povrede društva kćeri, traži se samo dokaz da je društvo kćer ovisno o društvu majci koja ima prevladavajući utjecaj nad njime te da je tužitelju nastala šteta. Kriterij da se mora dokazati da je radnja nastala zbog prijevarnog ponašanja društva majke napušten je u kontekstu ugovorne odgovornosti. Dakle, ECJ proboj pravne osobnosti u domeni tržišnog natjecanja temelji se na ugovornoj odgovornosti društva majke te je dostatno dokazati da društvo majka ima prevladavajući utjecaj.

Za shvaćanje ECJ-a o odgovornosti društva majke na temelju ugovorne ili izvanugovorne odgovornosti društva kćeri, iznimno je značajan slučaj *Freeport plc v Olle Arnoldsson*.⁹² Taj slučaj zorno pokazuje kako ECJ daje znatno manju važnost činjenici temelji li se tužbeni zahtjev na ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti društva kćeri, no što to čine američki sudovi, kojima je upravo to jedno od ključnih pitanja.

Naime, ECJ-u je upućen preliminarni zahtjev za interpretaciju čl. 6. st. 1. Uredbe Bruxelles I,⁹³ a koji se odnosi na jurisdikciju nacionalnih sudova da jednim postupkom obuhvate više tuženika sa sjedištima/prebivalištima u različitim državama članicama EU. Navedeni članak određuje da pravna/fizička osoba, kada je ta osoba jedna od tuženika, može biti tužena u bilo kojoj državi članici EU-a u kojoj jedan od ostalih tuženika ima svoje sjedište/prebivalište, pod uvjetom da su zahtjevi

92 Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 October 2007., *Freeport plc v Olle Arnoldsson*., Case C-98/06., European Court reports 2007 Page I-08319, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0098:EN:PDF>.

93 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, str. 1–23, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF>.

protiv tuženika u toliko bliskoj vezi da je svrhovito odlučiti o tim zahtjevima zajedno kako bi se izbjegao rizik donošenja nepomirljivih tj. različitih odluka kao rezultat provođenja razdvojenih postupaka.⁹⁴ Drugim riječima, ova odredba Uredbe Bruxelles I. dopušta slučaj da se tuženik tuži pred sudom države članice u kojoj on nema svoje sjedište/prebivalište.

U slučaju *Freeport*, tužitelj je podigao tužbu pred nacionalnim sudom u Švedskoj, a protiv *Freeport plc*, društva sa sjedištem u Velikoj Britaniji. *Freeport plc* bio je društvo majka drugom tuženiku, tj. *Freeport Leisure AB* (dalje u tekstu: *Freeport AB*), sa sjedištem u Švedskoj. Tužitelj je o sklapanju posla pregovarao s društvom majkom, koje je za izvršenje svoje obveze osnovalo društvo kćer - *Freeport AB* sa sjedištem u Švedskoj. Kada društvo kćer nije ispunilo svoju obvezu, tužitelj je pred švedskim nacionalnim sudom pokrenuo postupak i protiv društva majke i društva kćeri. Glavni prigovor društva majke bio je da švedski sud nema jurisdikciju nad njim jer se tužbeni zahtjev protiv društva majke temelji na ugovornoj obvezi, dok se tužbeni zahtjev protiv društva kćeri temelji na izvanugovornoj odgovornosti. Slijedom toga, tužitelj je tvrdio da ta dva zahtjeva nemaju istu pravnu osnovu, te se postupak protiv društva majke ne može voditi zajedno s postupkom prema društvu kćeri pred švedskim sudom, već se ti postupci moraju razdvojiti tako da se protiv društva majke postupak može voditi samo u Velikoj Britaniji, prema sjedištu društva.

Značajno, činjenicu da zahtjevi protiv ova dva društva nemaju istu pravnu osnovu, u smislu ugovorne i izvanugovorne odgovornosti, nije osporavano niti tužitelj niti ECJ.⁹⁵ Naime, ugovor je sklopljen između tužitelja i društva majke, te se odgovornost društva majke temelji na neispunjenju ugovora. S druge strane, u trenutku sklapanja ugovora, društvo kćer još nije ni bilo osnovano. Zajedno s činjenicom da ugovor između društva kćeri i tužitelja nikad nije ni bio sklopljen, bilo je nesporno da se odgovornost društva kćeri temelji na izvanugovornoj osnovi. Švedski je sud u prvom stupnju (*tingsrätt, Göteborg*) prihvatio jurisdikciju nad oba tuženika. Tuženik – društvo majka podnio je žalbu protiv takve odluke drugostupanjskom sudu (*hovrätten för Västra Sverige*) koji je, međutim, potvrdio odluku prvostupanjskog suda. Tuženik je, zatim, pokrenuo postupak po tom pitanju pred švedskim Vrhovnim sudom (*Högsta domstolen*), koji je kao preliminarno pitanje zatražio od ECJ-a može li se gore navedeni čl. 6. st. 1. Uredbe Bruxelles I. može tumačiti na način da sud može provoditi postupak nad više tuženika, u kojemu se zahtjevi temelje na različitim pravnim osnovama.

Pri davanju odgovora na to pitanje, ECJ je krenuo od striktnog tumačenja članka. Takvim je tumačenjem ustanovio da čl. 6. st. 1. Uredbe Bruxelles I. ne traži

94 Članak 6., st. 1. Uredbe Bruxelles I. glasi: „A person domiciled in a Member State may also be sued: 1. where he is one of a number of defendants, in the courts for the place where any one of them is domiciled, provided the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.“

95 Slučaj *Freeport*, para 33.

izričito da postupci koji se vode zajedno moraju imati i istu pravnu osnovu.⁹⁶ Ono što se traži je postojanje rizika da bi se u razdvojenim postupcima donijele različite odluke, a radi se o postupcima koji imaju „blisku vezu.“ Slijedom toga, ECJ je zaključio da sud može voditi jedan postupak koji obuhvaća više tuženika, bez obzira što se zahtjevi protiv njih temelje na različitim pravnim osnovama, tj. protiv jednog tuženika na ugovornoj, a protiv drugoga na izvanugovornoj odgovornosti.

Takvo se shvaćanje ECJ-a može tumačiti kao zauzimanje vrlo liberalnog stajališta u odnosu na osnovu odgovornosti kada se odlučuje o proboju pravne osobnosti. Naime, to bi značilo da će sud primijeniti isti kriterij pri odlučivanju o proboju pravne osobnosti, neovisno o osnovi odgovornosti društva kćeri. Ipak, treba se imati na umu da je u domeni tržišnog natjecanja, ECJ uvijek primjenjivao kriterije ugovorne odgovornosti da bi ustanovio proboj pravne osobnosti. Pri tomu nije razrađivao razliku koja bi postojala kada bi se promatrala odgovornost društva majke na temelju izvanugovorne odgovornosti društva kćeri, kada bi se, prije svega tražila njena namjera da zlouporabi svoj položaj da kao dioničar/imatelj udjela u društvu kćeri ne odgovara za obveze društva kćeri.

Tu se, nadalje, postavlja pitanje može li tužitelj uvijek tražiti istu odštetu, neovisno o osnovi odgovornosti društva majke. Naime, u američkom je pravu to jedno od ključnih pitanja, jer se na temelju deliktne odgovornosti može tražiti puno viša odšteta od one na temelju ugovorne. Od postojeće prakse ECJ-a, može se samo zaključiti da su kriteriji za ustanovljavanje povrede isti, tj. dostatno je da se traži prevladavajući utjecaj društva majke te stoga i zahtjev za odštetu neće biti različit jer se uvijek temelji na jednoj osnovi. Naravno, takvo je stajalište ECJ u domeni tržišnog natjecanja. Može se argumentirati da je takav stav posljedica politike da se povrede tržišnog natjecanja učinkovito rješavaju i lako dokazuju. Jer dostatno je dokazati da je društvo majka 100%-ni imatelj dionica/udjela u društvu kćeri ili da ima prevladavajući utjecaj kroz ovlast davanja obvezujućih uputa, imenovanje direktora i drugo. Dakle, takav se dokaz smatra dovoljnim da bi se ustanovio proboj pravne osobnosti te da se za potrebe tržišnog natjecanja, takva društva tretiraju kao jedno. Nužno je napomenuti da nije uvijek nepovoljno za društva, ako ECJ utvrdi da se imaju tretirati kao jedno. Kao što je navedeno, u slučaju Christiani, stajalište ECJ-a da se radi o jednome društvu, bilo je oslobađajuće za tuženike jer se zbog toga njihov sporazum o podjeli tržišta nije smatrao kao sporazum između dva društva, već kao sporazum unutar jednog društva, koji je kao takav dopušten. Dakle, može se zaključiti da su stajališta ECJ-a prilagođena specifičnim potrebama tržišnog natjecanja, te da nisu nužno osnova za zaključak da bi ECJ zauzeo isto stajalište kada bi razmatrao pitanje proboja pravne osobnosti i u drugim područjima prava.

⁹⁶ Slučaj *Freeport*, para 38.

4. PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Republika Hrvatska usvojila je institut proboja pravne osobnosti društava, te je definirala kriterije za njegovu primjenu u Zakonu o trgovačkim društvima.⁹⁷ Prije svega, valja naglasiti da je opće pravilo usvojeno za društva kapitala, točnije za dioničko društvo (dalje u tekstu: d.d.) i za društvo s ograničenom odgovornošću (dalje u tekstu: d.o.o.), da članovi tih društava ne odgovaraju za obveze društva⁹⁸, što je u potpunosti usklađeno s komparativnim rješenjima. Međutim, to pravilo nije apsolutno. I hrvatski zakonodavac dopušta proboj pravne osobnosti pod određenim uvjetima. Točnije, čl. 10. st. 3. ZTD-a predviđa da se član ne može pozivati na činjenicu da ne odgovara za obveze društva, ako zlorabiti okolnost da kao član društva ne odgovara za njegove obveze kada je to propisano zakonom.

ZTD nadalje daje primjeričnu listu kada se može smatrati da član društva zlorabiti okolnost. To su četiri primjerična slučaja. Prvi se odnosi na situaciju kada član društva koristi društvo za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen.⁹⁹ Drugi slučaj odnosi se na situaciju kada član društva koristi društvo da bi oštetio vjerovnike.¹⁰⁰ Treći slučaj odnosi se na situaciju ako član protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina.¹⁰¹ Tu se kao poseban slučaj zlorabe u sudskoj praksi navodi, tzv. miješanje imovine, kada se za dijelove ili za svu imovinu društva ne može sa sigurnošću utvrditi pripada li društvu ili članu društva.¹⁰² Četvrti je slučaj ako član društva u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanjuje imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.¹⁰³ Do proboja pravne osobnosti može doći i ako je do zlorabe došlo drugačije, s obzirom na to da se tu ne radi o taksativnoj listi. Ono što se traži u svim slučajevima, je činjenica zlorabe koja se ima dokazivati i procjenjivati u svakom pojedinom slučaju.

97 NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09. (dalje u tekst: ZTD). Treba naglasiti da pojam proboja pravne osobnosti nema jedinstvenog značenja, tj. da se u komparativnim rješenjima raspravlja o različitim pitanjima pod tim pojmom. O tome vidi više u: Brnabić, R.: *Proboj pravne osobnosti u joint-venture odnosima*, Pravo u gospodarstvu, 49 (3), 2010, str. 707-709. O povijesnom razvoju proboja pravne osobnosti vidi više u: Jurić, D.: *Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 23 (2), 2002, str. 509-515.

98 To je propisano u čl. 10. st. 3. ZTD-a. Isto je pravilo potvrđeno i u čl. 159. st. 3. za dioničko društvo i u čl. 385. st. 2. za društvo s ograničenom odgovornošću.

99 Čl. 10. st. 4. t. 1. ZTD-a. Više o tome u: Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999, v. 20, br. 2, str. 779-784 i u Maurović, Lj.: *Odgovornost osnivača za obveze društva s ograničenom odgovornošću*, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 45 (1), 1995, str. 88.

100 Čl. 10. st. 4. t. 2. ZTD-a.

101 Čl. 10. st. 4. t. 3. ZTD-a.

102 Visoki trgovački sud RH, predmet Pž-905/04-3, datum donošenja odluke je 07.06.2005. Vidi o tome više u: Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, op. cit., str. 776, Brnabić, R.: *Proboj pravne osobnosti u joint-venture odnosima*, op. cit., str. 712.

103 Čl. 10. st. 4. t. 4. ZTD-a.

U analizi američkoga prava, naglasak je stavljen na razliku između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti društva kćeri na čemu se temelji proboj pravne osobnosti. Najstarija je doktrina, kao što je već spomenuto, teorija podizanja korporativnog vela, koja uspostavlja tri glavna kriterija za svoju primjenu. Prvi kriterij jest da društvo kćer ne upravlja samostalno svojim poduzećem. Drugim riječima, ispituje se vrši li društvo majka prevladavajući utjecaj na društvo kćer. Drugi kriterij je da društvo majka zloupotrebljava svoj položaj da kao član društva ne odgovara za njegove obaveze. Treći kriterij je da je navedenim postupcima nastala određena šteta tužitelju. U radu će se analizirati traži li hrvatsko pravo također ispunjenje prva dva navedena uvjeta te slijedom toga je li prihvaćen i u RH različiti režim uspostavljanja proboja pravne osobnosti ovisno o tomu temelji li se na ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti društva kćeri. Nadalje, ako jest, jesu li usvojeni isti kriteriji za proboj pravne osobnosti kao i u američkoj teoriji podizanja korporativnog vela.

a) Stupanj utjecaja društva majke na društvo kćer kao osnova za proboj pravne osobnosti

Prije svega bitno je primijetiti da ZTD u čl. 10. ne obrađuje pitanje pojavljuje li se kao član društva tj. dioničar ili imatelj udjela fizička ili pravna osoba. S obzirom na to da se ne pravi razlika o svojstvu člana društva pri odlučivanju o proboju pravne osobnosti društva, može se samo zaključiti da će se isti kriteriji za proboj pravne osobnosti primjenjivati za sve članove društva, bili oni fizičke osobe ili pravne, kao što su društva majke.

Nadalje, ZTD u čl. 10. *ne* nudi odgovor na pitanje kakav se stupanj utjecaja zahtijeva od dioničara da bi došlo do proboja pravne osobnosti. Ono što se traži jest samo da član društva zloupotrebljava okolnost da ne odgovara za obveze društva.

Da bi član uopće došao u situaciju da se raspravlja o tome je li iskoristio svoj položaj u društvu, on mora ostvariti neki utjecaj na društvo. Točnije, traži se određena radnja, čin člana društva. Naime, ne bi se moglo konstruirati argument da je član samom činjenicom što je postao član društva kapitala, počinio zloporabu svoga prava da ne odgovara za obveze društva. Pravilo da član društva ne odgovara za obveze društva kapitala je izričito, kao što je već rečeno, regulirano zakonom. Dakle, sama činjenica da je fizička ili pravna osoba postala članom društva kapitala s pravima i obvezama koje tom članstvu pripadaju, nije zloporaba u smislu čl. 10. st. 4. ZTD-a.

Razmatrajući da je potrebna određena radnja dioničara/imatelja udjela da bi se mogla okarakterizirati kao zloporaba, nužno je analizirati strukturu i položaj dioničara/imatelja udjela u društvima kapitala te način na koji oni mogu ostvariti određeni utjecaj u društvu. Već iz same definicije d.d. i d.o.o. proizlazi temeljni odnos između društva i člana. Pa tako dioničar u d.d. sudjeluje s ulozima u temeljnom kapitalu društva koji je podijeljen na dionice, a imatelj udjela u d.o.o. također

sudjeluje u unaprijed dogovorenom temeljnom kapitalu koji se dijeli na udjele.¹⁰⁴ Članovi društva na temelju dionica/udjela koje drže u društvu imaju određena prava i obveze. Ta se prava tradicionalno dijele na upravljačka i imovinska. Barbić¹⁰⁵ razrađuje da u upravljačka prava spadaju: pravo na sudjelovanje u glavnoj skupštini, što uključuje i pravo na raspravljanje¹⁰⁶, pravo na obaviještenost¹⁰⁷, pravo glasa¹⁰⁸ i pravo na pobijanje glavne skupštine.¹⁰⁹ U imovinska prava prema Barbiću¹¹⁰ spadaju pravo na isplatu dividende¹¹¹, pravo na plaćanje naknade za ispunjenje dodatnih obveza prema društvu¹¹² i dr.

Dakle, kada fizička/pravna osoba postane članom društva, upravljačka i imovinska prava koje član ima u društvu jedini su način na koji član može izvršiti utjecaj na društvo. U tom su smislu upravljačka prava ta koja dioničaru daju mehanizam sudjelovanja u donošenju odluka društva i vršenja utjecaja na društvo. Da bi član ostvario svoja prava, on mora aktivno sudjelovati u radu društva. Ako aktivno sudjeluje u donošenju odluka društva, tada može pokušati i utjecati na donošenje određenih odluka koje su u njegovom ili tuđem interesu, a na štetu društva i/ili trećih osoba.

Da bi član društva stvarno ostvario neki utjecaj, mora imati određeni postotak dionica/udjela s pravom glasa koja mu daju glasačku snagu da utječe na donošenje određene odluke u društvu. Ako nema dovoljan broj dionica/udjela koje mu daju odlučujući tj. većinski položaj u glasovanju, može ulaziti i u sporazume o glasovanju s drugim dioničarima/imateljima udjela, pri čemu se stvara društvo unutar društva¹¹³, te na taj način osigurati donošenje odluke koja je u njegovom interesu.

Slijedom rečenoga, dolazi se do zaključka da utjecaj člana društva koji mu omogućuje utjecaj na donošenje konačne odluke društva mora biti prevladavajući. Drugim riječima, utjecaj mora biti prevladavajući nad utjecajima drugih dioničara, jer je to jedini način na koji se može učinkovito utjecati na politiku društva. Dakle, iako ZTD kada obrađuje pitanje proboja pravne osobnosti izričito ne propisuje da član društva mora ostvariti prevladavajući utjecaj, logičkom se razradom položaja članova u društvima kapitala može doći samo do toga zaključka.

Obrađujući povezana društva, ZTD je uveo oborivu zakonsku presumpciju za dva slučaja kada će se smatrati da jedno društvo ima prevladavajući utjecaj nad drugim društvom.¹¹⁴ Prvi je slučaj ako jedno društvo, primjerice društvo majka,

104 Čl. 159. i čl. 385. ZTD-a.

105 Barbić, J.: *Pravo društava – društva kapitala*, Svezak I., Dioničko društvo, Organizator, 2010., Zagreb., str. 521.

106 Čl. 274. ZTD-a.

107 Čl. 287. ZTD-a.

108 Odsjek 4. ZTD-a, što uključuje članke 289. – 294. ZTD-a.

109 Čl. 362. ZTD-a.

110 Barbić, J.: *Pravo društava – društva kapitala...*, op. cit., str. 581.

111 Čl. 220. st. 4. i čl. 223. ZTD-a.

112 Čl. 218. st. 1. ZTD-a.

113 Više o stvaranju ortaštva i tzv. *poola* prava glasova vidi u Barbić, J.: *Pravo društava - Društva osoba*, Organizator, 2002., Zagreb, str. 253. – 266.

114 Čl. 475. st. 3. ZTD-a.

kao član drugog društva ima pravo izabrati/imenovati i opozvati/razriješiti većinu članova uprave, upravnog ili nadzornog odbora. Drugi je slučaj ako to isto društvo ima sklopljen ugovor o glasovanju s drugim članovima društva, čime ostvaruje kontrolu nad većinom glasačkih prava u ovisnom društvu.

U situaciji kada društvo ima samo jednoga člana, izložena argumentacija nije primjenjiva, iako zaključak jest. Naime, ako imamo samo jednoga člana u društvu, neprijeporno je da on ima prevladavajući utjecaj u društvu. U tom je slučaju to najlakše dokazati, te poistovjetiti radnje i odluke člana društva s radnjama i odlukama samoga društva. Ono što se razlikuje od prije rečenoga, jest da bi se pod određenim uvjetima, sam čin osnivanja društva i postajanja članom društva moglo smatrati kao zloropaba samo po sebi. To bi bio slučaj kada bi fizička/pravna osoba osnovala društvo, čiji bi cilj osnivanja bio prebacivanje sredstava iz već od prije osnovanog društva u novo društvo čime se oštećuje vjerovnike ili da se osnuje društvo s neznatnom imovinom te se poslovanje prebaci na to društvo unaprijed znajući da to društvo neće biti sposobno podmiriti obveze prema svojim vjerovnicima.¹¹⁵ Naravno, i tu se zloropabu mora dokazati, jer nije dopustivo da se činjenicu da društvo ima samo jednog člana automatski tretira kao razlog za osobnu odgovornost člana za obveze društva.¹¹⁶

b) Zloropaba utjecaja kao uvjet za proboj pravne osobnosti

Kao što je već prikazano, hrvatski zakonodavac dopušta proboj pravne osobnosti isključivo pod uvjetom da je član društva zloropabio činjenicu da kao član ne odgovara za obveze društva. Dakle, zloropaba se uvijek mora dokazati. Zakonodavac je predvidio samo jednu iznimku od tog pravila, a to je kod priključenih društava o kojima će kasnije biti više rečeno.

Pitanje zloropabe posebno dolazi do izražaja kod povezanih društava, a posebice kod društava u kojima jedno ima prevladavajući utjecaj na drugo. Postavlja se pitanje traži li se čak i u slučaju kada društvo majka ima prevladavajući utjecaj nad društvom kćeri dokaz da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj.

Odgovor hrvatskoga zakonodavca i sudske prakse je potvrđan. Sama činjenica da društvo majka ima prevladavajući utjecaj nije dostatna da bi došlo do proboga pravne osobnosti.¹¹⁷ Tako je i Visoki trgovački sud RH potvrđio da činjenica da se radi o vladajućem i ovisnom društvu nije dovoljna da bi došlo do proboga pravne osobnosti.¹¹⁸ Da bi došlo do proboga pravne osobnosti, traži se da vladajuće društvo/društvo majka zloropabi svoj položaj na način da raspolaže imovinom ovisnog društva protivno propisima, zbog čega se vjerovnici ovisnog društva nalaze u nepovoljnijem položaju.

115 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio*, op. cit., str. 302.

116 Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, op. cit., str. 777.

117 Ibid., str. 303.

118 Visoki trgovački sud RH, predmet PŽ-1760/02, objavljen u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994-2004, br. 9., Zagreb, 2004, odluka br. 292 / VIII.

Međutim, činjenica da jedno društvo ima prevladavajući utjecaj nad drugim društvom ima posljedice u *unutarnjem* odnosu između ta dva društva. ZTD razlikuje dvije situacije: kada je između društva sklopljen poduzetnički ugovor o vođenju poslova društva i kada taj ugovor nije sklopljen, ali se i dalje radi o vladajućem i ovisnom društvu.

U prvom slučaju, kada je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, vladajuće društvo će imati pravo davati obvezujuće upute ovisnome društvu.¹¹⁹ Takve upute mogu biti i štetne za ovisno društvo, pod uvjetom da štetne upute služe interesima vladajućega društva ili drugim društvima koncerna.¹²⁰ U tom slučaju vladajuće društvo neće odgovarati za obveze ovisnog društva prema trećima. Ipak, zakonski zastupnici vladajućeg društva, kao i članovi uprave, upravnog i nadzornog odbora ovisnog društva mogu odgovarati ako pri davanju uputa ne postupaju u skladu s pozornošću urednog i savjesnog voditelja poslova.¹²¹ Zahtjev za naknadu štetu protiv njih može postaviti svaki član društva i vjerovnici ovisnog društva, ali taj se zahtjev može postaviti samo u korist ovisnog društva, što predstavlja *actio pro socio*. Dakle, i tu se radi o unutarnjem odnosu odgovornosti između vladajućeg i ovisnog društva, a ne između odgovornosti vladajućeg društva i vjerovnika ovisnog društva. Naime, vjerovnici i dalje svoj zahtjev za ispunjenje tražbina, prema ZTD-u, mogu ostvarivati samo prema ovisnome društvu.

Ovakvo rješenje postavlja neka vrlo zanimljiva pitanja. Naime, u ovome slučaju nije upitno da je vladajuće društvo, koje može biti i društvo majka, dalo štetnu uputu ovisnome društvu. Pitanje je predstavlja li davanje štetne upute zlorabu samo po sebi ili je u ovom slučaju dopušteno jer je među društvima sklopljen ugovor kojime se to dopušta, tj. ugovor o vođenju poslova društva. Hrvatski zakonodavac jasno daje odgovor na to pitanje. Ako postoji ugovor o vođenju poslova društva, tada davanje štetnih uputa nije zloraba položaja vladajućega društva, pod uvjetom da koncern ima koristi u cjelini od davanja takvih uputa.

Druga je situacija, međutim, ako među društvima nije sklopljen ugovor o vođenju poslova društva. ZTD izričito predviđa da vladajuće društvo tada ne smije koristiti svoj utjecaj za davanje štetnih uputa za ovisno društvo, osim u slučaju ako se izričito obveže da će ovisnome društvu nadoknaditi štetu koja bi mu time nastala.¹²² Drugim riječima, ZTD dopušta davanje štetnih uputa i u slučaju kada među strankama nije sklopljen ugovor o vođenju poslova društva. Unutarnji odnos odgovornosti je pokriven. Društvo majka je obvezno nadoknaditi štetu, ali tu štetu ono nadoknađuje društvu kćeri, a ne trećima. ZTD i dalje u odnosu na treće predviđa da oni svoje tražbine mogu ostvarivati samo prema ovisnome društvu.

119 Čl. 493. ZTD-a.

120 Više o ovlastima i odgovornosti u ugovornom i u faktičnom koncernu vidi u: Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit. str. 650-653; Jurić, D.: *Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, op. cit., str. 518-523.

121 Čl. 494 st. 1. i čl. 495 st. 1. ZTD-a.

122 Čl. 496. st. 1. ZTD-a.

No, što ako društvo majka ne ispuni svoju obvezu naknade štete? Može li se u tom slučaju krenuti od teze da je tada društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj? To zatim otvara i druga pitanja. Naime, ako ZTD dopušta davanje štetnih uputa pod uvjetom da društvo majka nadoknadi štetu društvu kćeri, traži li se za postojanje zloporabe da već u trenutku davanja štetnih uputa društvo majka zna ili namjerava ne ispuniti svoju obvezu naknade štete. Tada bi se zapravo radilo o prijevari. U tom je slučaju argumentacija da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj prilično jaka.

No, što ako se ne može dokazati postojanje namjere za neispunjenje obveze, već samo činjenica da društvo majka nije ispunilo svoju obvezu. Može li se samo neispunjenje obveze gledati kao zloporaba položaja? Naravno, nije sporno da bi društvo kćer moglo i u tom slučaju tražiti ispunjenje ugovora i naknadu štete od društva majke, no ključno je pitanje bi li vjerovnici društva kćeri ovakvu situaciju mogli konstruirati kao osnovu za proboj pravne osobnosti. Čini se da valja smatrati da stav hrvatskoga zakonodavca ne daje osnove za argumentaciju da bi tada došlo do proboja pravne osobnosti. Naime, ZTD u čl. 10. izričito predviđa da član društva mora svjesno zloupotrebjavati okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva. Dakle, ne traži se samo neispunjenje obveze, već i svijest/namjera da se neispunjenje, primjerice, koristi da bi se namjerno oštetilo vjerovnike. Slijedom rečenoga, do proboja pravne osobnosti moglo bi doći samo ako vjerovnici društva kćeri uspiju dokazati, ne samo da društvo majka nije ispunilo svoju obvezu, već da je namjera društva majke bila da neispunjenjem svoje obveze spriječi da se oni uspiju namiriti od društva kćeri, što će biti vrlo teško u praksi.

Moguć je i još jedan scenarij. ZTD izričito dopušta da i u slučaju kada između društava nije sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, treće osobe, tj. vjerovnici mogu uputiti zahtjev za naknadom štete prema društvu majci izravno, ali samo u korist društva kćeri (*actio pro socio*).¹²³ I u ovom slučaju vjerovnici nisu ovlašteni tražiti namirenje svoje tražbine od društva majke, već i dalje ostaju vjerovnici društva kćeri. Međutim, ova im mogućnost daje aktivnu ulogu u odnosu na društvo majku. U tom slučaju mogu sankcionirati mogući nedostatak inicijative društva kćeri da ono samo ostvari namirenje potraživanja protiv društva majke.

Jedini izuzetak kada ZTD izričito priznaje odgovornost društva majke prema trećima, tj. vjerovnicima društva kćeri, je u slučaju priključenih društava. Kod priključenih društava, ZTD po samom zakonu uspostavlja odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva. Naime, ZTD predviđa da od trenutka kada je činjenica priključenja društava upisana u sudski registar, vladajuće društvo odgovara kao solidarni dužnik za obveze ovisnog, tj. priključenog društva¹²⁴. Kao solidarni dužnik vladajuće društvo odgovara ne samo za obveze koje su nastale nakon priključenja, već i za obveze koje je ovisno društvo preuzelo *prije* priključenja¹²⁵. Dakle, društvo majka odgovorno je za sve obveze društva kćeri i to po samome

123 Čl. 501. st. 4. ZTD-a.

124 Čl. 506. st. 1. ZTD-a.

125 Loc. cit.

zakonu. To znači da vjerovnik priključenog društva neće trebati dokazivati da je društvo majka/vladajuće društvo zloupotrijebilo svoj položaj, već je dovoljno da dokaže činjenicu da su društva priključena, što će uvidom u sudski registar, biti vrlo jednostavno.

Kakva je logika hrvatskoga zakonodavca iza takvog rješenja? Za davanje odgovora, ključno je odrediti pojam priključenih društava. Naime, tu se radi o društvima kapitala, u kojima se jedno društvo priključuje drugome, pod uvjetom da to drugo, glavno društvo drži sve ili najmanje 95% dionica/udjela društva koje se priključuje.¹²⁶ Ova društva i dalje zadržavaju svoju pravnu samostalnost, a neoboriva je zakonska pretpostavka da time postaju koncern.¹²⁷ Glavno društvo ima pravo davati obvezujuće upute upravi ovisnog, tj. priključenog društva, pri čemu te upute mogu biti i štetne, pod uvjetom da od tih uputa korist ima vladajuće društvo.¹²⁸ Po tim su karakteristikama priključena društva vrlo slična društvima među kojima je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva. Međutim, učinak priključenja jest da među društvima postoji snažnija povezanost, kada glavno društvo ima širi opseg utjecaja na vođenje poslova ovisnog društva, nego što je to među društvima među kojima postoji samo ugovor o vođenju poslova društva.¹²⁹ Takav jači utjecaj vidljiv je iz rješenja ZTD-a, prema kojemu odnos glavnog i priključenog društva nije u suprotnosti s odredbama o zabrani povrata uplaćenog uloga i plaćanja kamata te ograničenjima u vezi s povratom zajma kojim se nadomješta kapital i u vezi s isplatom dividende.¹³⁰ Drugim riječima, time se postiže da glavno društvo može neograničeno raspolagati imovinom priključenog društva.¹³¹ Štoviše, Barbić argumentira da priključenjem društava, ugovor o vođenju poslova društva prestaje, jer je zamijenjen jačim, tj. intenzivnijim oblikom suradnje među društvima.¹³²

Dakle, hrvatski zakonodavac je prepoznao potrebu proboja pravne osobnosti po samome zakonu samo u slučaju najintenzivnijeg povezivanja društva kao što je to kod priključenih društava. U svim drugim slučajevima, što će uključivati i situaciju kada je između društava sklopljen ugovor o vođenju poslova društva i kada je društvo majka jedini dioničar/imatelj udjela u društvu kćeri, vjerovnici društva kćeri morat će dokazati da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj ako svoja potraživanja prema društvu kćeri žele ostvariti izravno od društva majke.

Takva rješenja jasno se razlikuju i od američke teorije podizanja korporativnog vela, prema kojoj je uvjet da društvo majka zloupotrebljava svoj položaj napušten, kao i od prakse ECJ-a, kojemu je također za proboj pravne osobnosti dostatna činjenica da društvo majka ima prevladavajući utjecaj na društvo kćer.

126 Čl. 503. st. 1. ZTD-a.

127 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit., str. 733.

128 Čl. 507. st. 1. ZTD-a, koji se poziva na analognu primjenu odredaba ZTD-a, kojima se obrađuje odnos ovisnih društava, kada je među njima sklopljen ugovor o vođenju poslova društva.

129 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit., str. 734.

130 Čl. 507. st. 2. ZTD-a; Jurić, D.: *Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, op. cit., str. 524.

131 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit., str. 746.

132 Ibid., str. 734.

Prednost pristupa hrvatskoga zakonodavca je u tomu što se ne sankcionira sama činjenica da se radi o vladajućem i ovisnom društvu. Naime, takva su društva dopuštena, te činjenica njihovog postojanja ne bi smjela biti otegotna za članove takvih društava.

Međutim, s druge strane, u praksi će biti iznimno teško dokazati da je u konkretnome slučaju društvo majka izvršilo utjecaj nad društvom kćeri, te time oštetilo treću stranu tj. vjerovnike društva. U pravilu možemo pretpostaviti da se traži dokaz postojanja konkretne upute koju je dalo društvo majka, obvezujuće za upravu društva kćeri, a po čijem je postupanju nastupila šteta trećima. Dokaz je relativno jednostavan ako je uputa dana u pisanom obliku, a posebice ako je uputa rezultat odluke koja je donesena na skupštini društva majke. No, kako dokazati postojanje upute ako je ona dana telefonski, usmeno? Hoće li sudu biti dovoljne indicije, po kojima bi se nastojalo dokazati da je društvo kćer u tolikoj mjeri ovisno, da niti jednu odluku ne donosi samo, pa nije moglo ni konkretnu. Takav se argument može nadopuniti i činjenicom ako u konkretnom slučaju društva imaju iste članove uprave. No, i takve indicije bi u konačnici samo dokazivale da se radi o povezanim društvima, u kojima društvo majka ima prevladavajući utjecaj, što prema hrvatskom zakonodavcu ne bi bilo dostatno za probijanje pravne osobnosti.

5. ZAKLJUČAK

Do proboja pravne osobnosti, dakle, u američkom pravu i sudskoj praksi ECJ-a, dolazi ako se dokaže da društvo majka ima prevladavajući utjecaj nad vođenjem poslova društva kćeri. Pri utvrđivanju stupnja povezanosti, primjenjuju se različiti kriteriji. U američkom pravu najpoznatiji je opisani Powellov test, dok se u praksi ECJ-a, formirala oboriva zakonska presumpcija da će do proboja doći u svim slučajevima u kojima je društvo majka 100%-ni imatelj dionica/udjela u društvu kćeri. Oba zakonodavna rješenja ne traže dokaz da je društvo majka zaista i zlopotrijebilo svoj položaj, tj. upravljalo društvom kćeri s namjerom da vjerovnike društva kćeri dovede u lošiji položaj. To je ključna razlika u odnosu na hrvatskoga zakonodavca, koji za uspostavu proboja pravne osobnosti, izričito traži dokaz da je društvo majka, tj. vladajuće društvo zlopotrijebilo činjenicu da kao član društva kćeri, tj. ovisnog društva, ne odgovara za obveze tog društva. Od toga se pravila ne odstupaju niti u slučaju povezanih društava među kojima je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, niti kada između društava nije sklopljen rečeni ugovor, a društvo majka je ovisnome društvu dala štetnu uputu. U oba slučaja, zakonodavac samo rješava unutarnji odnos odgovornosti između društava, u kojemu ovisno, tj. oštećeno društvo može potraživati od vladajućeg društva naknadu štete. Međutim, vjerovnici ovisnoga društva svoje tražbine ne mogu ostvarivati prema vladajućem društvu, iako je ono izvršilo prevladavajući utjecaj na ovisno društvo. Zakon im daje samo mogućnost da u takvim slučajevima mogu podići zahtjev, tzv. *actio pro socio*, kada od vladajućeg društva traže da ono nadoknadi ovisnome društvu štetu koju mu je time prouzročio, nakon čega će ovisno društvo raspolagati sredstvima kojima

može podmiriti tražbine tim vjerovnicima. Jedina iznimka tom pravilu jest u slučaju priključenih društava, gdje ZTD izričito predviđa da je vladajuće društvo solidarni dužnik za sve obveze priključenog društva prema vjerovnicima toga društva. Razlog tomu je što priključena društva predstavljaju najintenzivniji oblik povezivanja društava. U svim drugim slučajevima, vjerovnik društva kćeri morat će dokazati da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj, te da je namjerno iskoristilo svoj utjecaj u društvu da ošteti vjerovnike. Ako konkretnu činjenicu zloporabe ne uspije dokazati, hrvatski sud neće uspostaviti proboj pravne osobnosti, što se razlikuje od opisane prakse američkih sudova i ECJ-a.

Summary

LIABILITY OF A PARENT CORPORATION FOR OBLIGATIONS OF ITS SUBSIDIARY

The author in this article discusses the issue of piercing the veil of corporate entity, more precisely the liability of a parent corporation for obligations of its subsidiary according to the law of the United States of America, case law of the European Court of Justice and the Croatian law. The issue concerning the disregard of the separate corporate existence of the subsidiary is particularly raised in case of corporate groups where the parent generally exercises control over the subsidiary. The author pays a special attention to standards which have to be satisfied to pierce the veil. She examines the selected comparative systems to establish basis for courts' decision to break through the legal entity of the subsidiary, i.e. is the mere fact that the parent exercises control over the subsidiary sufficient for such decision or courts have to establish that the parent misuses the fact that as a member of the subsidiary is not liable for obligations of the subsidiary. The veil piercing issue is highly important due to the fact that according to it the parent can be held liable for obligations of its subsidiary towards third parties. Having in mind that in most cases the parent corporations are more financially solvent than the subsidiaries, for creditors piercing the veil is a key issue.

Key words: *piercing the corporate veil, liability of a parent corporation for noncontractual obligations of a subsidiary corporation towards third parties, liability of a parent corporation for contractual obligations of a subsidiary corporation towards third parties, lifting the corporate veil, misuse of influence as a basis for piercing the veil of corporate entity.*

Zusammenfassung

HAFTUNG DER MUTTERGESELLSCHAFT FÜR DIE VERPFLICHTUNGEN DER TOCHTERGESELLSCHAFT

Diese Arbeit setzt sich mit der Frage der Durchgriffshaftung auseinander, d.h. mit der Verantwortung von Muttergesellschaften für die Verpflichtungen der Tochtergesellschaften im Rechtssystem der Vereinigten Staaten von Amerika, in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und im kroatischen Recht. Die Frage der Durchgriffshaftung kommt besonders bei Gruppen von Gesellschaften vor, bei denen die Muttergesellschaft in der Regel Kontrolle über die Tochtergesellschaft hat. Diese Arbeit behandelt insbesondere die Normen für die Durchgriffshaftung. Dabei wird geprüft, ob die Gerichte in den verglichenen Systemen als Grundlage für die Durchgriffshaftung verlangen, dass die Muttergesellschaft die Tatsache dass sie als Mitglied der Tochtergesellschaft für die Verpflichtungen der Tochtergesellschaft nicht haftet missbraucht, oder ob allein die Tatsache, dass die Muttergesellschaft Kontrolle über die Tochtergesellschaft hat, ausreichend ist. Die Frage der Durchgriffshaftung ist geradezu bedeutend, weil sich daraus die Haftung der Muttergesellschaft für die Pflicht der Tochtergesellschaft gegenüber Dritten ergibt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Muttergesellschaften in der Regel höhere Zahlungsfähigkeit haben, ist dies für die Gläubiger ausschlaggebend.

Schlüsselwörter: *Durchgriffshaftung, Haftung der Muttergesellschaft für die außervertraglichen Pflichten der Tochtergesellschaften gegenüber Dritten, Haftung der Muttergesellschaft für die Vertragspflichten der Tochtergesellschaften gegenüber Dritten, den Schleicher der Gesellschaft lüften, Missbrauch des Einflusses als Voraussetzung für die Durchgriffshaftung.*

Riassunto

**RESPONSABILITA' DELLA SOCIETA' MADRE PER LE
OBBLIGAZIONI DELLA SOCIETA' FIGLIA**

Nel presente lavoro si prende in esame la questione riguardante la personalità giuridica, ovvero la responsabilità della società madre per le obbligazioni delle società figlia nel diritto nordamericano, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, come anche nel diritto croato. La questione concernente il piercing the corporate personality si manifesta specialmente nei gruppi societari, dove di regola la società madre ha il controllo sulla società figlia. In particolare, nel lavoro si prende in considerazione lo standard del piercing the corporate personality, indagando se nei sistemi comparati prescelti le corti, quale fondamento del piercing the corporate personality richiedano che la società madre abusi del fatto che in qualità di socio della società figlia non risponda per le obbligazioni della società figlia oppure ritengono che il solo fatto che la società madre detenga il controllo sulla società figlia sia sufficiente. La questione del piercing the corporate personality è di particolare importanza poiché in tale modo si giunge alla responsabilità della società madre per le obbligazioni della società figlia nei confronti dei terzi, il che è fondamentale per i creditori posto che di massima le società madri solitamente hanno maggiori disponibilità finanziarie.

***Parole chiave:** piercing the corporate personality, responsabilità della società madre per le obbligazioni extracontrattuali della società figlia nei confronti di terzi, responsabilità della società madre per le obbligazioni contrattuali della società figlia nei confronti di terzi, sollevamento del velo corporativo, abuso dell'influenza quale condizione del piercing the corporate personality.*

SUKCESIJE DRŽAVA OD 1918. DO DANAS NA PODRUČJU REPUBLIKE HRVATSKE I NJIHOV UTJECAJ NA DRŽAVLJANSTVO FIZIČKIH OSOBA

Andreja Metelko-Zgombić, dipl. iur.
Ministarstvo vanjskih poslova i
europskih integracija
Zagreb

UDK: 341.218.3(497.5)
Ur.: 10. siječnja 2011.
Pr.: 14. studenoga 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U radu se razmatraju načini na koje je bilo rješavano pitanje državljanstva fizičkih osoba u slučajevima sukcesija država koje su se odvijale na današnjem državnom području Republike Hrvatske od 1918. godine do danas. U tom razdoblju, koje se proteže od raspada Austro-Ugarske Monarhije pa do osamostaljenja Republike Hrvatske, zabilježeno je šest slučajeva sukcesije država. Za svaki od tih slučajeva sukcesije izlažu se pravni izvori koji su uređivali pitanje državljanstva, razmatraju se načela (kriteriji) koji su bili utvrđeni za stjecanje novog, odnosno gubitak starog državljanstva, utvrđuje se je li postojala mogućnost izbora državljanstva (prava ili neprava opcija), je li do stjecanja novog državljanstva dolazilo automatizmom ili po zahtjevu pojedinca, koje su mjere poduzimane da bi se izbjegli slučajevi nastanka osoba bez državljanstva te kakav je bio pristup glede mogućnosti stjecanja dvojnog ili višestrukog državljanstva. U radu se daje i prikaz dosadašnjih napora Ujedinjenih naroda na izradi međunarodnopravnog instrumenta koji bi na globalnoj razini uređivao pitanje državljanstva fizičkih osoba u sukcesiji država, kao i pokušaja uređivanja toga pitanja u okviru sukcesije bivše SFRJ. Kritičkim osvrtom na neka rješenja sadržana u Nacrtu članaka o državljanstvu fizičkih osoba u odnosu na sukcesiju država koji je 2000. godine usvojila Opća skupština Ujedinjenih naroda, uključujući i njihovu usporedbu s rješenjima koja su prihvaćena u Zakonu o hrvatskom državljanstvu kao i u zakonodavstvima nekih drugih država nastalih krajem 20. stoljeća na europskom kontinentu, nudi se i jedan od mogućih odgovora na pitanje zašto do sada Nacrt članaka nije naišao na široku prihvaćenost država koja bi dovela i do usvajanja međunarodnog ugovora (konvencije) koji bi na globalnoj razini uređivao pitanje državljanstva fizičkih osoba u slučajevima sukcesije država.

Ključne riječi: sukcesija, državljanstvo, područje Republike Hrvatske.

1. UVODNE NAPOMENE

Sukcesija država ima utjecaj na državljanstvo osoba koje su u određenoj, bliskoj vezi s državnim područjem koje je predmet sukcesije. Za razliku od drugih pitanja koja se postupno i dugotrajno rješavaju u postupku sukcesije država, pitanje državljanstva, zbog mnogobrojnih implikacija koje ima na svakodnevni život čovjeka, valja promptno rješavati. Načini na koji će država sljednica riješiti pitanje državljanstva osobama koje su vezane uz područje koje je stekla različiti su, a specifični su jer se, iako ponajprije vođeni odredbama unutarnjeg prava države sljednice, trebaju kretati i u okvirima postavljenima u međunarodnom pravu.

Svrha je ovog rada dati kratak prikaz sukcesija država koje su se odvijale na današnjem državnom području Republike Hrvatske i utvrditi učinke koje su imale na državljanstvo osoba vezanih uz to područje, posebice u vezi s načinima na koje je bilo regulirano pitanje gubitka, stjecanja državljanstva te moguće pravo izbora državljanstva. Namjera ovog rada nije ulaziti i razmatrati ostale učinke sukcesije država, kao što su pitanje sukcesije međunarodnih ugovora, državne imovine, arhive i dugova.

U vezi s načinom rješavanja pitanja državljanstva u slučajevima sukcesije država, posebna će se pozornost usmjeriti na sljedeća pitanja:

a) kojim pravnim izvorima regulirano je pitanje državljanstva osoba koje su živjele (prebivale) na državnom području koje je došlo pod suverenitet države sljednice,

b) koja su rješenja prihvaćena u pojedinom slučaju sukcesije, posebice je li stjecanje državljanstva države sljednice bilo automatsko za sve stanovnike navedenoga državnog područja ili samo za neku kategoriju stanovnika; je li bilo isključenja iz automatskog stjecanja državljanstva za određenu kategoriju stanovnika; komu je bilo priznato pravo na opciju; na koji se način (tj. kojim postupkom) to pravo opcije ostvarivalo; koje su mu bile posljedice i slično,

c) koja su načela (kriteriji) primjenjivana pri rješavanju pitanja državljanstva – *ius sanguinis* (porijeklo), *ius soli* (prebivalište, boravište, činjenica rođenja na određenom području), njihova kombinacija ili nešto drugo te

d) koje su mjere poduzimane, ako su uopće poduzimane, za sprječavanje ili smanjenje slučajeva dvostrukog/višestrukog državljanstva ili izbjegavanja nastajanja osoba bez državljanstva, odnosno kakav je bio pristup pri rješavanju pitanja dvojnog državljanstva.

2. SUKCESIJA DRŽAVA I DRŽAVLJANSTVO

Sukcesija kao ustanova međunarodnog prava jest ulaženje neke države u pravne odnose druge države, koje nadolazi kao posljedica osnivanja vlasti ili proširenja vlasti te države na području koje je dotada pripadalo drugoj državi.¹

Bečka konvencija o sukcesiji država glede međunarodnih ugovora iz 1978. i Bečka konvencija o sukcesiji država glede državne imovine, arhiva i dugova iz 1983.² jednako određuju pojam "sukcesije država" kao zamjenu jedne države drugom što se tiče odgovornosti za međunarodne odnose nekog područja.

U svim takvim slučajevima zapravo se povlači (ili posve propada) vlast jedne države, a druga država zasniva svoju vlast na tom području.

Državljanstvo je pravna veza koja povezuje pojedinca i državu dajući mu pravni status državljanina. Osoba koja ima status državljanina redovito uživa u svojoj državi sva politička, gospodarska, socijalna, kulturna i građanska prava, odnosno obveze predviđene njezinim ustavom i zakonima. Stranci (strani državljani i osobe bez državljanstva) ne uživaju mnoga od tih prava ili ih mogu koristiti u smanjenom opsegu ili pod određenim dodatnim pretpostavkama ili im se priznaju pod uvjetom uzajamnosti (reciprociteta). Temeljna prava čovjeka za strance danas su proglašena Deklaracijom o pravima čovjeka osoba koje nisu državljani zemlje u kojoj žive³ od 13. prosinca 1985. godine, prema kojoj stranci uživaju prava u svakoj državi u skladu s njezinim zakonodavstvom i njezinim međunarodnim obvezama.⁴

Što se tiče kategorizacije situacija u kojima dolazi do sukcesije država, u načelu se slučajevi sukcesija mogu svrstati u sljedeće osnovne kategorije:⁵

i) oba subjekta međunarodnog prava između kojih se zbiva prijelaz već su otprije postojala i dalje postoje (primjerice, prijelaz dijela talijanskoga državnog područja 1947. u FNRJ),

ii) dotadašnji držatelj područja ne propada, ali se na dijelu područja stvorio novi subjekt međunarodnog prava (primjerice, odcjepljenje od Austro-Ugarske Monarhije i nastanak Države Slovenaca, Hrvata i Srba 1918.),

iii) dotadašnji držatelj propada (nestaje kao subjekt međunarodnog prava), a njegovo područje stječe jedna ili više država koje su postojale od prije (primjerice prestanak postojanja baltičkih država 1940.) te,

iv) dotadašnji držatelj područja ili držatelji područja propadaju (nestaju kao subjekti međunarodnog prava), a njegovo područje, odnosno njihova područja,

1 Andrassy, Juraj, Bakotić, Božidar, Seršić, Maja, Vukas, Budislav, *Međunarodno pravo 1*, Školska knjiga, Zagreb, 2010., str. 325 – 326.

2 Bečka konvencija o sukcesiji država glede međunarodnih ugovora iz 1978. NN-MU br. 16/1993. i Bečka konvencija o sukcesiji država glede državne imovine, arhiva i dugova iz 1983. NN-MU br. 16/1993.

3 Rezolucija Opće skupštine 40/144, UN Doc A/40/53 (1985.).

4 *Op. cit.*, bilj. 1, str. 362.

5 *Ibid.*, str. 326 – 327.

stječe novi subjekt međunarodnog prava ili više njih (raspad SFRJ) ili nastaje jedna država od više njih (1918. nastanak Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca).

3. MEĐUNARODNOPRAVNI TEMELJ

Sukcesija države ima za posljedicu niz međunarodnopravnih i privatnopravnih učinaka. Svjesna važnosti posljedica koje sukcesija država za sobom povlači, Opća skupština Ujedinjenih naroda zadužila je Komisiju za međunarodno pravo Ujedinjenih naroda⁶ da razmotri sve učinke sukcesija država te da kodificira i izgradi (*progressive development*) pravna pravila koja bi regulirala slučajeve sukcesije država.

Do sada je Komisija za međunarodno pravo, iz područja sukcesije država, izradila prijedloge dviju konvencija koje su bile usvojene na diplomatskim konferencijama i otvorene za potpisivanje – Bečka konvencija o sukcesiji država glede međunarodnih ugovora iz 1978., koja je na snazi od 6. studenog 1996. i Bečka konvencija o sukcesiji država glede državne imovine, arhiva i dugova iz 1983., koja još nije stupila na snagu. Republika Hrvatska je država ugovornica obiju konvencija i to Bečke konvencije o sukcesiji država glede međunarodnih ugovora iz 1978. na temelju notifikacije o sukcesiji (bivša SFRJ bila je ugovornica te ju je potpisala i ratificirala), a Bečke konvencije o sukcesiji država glede državne imovine, arhiva i dugova iz 1983. na temelju pristupa (akcesije) jer bivša SFRJ, iako potpisnica Konvencije, nije ju bila ratificirala.

Obje konvencije, međutim, reguliraju “javnopravne učinke” sukcesije država jer utvrđuju pravila prema kojima se trebaju rješavati pitanja sukcesije međunarodnih ugovora države prednice na državu ili države sljednice, kao i pitanje sukcesije državne imovine, arhiva i dugova države prednice. Iako je već 1949. godine pitanje državljanstva bilo uključeno u popis tema za raspravu i kodifikaciju pred Komisijom, tada tom pitanju nije bio dan prioritet, već je ostavljeno za neka kasnija razmatranja.⁷

U svjetlu događanja u Istočnoj Europi koja su aktualizirala pitanje sukcesije država Komisija za međunarodno pravo 1993. godine odlučila je uključiti u dnevni red temu “Sukcesija država i njezin učinak na državljanstvo fizičkih i pravnih

6 U članku 13., stavku 1a. Povelje Ujedinjenih naroda određeno je da Opća skupština Ujedinjenih naroda potiče proučavanje i daje preporuke, među ostalim, i radi poticanja progresivnog razvitka međunarodnog prava i njegove kodifikacije. Da bi se taj zadatak ostvario, Opća je skupština svojom Rezolucijom 174(II) stvorila Komisiju za međunarodno pravo. Ona priprema nacрте konvencija o predmetima koji još nisu uređeni normama međunarodnog prava (legislacija), kao i o dijelovima međunarodnog prava koje prema zaključku Opće skupštine treba kodificirati. Komisija se sastoji od 34 člana stručnjaka međunarodnog prava koji nisu predstavnici svojih država te trebaju raditi prema svojem najboljem znanju i savjesti. Iz *Rječnika međunarodnog javnog prava*, Ibler, Vladimir, Informator, Zagreb, 1987., str. 257.

7 First Report on State Succession and its Impact on the Nationality of Natural and Legal Persons, Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur, A/CN.4/467, para. 8.

osoba". Opća skupština UN-a podržala je odluku Komisije (para. 7 Rezolucije 48/31 od 9. prosinca 1993.) uz napomenu da će se o konačnom obliku u kojem će Komisija izraditi svoju studiju odlučiti nakon što se pripremna studija (*preliminary study*) predstavi Općoj skupštini. Komisija je kao posebnog izvjestitelja imenovala Vaclava Mikulku, koji je za raspravu pred Komisijom 1995. izradio Prvo izvješće,⁸ a 1996. godine Drugo izvješće.⁹ Na temelju provedenih rasprava i postignutih zaključaka Komisija je odlučila suziti područje istraživanja samo na pitanje državljanstva fizičkih osoba te je predložila Općoj skupštini da primi na znanje dovršetak pripremne studije i zaduži Komisiju za izradu konačne studije (*substantive study*) pod nazivom "Državljanstvo u odnosu na sukcesiju država". Opća skupština podržala je navedeni prijedlog Rezolucijom 51/160 od 19. prosinca 1996.¹⁰

Treće izvješće posebnog izvjestitelja¹¹ bilo je predmet rasprave Komisije 1997. godine. Izvješće je sadržavalo nacrt 25 članaka zajedno s komentarima. Članci su bili podijeljeni u dva dijela: prvi dio pod nazivom "Opća načela glede državljanstva u odnosu na sukcesiju država" i drugi dio pod nazivom "Načela primjenjiva u posebnim slučajevima sukcesije država". Izvješće je sadržavalo i nacrt preambule te definicije pojmova.¹²

Sukladno svojem Statutu, Komisija je 1997. godine, preko glavnog tajnika UN-a, dostavila državama Nacrt članaka radi davanja primjedaba i stajališta. Države su bile pozvane svoje primjedbe i stajališta dostaviti glavnom tajniku do 1. siječnja 1999.

Kako bi razmotrila tekst Nacrta članaka zajedno s dobivenim komentarima i zapažanjima vlada, Komisija je 1999. godine osnovala posebnu radnu skupinu. Nakon provedene rasprave i na temelju izvješća predsjedatelja radne skupine, Komisija je uputila Nacrt preambule i ukupno dvadeset i šest članaka na odbor zadužen za izradu teksta nacrta (*Drafting Committee*). Nakon razmatranja izvješća tog odbora usvojila je *Nacrt članaka o državljanstvu fizičkih osoba u odnosu na sukcesiju država*, zajedno s komentarom.¹³ Nacrt se sastoji od nacrta preambule i dvadeset i šest nacrta članaka podijeljenih u dva dijela: Dio I. Opće odredbe (članci 1. – 19.) i Dio II. Odredbe koje se odnose na pojedine kategorije sukcesije država (članci 20. – 26.). Cijeneći pristigle komentare država i opće raspoloženje država članica Ujedinjenih naroda u vezi s izradom mogućeg pravno obvezujućeg instrumenta (konvencije) o toj temi, Komisija je odlučila preporučiti Općoj skupštini Ujedinjenih naroda da u obliku deklaracije usvoji Nacrt članaka.¹⁴

8 *Ibid.*

9 Second report, Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur, A/CN.4/474.

10 Report of the International Law Commission on the work of its forty-ninth session 12 May – 18 July 1997, General Assembly, Official Records, Fifty-second Session, Supplement No. 10 (A/52/10), paras. 36-38.

11 Third report, Mr. Vaclav Mikulka, Special Rapporteur, A/CN.4/480.

12 *Ibid.*, para. 39.

13 Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II (Part Two), para. 48. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/3_4_1999.pdf.

14 Na sličan način Komisija je postupila i 2001. godine kada je usvojila *Nacrt članaka o*

Opća skupština je 2000. godine Rezolucijom 55/153 od 2. prosinca 2000. primila na znanje članke i pozvala vlade da uzmu u obzir odredbe koje su sadržane u tim člancima, tamo gdje je to primjereno, kada rješavaju pitanja državljanstva fizičkih osoba u slučaju sukcesije država. U Rezoluciji 59/34 od 2. prosinca 2004. Opća je skupština ponovila svoj poziv vladama te ih ohrabrila da na regionalnoj ili subregionalnoj razini razrade pravne instrumente u vezi s državljanstvom fizičkih osoba u slučaju sukcesije država, posebice radi sprječavanja nastanka osoba bez državljanstva kao posljedice sukcesije država. Države su ujedno pozvane da podnesu komentare o oportunisti izrade pravnog instrumenta, međunarodnog ugovora, koji bi regulirao državljanstvo fizičkih osoba u slučaju sukcesije država. Rezolucijom 63/118 od 15. siječnja 2009. Opća je skupština još jednom obnovila poziv vladama iz ranijih rezolucija te odlučila temu „Državljanstvo fizičkih osoba u odnosu na sukcesiju država, ugraditi u privremeni dnevni red šezdeset i šestog zasjedanja Opće skupštine u 2011./2012. godini.

4. SUKCESIJE DRŽAVA NA DRŽAVNOM PODRUČJU REPUBLIKE HRVATSKE

Na današnjem državnom području Republike Hrvatske, od 1918. godine do danas, bilo je više slučajeva sukcesija država. Prema vremenskom slijedu, i s obzirom na vrstu (kategoriju), sukcesije država mogle bi se podijeliti na sljedeće skupine, o kojima će u nastavku biti više riječi.

- **Raspad Austro-Ugarske Monarhije (1918.) i, istodobno – kao čin (akt) odcepljenja – osnivanje Države Slovenaca, Hrvata i Srba (29. 10. 1918.).** Država Slovenaca, Hrvata i Srba osnovana je nakon Prvog svjetskog rata na područjima bivše Austro-Ugarske Monarhije – Hrvatske, Bosne i Hercegovine, Slovenije, Vojvodine. Ta je država trajala samo 30 dana, a zatim se ujedinila s Kraljevinom Srbijom.¹⁵

- **Ujedinjenje (1.12.1918.) Države Slovenaca, Hrvata i Srba s Kraljevinom Srbijom i osnivanje Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca.** Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca stvoreno je od Kraljevine Srbije (s državnim područjem Srbije, Crne Gore i Makedonije) i od Države Slovenaca, Hrvata i Srba (s državnim područjem koji se nalazio u sastavu bivše Austro-Ugarske Monarhije – Slovenije, Hrvatske i Bosne i Hercegovine). Prije samog ujedinjenja Vojvodina se priključila

odgovornosti država za međunarodne protupravne čine i uputila ga Općoj skupštini UN-a na razmatranje. I u navedenom slučaju je 2004. godine Opća skupština Nacrt članaka samo usvojila u obliku rezolucije i pozvala države da podnesu prijedloge o budućoj akciji glede odgovornosti država.

15 Sirotković, Hodimir, *O nastanku, organizaciji, državnopravnim pitanjima i sukcesiji Države SHS*, RADOVI Zavoda za hrvatsku povijest Filozofskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 26, str. 199-208.

Kraljevini Srbiji te je u njezinu sastavu ušla u Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca. Od 1921. godine (na temelju Vidovdanskog ustava od 28. lipnja 1921.) država se naziva Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, a od 1930. godine (na temelju Ustava od 3. listopada 1930.) Kraljevina Jugoslavija.

- Na početku Drugog svjetskog rata, raspad Kraljevine Jugoslavije i, na kraju Drugog svjetskog rata, osnivanje Demokratske Federativne Jugoslavije.

- Prijelaz dijela državnog područja u FNRJ (1947. i 1954.) kao slučaj prijenosa (cesije) državnog područja Italije, odnosno tzv. Slobodnog Teritorija Trsta na Jugoslaviju.

- Raspad SFR Jugoslavije (1991.) i nastanak Republike Hrvatske (8. 10. 1991.).

5. NAČIN RJEŠAVANJA PITANJA DRŽAVLJANSTVA U POJEDINIM SLUČAJEVIMA SUKCESIJE DRŽAVA

5.1. Raspad Austro-Ugarske Monarhije (1918.) i nastanak Države Slovenaca, Hrvata i Srba (29. 10. 1918.); ujedinjenje Države Slovenaca, Hrvata i Srba s Kraljevinom Srbijom u Kraljevstvo Srba, Hrvata i Slovenaca (1. 12. 1918.).

Državljanstvo stanovnika državnog područja Austro-Ugarske Monarhije koje je prešlo pod suverenitet Države Slovenaca, Hrvata i Srba, a kasnije Kraljevstva, odnosno Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (od 1930. Kraljevine Jugoslavije) kao država sljednica, bilo je regulirano i međunarodnim ugovorima i unutarnjim propisima države sljednice.

Od međunarodnih ugovora pitanje državljanstva bilo je rješavano sljedećim mnogostranim i dvostranim međunarodnim ugovorima:

i. Ugovor o miru s Austrijom, potpisan u Saint Germain-en-Laye u 10. rujna 1919.¹⁶ (u nastavku: Ugovor iz Saint-Germaina),

ii. Ugovor o miru s Ugarskom, potpisan u Trianonu 4. lipnja 1920.¹⁷ (u nastavku: Ugovor iz Trianona),

16 British and Foreign State Papers, 1919, vol. CXII, str. 317 *et seq.*, vidi posebice Section VI. Clauses Relating to Nationality (članci 70 – 80), vidi citirano u: Materials on Succession of States in respect of Matters other than Treaties, United Nations Legislative Series, ST/LEG/SER. B/1, str. 469 *et seq.*

17 British and Foreign State Paper, *op. cit.*, str. 486 *et seq.*, vidi posebice Section VII. Clauses Relating to Nationality (članci 61 – 66 i 213), vidi citirano (na hrvatskom jeziku) u Krbek, Ivo, *Zakon o državljanstvu (sa komentarom)*, izdanje Službenog lista FNRJ, str. 390 – 393.

iii. Ugovor između Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca i Kraljevine Italije, potpisan u Rapallu 12. studenog 1920.¹⁸ (u nastavku: Rapalski ugovor).

Od unutarnjih propisa bio je mjerodavan zakon Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, donesen radi provedbe prethodno navedenih međunarodnih ugovora:

iv. Zakon o državljanstvu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1928.¹⁹

Stjecanje državljanstva države sljednice bilo je automatsko za osobe koje su imale zavičajno pravo (*pertinenza*)²⁰ na teritoriju koji je ranije bio sastavni dio nekadašnje Austro-Ugarske Monarhije. Te su osobe dobile, s isključenjem austrijskog/ugarskog državljanstva, punopravno državljanstvo one države koja je vršila suverenitet na navedenom teritoriju.²¹

Ipak, određena kategorija stanovnika bila je isključena od automatskog stjecanja državljanstva nove države. To se odnosilo na osobe koje su “nedavno” (nakon 1. siječnja 1910.) stekle *pertinenzu* na području države Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca:

a. Osobe koje su dobile zavičajno pravo nakon 1. siječnja 1910. na teritoriju prenesenom na državu Srba, Hrvata i Slovenaca, dobivale su srpsko-hrvatsko-slovensko državljanstvo samo pod uvjetom da su za to imale odobrenje države Srba, Hrvata i Slovenaca.²²

b. Ako odobrenje nije traženo ili je odbijeno, zainteresirani su dobili (*ipso facto*) punopravno državljanstvo one države koja je vršila suverenost na teritoriju na kojem su prije imali zavičajno pravo (*pertinenzu*).²³

Pravo na opciju²⁴ bilo je priznato određenim kategorijama stanovnika navedenih područja pa su pravo na individualni (pojedinačni) izbor državljanstva imale:

18 Službene novine, broj 273 od 8. 12. 1920., vidi također citirano u: Krbeč, *op. cit.*, str. 401.

19 Službene novine, broj 254 iz 1928. Zakon je stupio na snagu 1. 11. 1928., citirano u: Krbeč, *op. cit.*, str. 123 *et seq.* kao Zakon o državljanstvu Kraljevine Jugoslavije (kao što je kasnije izmijenjen zbog promjene imena države).

20 *Pertinenza*, tzv. “pripadnost osobe nekom području”. Prema Zakonu o uređenju zavičajnih odnošaja u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji od 30. travnja 1880. (objavljen u *Zborniku zakona i naredaba za Kraljevine Hrvatsku i Slavoniju*, 1880., kom. IX, No. 49, a citiran u: Krbeč, *op. cit.*, str. 292 *et seq.*), samo hrvatsko-ugarski građanin može steći *pertinenzu* u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji (koja je u to doba bila dio Austro-Ugarske Monarhije) i osoba ju je mogla imati samo u jednoj općini.

21 Vidi članak 70. Ugovora iz Saint Germaina i članak 61. Ugovora iz Trianona.

22 Vidi članak 76. Ugovora iz Saint Germaina i članak 62., stavak 1. Ugovora iz Trianona.

23 Vidi članak 77. Ugovora iz Saint Germaina i članak 62., stavak 2. Ugovora iz Trianona.

24 Opcija je izbor između dva državljanstva koji se provodi očitovanjem. To je mogućnost dana pojedincu da izabere svoje državljanstvo kada kraj u kojem boravi prelazi iz jedne države u drugu. Koristeći se pravom opcije pojedinac u načelu bira između dotadašnjeg državljanstva i državljanstva države koja je stekla područje (iznimku vidi u vezi s pravom opcije prema članku 78. Ugovora iz Saint Germaina i članku 80. Ugovora iz Trianona). Pravo opcije redovito se predviđa međunarodnim ugovorom, bilo ugovorom kojim se ustupa područje, bilo naknadnim ugovorom.

a. Osobe starije od 18 godina koje gube svoje austrijsko/ugarsko državljanstvo, a punopravno dobivaju jedno novo državljanstvo (na temelju članka 70/61). Te su osobe mogle, za vrijeme od godine dana od stupanja na snagu ovog Ugovora, optirati za državljanstvo one države u kojoj su imale svoje zavičajno pravo prije nego što su dobile zavičajno pravo na prenesenom teritoriju.²⁵

b. Osobe koje su imale zavičajno pravo na jednom teritoriju koji je bio sastavni dio Austro-Ugarske Monarhije i koji se tu razlikuju od većine stanovništva po rasi i po jeziku. Te su osobe mogle, u roku od šest mjeseci od stupanja na snagu ovog Ugovora, optirati za Austriju, Italiju, Poljsku, Rumunjsku, državu Srba, Hrvata i Slovenaca ili državu Čehoslovačku, ovisno o tomu u kojoj je državi stanovništvo iste rase i jezika kao osoba koja optira.²⁶

Sve navedene kategorije stanovnika bile su obvezne, nakon korištenja prava opcije, preseliti se u državu za čije su državljanstvo optirale. Pravo opcije bilo je individualno pravo svakog pripadnika tih kategorija stanovnika.

Nešto drukčija rješenja utvrdio je dvostrani međunarodni ugovor, Rapalski ugovor iz 1920., koji je predvidio posebno povlaštenu kategoriju stanovnika koja nije bila obvezna preseliti se u Italiju nakon što je optirala za talijansko državljanstvo.²⁷ Tu kategoriju stanovnika činili su Talijani koji su do 3. studenog 1918. bili pripadnici teritorija bivše Austro-Ugarske Monarhije, koja je prema ugovorima o miru s Austrijom i s Ugarskom i prema Rapalskom ugovoru priznata kao sastavni dio Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Ti su stanovnici imali pravo opcije za talijansko državljanstvo u roku od godine dana od stupanja na snagu Rapalskog ugovora i bili su oslobođeni obveze prijenosa svojeg domicila (prebivališta) izvan njezina teritorija. To je bilo individualno pravo izbora svakog pojedinca.

Kao što je već spomenuto, pitanje državljanstva bilo je regulirano i unutarnjim pravom države sljednice donesenim, međutim, radi provedbe prethodno navedenih međunarodnih ugovora. Tako je Zakon o državljanstvu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1928. regulirao pitanja državljanstva na jednak način kao i spomenuti međunarodni ugovori.

Njegov paragraf 53. predvidio je da se na dan stupanja na snagu ovog Zakona državljanima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca smatraju:

a. osobe koje su na dan ujedinjenja (1. prosinca 1918.) imale državljanstvo bivše Kraljevine Hrvatske i Slavonije (u okviru Austro-Ugarske Monarhije), a nisu to državljanstvo izgubile na temelju odredaba ugovora o miru te

b. osobe kojima je ugovorima o miru priznato državljanstvo Kraljevine (odnosno Kraljevstva, op. p.) Srba, Hrvata i Slovenaca ili su ga na temelju odredaba tih ugovora stekle.

25 Vidi članak 78. Ugovora iz Saint Germaina i članak 63. Ugovora iz Trianona.

26 Vidi članak 80. Ugovora iz Saint Germaina i članak 64. Ugovora iz Trianona.

27 Vidi članak 7., stavak 2. Rapalskog ugovora.

Iz svega navedenog vidljivo je da je opće načelo (kriterij) za stjecanje državljanstva države sljednice bilo “zavičajno pravo” – tzv. *pertinenz* (*ius soli*) – pripadnost određene osobe određenom području. Prema Zakonu o uređenju zavičajnih odnošaja u Kraljevini Hrvatskoj i Slavoniji iz 1880.²⁸ samo hrvatsko-ugarski državljani mogli su postići “u kojoj občini zavičajno pravo” i to samo u jednoj općini. Pravo hrvatske zavičajnosti je među dobrim dijelom hrvatske političke elite kao i među hrvatskim pravnim stručnjacima bilo tumačeno kao vid hrvatskoga državljanstva, odnosno kao element hrvatske državnosti ostvaren u sklopu Hrvatsko-ugarske nagodbe iz 1868.²⁹

Stjecanje državljanstva države sljednice bilo je u pravilu automatsko (*ex lege*) i *ipso facto* za sve osobe koje su imale zavičajno pravo (*pertinenz*, poveznica čvršća od današnjeg pojma prebivališta). Za one koji su zavičajno pravo stekli nakon 1. siječnja 1910., bilo je potrebno tražiti i dobiti odobrenje Kraljevine (odnosno Kraljevstva, op. p.) Srba, Hrvata i Slovenaca.

Kao iznimka od pravila, a predviđeno *in favorem* pojedinaca, postojalo je pravo na opciju za drugo državljanstvo od onog koje su automatski stekli i to u trima slučajevima: kada je pojedinac imao zavičajno pravo na nekom drugom području koje je sada pod suverenostu neke druge države, kada se etnički razlikovao od većine stanovništva, a narod kojem pripada stvorio je svoju nacionalnu državu nakon raspada Austro-Ugarske Monarhije (pravo pripadnika manjine na temelju nacionalnog [etničkog] porijekla), kao i za državljanstvo države kojoj nije dopalo područje nakon održanog plebiscita.

Glede mjera poduzetih u odnosu na izbjegavanje nastajanja dvostrukog državljanstva, valja podsjetiti da su osobe koje su automatski stekle državljanstvo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca istodobno izgubile svoje prethodno državljanstvo. Do gubitka prethodnog državljanstva dolazilo je također u slučajevima u kojima stjecanje novog državljanstva nije bilo automatsko, već podvrgnuto prethodnom odobrenju (dozvoli) odnosne države. Jednako tako, osobe koje su se koristile svojim pravom opcije i odlučile se za državljanstvo različito od onog koje su automatski stekle, automatski su izgubile svoje prijašnje (automatski stečeno) državljanstvo.

Istodobno, kad je riječ o sprječavanju nastajanja slučajeva bez državljanstva, odredbama Zakona o državljanstvu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca osigurano je da nitko ne ostane bez državljanstva. Naime, državljanima nove države smatrane su ne samo osobe kojima je državljanstvo automatski priznato ili su ga stekle, već i osobe koje su imale “zavičajno pravo” bivše Kraljevine Hrvatske i Slavonije, kao i druge kategorije osoba na koje upućuje paragraf 53. toga Zakona.

28 Zakon o uređenju zavičajnih odnošaja u Kraljevini Hrvatskoj i Sloveniji iz 1880., *op. cit.*

29 O značaju prava hrvatske zavičajnosti koje je, zbog specifičnog državnopravnog položaja Hrvatske i hrvatske autonomije uređene Hrvatsko-ugarskom nagodbom, uz svoje „klasične“ sadržaje predstavljalo i pravnu osnovu za uživanje političkih prava, vidi više u Čepulo, Dalibor, *Pravo hrvatske zavičajnosti i pitanje hrvatskog i ugarskog državljanstva 1868-1918 – pravni i politički vidovi i poredbeni motrišta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 49 (1999.), br. 6, str. 795-825.

5.2. Raspad Kraljevine Jugoslavije i stvaranje Demokratske Federativne Jugoslavije

Pitanje državljanstva stanovnika državnog područja koje je došlo pod suverenitet Demokratske Federativne Jugoslavije (kao države sljednice) bilo je regulirano internim (nacionalnim) pravnim propisima države sljednice (DFJ/FNRJ): Zakon o državljanstvu Demokratske Federativne Jugoslavije iz 1945.³⁰ (stupio na snagu 28. kolovoza 1945.), poslije izmijenjen i dopunjen kao Zakon o državljanstvu Federativne Narodne Republike Jugoslavije iz 1946.³¹ Zakon je stupio na snagu 5. srpnja 1946., a neke njegove odredbe vrijede već od 28. kolovoza 1945., tj. od stupanja na snagu prvotnog teksta, što je izričito istaknuto u prijelaznim i završnim odredbama Zakona.³²

Stjecanje državljanstva DFJ/FNRJ bilo je automatsko za sljedeće kategorije stanovnika:

(a) Prema odredbama članaka 35. i 36. Zakona državljanima FNRJ smatrale su se sve osobe koje su na dan stupanja na snagu Zakona, tj. 28. kolovoza 1945., bile jugoslavenski državljani "prema vrijedećim propisima" (tj. propisima Kraljevine Jugoslavije iz 1928.).

Da bi se riješila pravna praznina nastala nepriznavanjem propisa donesenih nakon 6. travnja 1941., Ministarski savjet (vlada) dobio je ovlast da svojim propisima uredi situacije stjecanja (dakle ne samo utvrđivanja postojanja državljanstva, već konstitutivnog stjecanja *ex tunc*) jugoslavenskoga državljanstva prema Zakonu o državljanstvu Kraljevine Jugoslavije iz 1928., što se odvijalo u razdoblju od 6. travnja 1941. do stupanja novoga zakona na snagu 28. kolovoza 1945.

(b) Državljanstvo FNRJ stječu, ako međunarodnim ugovorima ne bude drukčije riješeno, i sve osobe koje imaju zavičajno pravo, odnosno općinsku pripadnost na područjima koja su ušla u sastav FNRJ prema međunarodnom sporazumu (članak 36.).

30 Službeni list FNRJ, broj 64/1945, str. 624 *et seq.*, stupio na snagu 28. 8. 1945.

31 Službeni list FNRJ od 5. 7. 1946., stupio na snagu 5. 7. 1946. Međutim, neke njegove odredbe vrijedile su od 28. 8. 1945. zato što je taj Zakon izmijenjena verzija Zakona o državljanstvu DFJ iz 1945. (vidi prethodnu bilješku).

32 Neposredno poslije završetka Drugog svjetskog rata Privremena narodna skupština donijela je 28. kolovoza 1945. Zakon o državljanstvu Demokratske Federativne Jugoslavije. Ustavotvorna skupština krajem 1945. donijela je odluku kojom, među ostalim, potvrđuje sve zakone Privremene narodne skupštine. Nakon donošenja Ustava FNRJ, a sukladno njegovu članku 136. (na temelju kojeg su se u roku od šest mjeseci trebale ispitati sve odluke, zakoni i uredbe potvrđene odlukom Ustavotvorne skupštine i donijeti zakoni o tome koje od tih odluka, zakona i uredaba ostaju na snazi bez izmjena, odnosno donijeti zakone o izmjenama i dopunama tih odluka, zakona i uredaba), donesen je 1. srpnja 1946. Ukaz o proglašenju Zakona o potvrdi i izmjenama Zakona o državljanstvu DFJ i njime ujedno utvrdio pročišćeni tekst, s time da se ubuduće naziva Zakon o državljanstvu FNRJ.

(c) Osobe koje po narodnosti pripadaju jednom od naroda FNRJ, a borave na tom području, ako se ne isele s državnog područja FNRJ ili na temelju posebnog propisa ne optiraju za svoje ranije državljanstvo (članak 36.).³³

Slijedom navedenoga vidljivo je da je unutarnjim zakonodavstvom države sljednice bilo predviđeno automatsko stjecanje državljanstva države sljednice za tri kategorije osoba: one koje su imale (bivše) jugoslavensko državljanstvo (države prednice), one koje su imale zavičajno pravo na području koje je došlo pod vlast države sljednice, kao i osobe koje su pripadale jednom od naroda koji su stvorili državu sljednicu, a imale su i boravište na teritoriju države sljednice.

Vodeći računa o činjenici da je u tadašnjim jugoslavenskim poslijeratnim prilikama često bilo teško ili nemoguće ispravama dokazivati jesu li ispunjene pretpostavke da se osoba može smatrati jugoslavenskim državljaninom prema članku 35. Zakona o državljanstvu DFJ/FNRJ, unesena je vrlo važna odredba o presumpciji jugoslavenskog državljanstva. Naime, prema odredbi članka 25., stavka 1. Zakona pretpostavljalo se da je neka osoba državljanin FNRJ: 1. ako po narodnosti pripada jednom od naroda FNRJ, 2. ako se rodila na području FNRJ ili je tu odgojena i 3. ako tu obično boravi. Pod takvim uvjetima osoba nije trebala dokazivati da ima državljanstvo FNRJ jer se ono pretpostavljalo dok se ne bi dokazalo suprotno. Presumpcija je otpadala ako je osoba imala neko strano državljanstvo ili je imala, ali je izgubila, državljanstvo FNRJ ili ako se već pozvala na strano državljanstvo. Međutim, ako se osoba jednom koristila presumpcijom jugoslavenskog državljanstva (primjerice, zatražila i dobila svjedodžbu o državljanstvu FNRJ, zatražila upis u birački popis i sl.), nije se poslije toga mogla više pozivati na neko strano državljanstvo (stvorila se neoboriva pretpostavka da je ta osoba jugoslavenski državljanin). Prema mišljenju autora to je bilo vrlo dobro zakonsko rješenje jer su se s jedne strane građani oslobađali teškog tereta dokazivanja državljanstva, a s druge strane onemogućile su se špekulacije s državljanstvom – da se jednom pozivaju na domaće, a drugi put na strano državljanstvo.

Navedene odredbe valja tumačiti i kao mjeru kojom se nastojao smanjiti broj osoba koje će, u spomenutom slučaju sukcesije, ostati bez državljanstva.

Posebno valja naglasiti da je, u skladu s proklamiranim federativnim načelom državnog uređenja Jugoslavije, u Zakon o državljanstvu bila unesena odredba prema kojoj u novoj državi postoje dvije vrste državljanstva: državljanstvo federacije (savezno državljanstvo) i državljanstvo federalnih jedinica (zemaljska državljanstva, kasnije državljanstva narodne republike). U skladu s načelom jedinstvenosti svaki je državljanin narodne republike istodobno bio i državljanin FNRJ, a svaki državljanin FNRJ bio je i državljanin jedne narodne republike (članak 1., stavak 2. Zakona). Državljanin FNRJ mogao je imati državljanstvo samo jedne narodne republike. Valja napomenuti da je republičko državljanstvo bilo primarno, dok se jugoslavensko presumiralo, odnosno automatski se vezalo uz postojanje republičkoga državljanstva.

³³ Za iznimke od automatskog stjecanja vidi Ugovor o miru s Italijom iz 1947. (vidi bilješku 35).

Najvažniji izvori republičkoga državljanškog prava bili su republički zakoni o državljanstvu.³⁴ Određivanje kruga republičkih (zemaljskih) državljana bilo je teško i složeno političko i pravno pitanje. Naime, to se državljanstvo nije moglo nadovezati na prijašnje stanje jer je bila riječ o institutu koji je bio nepoznat u zakonodavstvu Kraljevine Jugoslavije.

Odlučeno je da kao glavni kriterij određivanja kruga osoba koje stječu republičko (zemaljsko) državljanstvo bude zavičajnost, odnosno članstvo općine. To su bili stari, poznati i priznati, pravni instituti (zavičajnost u Hrvatskoj) koji su stvarali pravnu vezu između građana s određenim užim područjem. Prema članku 37., stavak 1. Zakona o državljanstvu DFJ glavna osnova za određivanje državljanstva zemlje bila je zavičajnost (članstvo općine). Tako su državljani zemalja postali oni jugoslavenski državljani koji su na dan 6. travnja 1941. imali zavičajnost odnosno pripadnost pojedinoj općini na području dotične zemlje (mjerodavan je bio upravo dan 6. travnja 1941. jer se nisu uzimale u obzir promjene zavičajnosti (članstvo općine) koje su nastale u vremenu od 6. travnja 1941. do 28. kolovoza 1945.).

Uz određene pretpostavke i u određenom roku, poslije je dana mogućnost državljaninu FNRJ, koji nije želio biti državljani republike primjenom kriterija zavičajnosti, da ima državljanstvo neke druge republike. Na temelju valjane izjave osobe određivalo se državljanstvo one narodne republike za koju se ta osoba odlučila i to s retroaktivnim djelovanjem. Dopunama Zakona propisano je da će se zakonima republika odrediti na koji će način državljani FNRJ, koji su već postali državljani neke druge narodne republike, moći izjasniti o tome da žele biti državljani druge narodne republike.

Postojali su, međutim, i slučajevi isključenja pojedinih kategorija osoba od državljanstva države sljednice (DFJ/FNRJ). Ti su slučajevi predviđeni u Ugovoru o miru s Italijom iz 1947., a podrobnije su u ovom radu opisani pod slučajem sukcesije države prijenosom (*cesijom*) talijanskoga državnog područja Jugoslaviji. Svrha takvih odredaba bila je spriječiti ili smanjiti slučajeve dvostrukog državljanstva.

Iz navedenoga je vidljivo da je opći uvjet za stjecanje državljanstva države sljednice (DFJ/FNRJ) bio “državljanstvo bivše države”. Uz to, neke su kategorije osoba za stjecanje novog državljanstva bile određene “zavičajnim pravom” *per-tinenza (ius soli)*, a neke “boravištem” (*ius soli*) u vezi s “nacionalnim (etničkim) porijeklom” (pripadnost jednom od naroda koji su tvorili FNRJ).

34 Zadnji zakon o republičkom državljanstvu u SR Hrvatskoj bio je Zakon o državljanstvu SR Hrvatske, NN broj 32/77.

5.3. Prijelaz dijela državnog područja u FNRJ (prijenos [cesija] državnog područja) odvijao se dva puta: 1947. kada je državno područje preneseno prema Ugovoru o miru s Italijom i 1954. kada je dio, tzv. Slobodnog Teritorija Trsta (državno područje određeno u članku 21. Ugovora o miru s Italijom) prenesen na FNRJ.

Državljanstvo stanovnika državnog područja koje je preneseno pod suverenitet države sljednice (FNRJ) bilo je određeno u mnogostranim i dvostranim međunarodnim ugovorima i u nacionalnim propisima države sljednice (FNRJ).

Jugoslavija je sklopila nekoliko međunarodnih ugovora koji su se odnosili na pitanje državljanstva:

i. Ugovor o miru s Italijom, Pariz, 10. veljače 1947.³⁵ (dalje u tekstu: Ugovor o miru s Italijom),

ii. Sporazum između FNRJ i Talijanske Republike o uređenju izvjesnih pitanja koja se odnose na opcije, Rim, 23. 12. 1950.,³⁶

iii. Memorandum o suglasnosti između Vlade Italije, Ujedinjene Kraljevine, Sjedinjenih Država i Jugoslavije o Slobodnom Teritoriju Trsta, London, 5. 10. 1954.³⁷ i

iv. Ugovor između SFRJ i Republike Italije, Osimo (Ancona), 10. 11. 1975. (Osinski sporazumi).³⁸

FNRJ je (kao država sljednica) detaljnije i provedbeno riješila pitanja stjecanja državljanstva koja su ugovorena u međunarodnim ugovorima i to u sljedećim internim (nacionalnim) pravnim propisima:

i. Zakon o državljanstvu osoba na području pripojenom FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom od 6. 12. 1947.³⁹ te

ii. Pravilnik o opciji s područja pripojenog FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom od 24. 12. 1947.⁴⁰

U spomenutim slučajevima sukcesije, prijenosa dijela državnog područja iz 1947. i 1954., primjenjivana su različita rješenja glede stjecanja državljanstva i s obzirom na automatsko stjecanje državljanstva države sljednice i na pravo na izbor državljanstva (pravo na opciju) te su u nastavku prikazana odvojeno.

U slučaju prijenosa državnog područja po Ugovoru o miru s Italijom iz 1947. bilo je predviđeno automatsko stjecanje državljanstva FNRJ za sve osobe talijanskoga državljanstva koje su na dan 10. lipnja 1940. imale prebivalište

35 Službeni list FNRJ, broj 74 od 29. 8. 1947.

36 Dodatak Službenog lista, broj 12 od 21. 7. 1956.

37 Službeni list FNRJ, Dodatak broj 6, od 27. 10. 1954., citirano iz: Krbeč, *op. cit.*, str. 359 *et seq.*

38 Službeni list, Međunarodni ugovori, broj 1 od 11. 3. 1977.

39 Službeni list FNRJ, broj 104 od 6. 12. 1947., citirano iz: Krbeč, *op. cit.*, str. 69 *et seq.*

40 Službeni list, broj 109 od 24. 12. 1947.

(*domicil*) na području koje je pripojeno teritoriju FNRJ, kao i za njihovu djecu rođenu poslije tog dana. Te su osobe stekle savezno državljanstvo FNRJ danom stupanja na snagu Ugovora o miru (15. rujna 1947.).⁴¹

Navedene su osobe automatski stekle savezno državljanstvo FNRJ i republičko državljanstvo i to one narodne republike na čijem su području imale prebivalište na dan 10. lipnja 1940.⁴² Osobe koje su imale istu nacionalnu pripadnost kao narod neke druge narodne republike imale su pravo dati izjavu pred nadležnim jugoslavenskim vlastima da žele postati državljaninom one republike čijoj narodnosti pripada. U tom slučaju smatralo se da je ta osoba stekla državljanstvo te druge narodne republike na dan 15. rujna 1947.

Opći uvjeti (kriteriji) za stjecanje državljanstva države sljednice bili su tako posjedovanje “državljanstva” bivše države zajedno s prebivalištem (*ius soli*).

Određen krug osoba dobio je, međutim, pravo na izbor državljanstva te su pod određenim uvjetima i rokovima opcijom mogle zadržati talijansko državljanstvo. Te su osobe bile izuzete od automatskog stjecanja državljanstva FNRJ i to na sljedeći način: osobe s talijanskim državljanstvom, koje su na dan 10. lipnja 1940. imale prebivalište (*domicil*) na području koje je pripojeno teritoriju FNRJ, i čiji je razgovorni jezik talijanski, dobile su pravo optirati za talijansko državljanstvo u roku od godine dana od stupanja na snagu Ugovora. Svaka osoba koja je optirala na taj način zadržala je talijansko državljanstvo i nije se uzimalo (tj. fingiralo se) da je stekla državljanstvo države kojoj je ustupljen teritorij (jugoslavensko državljanstvo).⁴³ Kategorija osoba s pravom na opciju bila je tako određena kumulativnim postojanjem “državljanstva”, “prebivališta” i “razgovornog jezika”.

Jugoslavenska vlada mogla je zahtijevati od osoba koje su se koristile pravom opcije da se presele u Italiju u roku od godine dana računajući od dana optiranja.⁴⁴ Pravo na opciju bilo je individualno pravo svake osobe. Podrobnije odredbe o korištenju prava na opciju bile su predviđene u internom zakonodavstvu Jugoslavije i to u Zakonu o državljanstvu osoba na području pripojenom FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom od 6. 12. 1947. i Pravilniku o opciji s područja pripojenog FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom od 24. 12. 1947.

Slično pravo na izbor državljanstva (jugoslavenskog – i saveznog i republičkog) bilo je predviđeno za talijanske državljane čiji je razgovorni jezik jedan od jugoslavenskih jezika (hrvatski, slovenski ili srpski), a čije se stalno mjesto boravka nalazi na talijanskom teritoriju. Oni su mogli steći jugoslavensko državljanstvo, ako jugoslavenske vlasti prihvate molbu koju oni podnesu diplomatskom ili konzularnom predstavniku Jugoslavije u Italiji. Jugoslavenska vlada bila je obvezna diplomatskim putem dostaviti talijanskoj vladi popise osoba koje su tako stekle jugoslavensko državljanstvo. Na dan službene dostave popisa osobe navedene u njemu gubile su

41 Vidi članak 19., stavak 1. Ugovora o miru s Italijom.

42 Vidi članak 1., stavak 1. Zakona o državljanstvu osoba na području pripojenom FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom od 6. 12. 1947.

43 Vidi članak 19., stavak 2. Ugovora o miru s Italijom.

44 *Ibid.*, članak 19., stavak 3.

talijansko državljanstvo. Talijanska vlada mogla je tražiti od tih osoba preseljenje u Jugoslaviju u roku od godine dana računajući od dana spomenute službene dostave.⁴⁵

Iz navedenog proizlazi da je Ugovorom o miru s Italijom bilo predviđeno automatsko stjecanje državljanstva FNRJ (kao države sljednice) za osobe koje su imale prebivalište na ustupljenom teritoriju. Uz savezno, automatski se stjecalo i republičko državljanstvo republike u kojoj je osoba imala prebivalište, s mogućnošću opcije za drugo republičko državljanstvo, ako je osoba imala nacionalnu pripadnost naroda u toj drugoj republici.

Iznimka od automatskog stjecanja odnosila se na osobe koje su imale boravište na ustupljenom području, ali im je razgovorni jezik bio talijanski te su, sljedom toga, imale pravo opcije za talijansko državljanstvo. Ako su se koristile pravom opcije, one nisu stekle talijansko državljanstvo, nego su ga zadržale te se fingiralo da nisu nikada ni stekle jugoslavensko državljanstvo.

Kao što je razvidno iz izloženoga, ugovorena rješenja imala su za cilj i sprječavanje nastanka slučajeva dvostrukog državljanstva ili slučajeva bez državljanstva. Talijanski državljani koji su imali boravište dana 10. lipnja 1940. na prenesenom državnom području stekli su, na dan stupanja na snagu Ugovora o miru s Italijom, savezno državljanstvo FNRJ i državljanstvo odgovarajuće narodne republike. Izbjegnuti su slučajevi osobe bez državljanstva. Međutim, kod talijanskih državljana kojima je govorni jezik bio talijanski i koji su se koristili pravom na opciju uzimalo se da nisu stekli državljanstvo FNRJ te da su zadržali talijansko državljanstvo. Na taj se način izbjeglo stvaranje slučajeva dvojnog državljanstva.

U slučaju sukcesije države glede državnog područja određenog u članku 21. Ugovora o miru s Italijom (tzv. Slobodnog Teritorija Trsta) koji je prenesen (cediran) djelomično Italiji, a djelomično FNRJ 1954., stjecanje državljanstva bilo je određeno na sljedeći način.

Stjecanje državljanstva države sljednice bilo je uređeno Osimskim sporazumima tako da je izrijeком određeno da će se državljanstvo države sljednice steći u skladu s njezinim unutarnjim propisima. Za dio koji je pripao FNRJ mjerodavni su bili, dakle, već ranije doneseni propisi FNRJ. Slijedom navedenoga, sukladno Osimskim sporazumima, a na temelju unutarnjih propisa FNRJ, stjecanje jugoslavenskog državljanstva bilo je automatsko za osobe koje su 10. lipnja 1940. bile talijanski državljani i koje su imale stalno boravište na teritoriju navedenom u članku 21. Ugovora o miru s Italijom iz 1947. (te za njihove potomke rođene nakon tog datuma), ako se stalno boravište tih osoba u trenutku stupanja na snagu ovog Ugovora nalazi na teritoriju FNRJ.⁴⁶

Opći uvjet (kriterij) za automatsko stjecanje državljanstva države sljednice bilo je postojanje “državljanstva” bivše države zajedno sa “stalnim boravištem” (*ius soli*) te nije bilo slučajeva izuzeća od automatskog stjecanja državljanstva FNRJ.

⁴⁵ *Ibid.*, članak 20.

⁴⁶ Na odgovarajućim područjima koja su pripala FNRJ ta su pitanja bila regulirana Zakonom o državljanstvu osoba na području pripojenom FNRJ po Ugovoru o miru s Italijom od 6. 12. 1947.

Osobe koje su iskoristile svoje pravo na iseljenje u Italiju i stjecanje talijanskoga državljanstva bile su otpuštene iz jugoslavenskoga državljanstva (saveznog i republičkog) koji su prethodno automatski stekle.

Pravo na izbor državljanstva, i to posredano, bilo je priznato pripadnicima talijanske manjine na koje se odnosi odredba stavka 1., članka 3. Osimskih sporazuma.⁴⁷ Pravo na izbor državljanstva bilo je omogućeno, posredno, izborom na iseljenje u Italiju, pod uvjetima predviđenim u razmjeni pisama koja su priložena uz Osimske sporazume.⁴⁸ Kategorija osoba s pravom na opciju bila je određena kumulativnim postojanjem “državljanstva”, “stalnog boravišta” (na području određenom člankom 21. Ugovora o miru, tj. na području tzv. Slobodnog Teritorija Trsta) i “pripadnosti manjini”.

Pravo na izbor državljanstva bilo je individualno pravo svakog pojedinca, a ne zajedničko (kolektivno) pravo pripadnika talijanske manjine na tom području. Svaki pripadnik talijanske manjine trebao je izraziti svoju volju za iseljenjem u Italiju i to preko jugoslavenskih vlasti. Talijanske vlasti su zatim, nakon ispitivanja statusa svakog pojedinog podnositelja zahtjeva, izvijestile jugoslavenske vlasti o tome smatraju li podnositelja zahtjeva pripadnikom talijanske manjine i priznaju li mu talijansko državljanstvo. U takvim slučajevima jugoslavenske su vlasti bile obvezne podnositelju zahtjeva dati otpust iz jugoslavenskoga državljanstva. Podnositelj zahtjeva bio je obvezan iseliti se iz FNRJ u roku od tri mjeseca od primitka službene obavijesti o otpustu iz jugoslavenskoga državljanstva. Dan iseljenja smatrao se i danom njegova gubitka jugoslavenskog državljanstva.

Isto takvo pravo bilo je priznato i pripadnicima (raznih) jugoslavenskih manjina koji su bili talijanski državljani i imali 10. lipnja 1940. stalno boravište na dijelu teritorija bivšeg Slobodnog Teritorija Trsta koji je postao talijanski.

Nastanak slučajeva dvostrukog državljanstva ili slučajeva bez državljanstva izbjegnuto je na sljedeći način. Talijanski državljani koji su dana 10. lipnja 1940. imali stalno boravište na državnom području koje je pripalo FNRJ automatski su stekli jugoslavensko državljanstvo te se nisu pojavili slučajevi bez državljanstva. S druge strane, pripadnici talijanske manjine koji su se koristili pravom na preseljenje u Italiju te im je priznato talijansko državljanstvo dobivali su otpust od jugoslavenskog (saveznog i republičkog) državljanstva. Tako su izbjegnuti slučajevi dvojnoga državljanstva.

47 Vidi članak 3., stavak 2. Osimskih sporazuma iz 1975.

48 *Ibid.*, Dodatak VI.

5.4. Raspad Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i nastanak Republike Hrvatske (8. listopada 1991.)

Bivša SFRJ raspala se 1991./1992. godine. Arbitražna komisija, koja je osnovana i počela djelovati u okviru Konferencije o Jugoslaviji pod pokroviteljstvom Europske zajednice (1991. godine) i koja je od kolovoza 1992. godine nastavila djelovati u okviru UN/EZ Konferencije o bivšoj Jugoslaviji, dala je odgovore na niz pravnih pitanja vezanih uz događaje na području tadašnje SFRJ, uključujući o njezinu raspadu i nastanku novih država sljednica.⁴⁹ Tako je u Mišljenju broj 1⁵⁰ utvrdila da je SFRJ “u postupku raspada”, a u Mišljenju broj 8⁵¹ da je “proces raspada SFRJ ... sada dovršen i da SFRJ više ne postoji”. Dodatno je istaknuto, u Mišljenju broj 9⁵², da “niti jedna od država sljednica ne može samo za sebe tražiti prava na članstvo koja je prije uživala SFRJ”. Navedeno je stajalište potvrđeno u Rezoluciji Vijeća sigurnosti 777 (1992.)⁵³ koja je “primila na znanje” da je “država, nekada znana pod nazivom SFRJ, prestala postojati”.

U Mišljenju broj 11⁵⁴ Arbitražna komisija utvrdila je datume sukcesije država za svaku od pet država sljednica bivše SFRJ:

- Republika Hrvatska	8. listopada 1991.
- Republika Slovenija	8. listopada 1991.
- Republika Makedonija	17. studenoga 1991.
- Republika Bosna i Hercegovina	6. ožujka 1992.
- SR Jugoslavija (Srbija i Crna Gora)	27. travnja 1992.

Nadalje je utvrđeno da su, osim ako se sljednice ne dogovore drukčije, navedeni datumi trenutak kada su državna imovina, arhiva, dugovi i ostala prava bivše SFRJ prešli na pojedinu državu sljednicu.

Republika Hrvatska može se smatrati državom od 25. lipnja 1991. na temelju Ustavne odluke o suverenosti i samostalnosti Republike Hrvatske⁵⁵, koju je donio Sabor Republike Hrvatske zajedno s Deklaracijom o proglašenju suverene i samostalne Republike Hrvatske.⁵⁶ Međutim, danom sukcesije država, tj. danom kad je Hrvatska preuzela međunarodnu odgovornost za svoje državno područje, smatra se 8. listopada 1991., kako je to potvrdio Sabor Republike Hrvatske svojom Odlukom

49 Metelko, Josip, *Pravna pitanja sukcesije bivše SFRJ u mišljenjima Arbitražne komisije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, god. 45. (1995), br. 6, str. 673-697.

50 Conference on Yugoslavia, Arbitration Commission: Opinion No. 1, 31 ILM, str. 1494 -1497 (1992.).

51 *Ibid.*, Opinion No. 8, 31 ILM, str. 1521 – 1523 (1992.).

52 *Ibid.*, Opinion No. 9, 31 ILM, str. 1523 – 1525 (1992.).

53 S/RES/777(1992.) od 19. rujna 1992. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/451/57/IMG/N9245157.pdf?OpenElement>.

54 International Conference on the Former Yugoslavia, Documentation on the Arbitration Commission under the UN/EC (Geneva) Conference: Opinion No. 11, 32 ILM, str. 1587 – 1589 (1993.).

55 Narodne novine, broj 31/91, str. 849 – 850.

56 *Ibid.*, str. 850 – 852.

i Zaključkom od 8. listopada 1991.⁵⁷ (nakon isteka tromjesečnog roka suspenzije primjene Ustavne odluke, kako je bilo određeno Zajedničkom deklaracijom usvojenom na Brijunima 7. srpnja 1991.). Prihvaćenost 8. listopada 1991. kao dana sukcesije Republike Hrvatske vidljiva je ne samo iz citiranog Mišljenja Arbitražne komisije broj 11, već i iz općeprihvaćene međunarodnopravne prakse sukcesije Republike Hrvatske međunarodnim ugovorima. Depozitari mnogostranih međunarodnih ugovora, nakon notifikacije sukcesije Republike Hrvatske pojedinom međunarodnom ugovoru, smatraju Republiku Hrvatsku njezinom strankom upravo od 8. listopada 1991. Na jednak način pri ugovaranju sukcesije dvostranih međunarodnih ugovora redovito se uzima taj datum kao trenutak od kada se u odnosima između Republike Hrvatske i te druge države primjenjuju svi, ili određeni, ugovori koji su bili na snazi između te države i bivše SFRJ.

Zakoni o državljanstvu bili su među prvim zakonskim aktima donesenim od država sljednica bivše SFRJ.

U Republici Hrvatskoj državljanstvo osoba s područja koje je došlo pod suverenost Republike Hrvatske, odnosno načini i uvjeti stjecanja hrvatskoga državljanstva, regulirani su njezinim unutarnjim zakonodavstvom, Zakonom o hrvatskom državljanstvu.⁵⁸

Zakon o hrvatskom državljanstvu prihvatio je sljedeća rješenja glede stjecanja državljanstva te se hrvatskim državljaninom na dan stupanja Zakona na snagu smatraju sljedeće dvije kategorije osoba:

(a) Hrvatskim državljaninom smatra se osoba koja je to svojstvo stekla po propisima važećim na dan stupanja na snagu ovog Zakona.⁵⁹ Na taj su način sve osobe koje su imale državljanstvo SR Hrvatske automatski stekle državljanstvo Republike Hrvatske. Budući da su svi državljani bivše SFRJ istodobno imali i državljanstvo jedne od republika, ovom se odredbom željelo izbjeći nastajanje osoba bez državljanstva.

(b) Hrvatskim državljaninom smatra se i pripadnik hrvatskoga naroda koji na dan stupanja na snagu ovog Zakona nema hrvatsko državljanstvo, a na taj dan ima prijavljeno prebivalište u Republici Hrvatskoj, ako da pisanu izjavu da se smatra hrvatskim državljaninom.⁶⁰ U navedenom slučaju potrebno je kumulativno ispunjenje tri uvjeta: pripadnost hrvatskom narodu, prebivalište i pisana izjava da se smatra hrvatskim državljaninom. Takvo stjecanje hrvatskoga državljanstva je *ex tunc*, od dana stupanja na snagu Zakona o hrvatskom državljanstvu.

Nisu postojale iznimke od gore navedenog načela da su te dvije skupine osoba smatrane državljanima Republike Hrvatske od dana stupanja na snagu Zakona o državljanstvu.

⁵⁷ *Ibid.*, broj 53/91, str. 1463 i 1464.

⁵⁸ Narodne novine, broj 53/91, 70/91 i 28/92.

⁵⁹ Vidi članak 30., stavak 1. Zakona o hrvatskom državljanstvu.

⁶⁰ *Ibid.*, članak 30., stavak 2.

Zakon nije predvidio mogućnost opcije. Međutim, svaka osoba koja je stekla hrvatsko državljanstvo na navedeni način mogla je zatražiti primitak u državljanstvo i neke druge države sljednice bivše SFRJ ili bilo koje druge države bez obveze istodobnog gubitka (*i. e.* oduzimanja) hrvatskoga državljanstva. Ustav Republike Hrvatske⁶¹ određuje da se državljaninu Republike Hrvatske ni pod kojim uvjetima ne može oduzeti hrvatsko državljanstvo (članak 9., stavak 2. Ustava Republike Hrvatske).

Nadalje, osoba koja je rođena na teritoriju Republike Hrvatske, ili koja je u braku s hrvatskim državljaninom i kojoj je odobreno trajno nastanjenje na području Republike Hrvatske, može prirođenjem steći hrvatsko državljanstvo, bez dobivenog otpusta (*i. e.* odricanja) iz stranog državljanstva.

Zakon o hrvatskom državljanstvu poduzeo je mjere za izbjegavanje nastanka osoba bez državljanstva, odnosno svoja je rješenja temeljio na činjenici da su svi državljani bivše SFRJ istodobno imali i državljanstvo jedne od republika (te ako bi i sve države sljednice omogućile automatsko stjecanje državljanstva osobama koje su imale državljanstvo odgovarajuće republike, ne bi postojale osobe bez državljanstva). Za razliku od prethodno izloženih slučajeva sukcesije na području Republike Hrvatske, hrvatski Zakon o državljanstvu nije poduzeo mjere za izbjegavanje nastanka osoba s dva ili više državljanstva.

Tako se osoba, koja nije imala državljanstvo Republike Hrvatske u bivšoj SFRJ već ima državljanstvo neke druge države, smatra hrvatskim državljaninom, ako je kao pripadnik hrvatskoga naroda s prebivalištem u RH i dala je odgovarajuću izjavu. Pri tomu se ne mora odreći svojeg prethodnog državljanstva. Na sličan način dvostruko ili višestruko državljanstvo mogu steći osobe rođene na teritoriju Republike Hrvatske, ili koje su u braku s hrvatskim državljaninom, ako im je odobreno trajno nastanjenje na području Republike Hrvatske.

6. POKUŠAJI UREĐENJA PITANJA SUKCESIJE DRŽAVLJANSTVA NA MEĐUNARODNOJ RAZINI

6.1. Područje bivše SFRJ (regionalna razina)

U okviru rada Međunarodne konferencije o bivšoj Jugoslaviji bilo je pokušaja pitanje državljanstva osoba s područja bivše SFRJ ugraditi u mnogostrani međunarodni ugovor koji bi uređivao niz pitanja vezanih uz sukcesiju bivše SFRJ i koji bi se sklopio između svih država sljednica. U tom smislu je 1994. godine državama sljednicama podnesen na razmatranje *The Draft Treaty Concerning Succession to the Former SFRY*, koji je među ostalim predlagao sporazumno

61 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 i Promjene Ustava Republike Hrvatske, NN, br. 76/10.

utvrđivanje načela za rješavanje pitanja državljanstva pojedinih država sljednica. Kao osnovno pravilo predloženo je da se svaki državljanin SFRJ, koji je na dan sukcesije odgovarajuće republike bio i državljanin te republike, smatra državljaninom države sljednice koja je nastala iz te republike (članak II.1).⁶² Dakle, kao osnovno načelo za stjecanje državljanstva države sljednice tada je bilo predlagano *državljanstvo odgovarajuće republike* u državi prednici.

U Ugovoru o pitanjima sukcesije⁶³, koji je potpisan u Beču 29. lipnja 2001. godine, i kojim su države sljednice utvrdile osnove za međusobnu raspodjelu prava, obveza, imovine, dugova, arhive bivše države te načela rješavanja nekih drugih pitanja (kao što su mirovine, zaštita privatnog vlasništva i stečenih prava) ne nalaze se, međutim, odredbe o stjecanju državljanstva fizičkih osoba obuhvaćenih sukcesijom bivše Federacije. Rješavanje tog pitanja tako je ostalo prepušteno zakonodavstvima država sljednica.

6.2. Okrilje Ujedinjenih naroda

U poglavlju 3. ovoga rada prikazani su naponi koji su poduzimani u okrilju Ujedinjenih naroda kako bi se došlo do međunarodnopravno obvezujućeg instrumenta koji bi na globalnoj razini uređivao pitanje državljanstva fizičkih osoba u slučajevima sukcesije država.

Opća skupština je 2000. godine primila na znanje *Nacrt članka o državljanstvu fizičkih osoba u odnosu na sukcesiju država* (zajedno s komentarom) i pozvala je vlade da uzmu u obzir njegove odredbe, tamo gdje je to primjereno, kada rješavaju pitanja državljanstva fizičkih osoba u slučaju sukcesije država. Poziv je obnovljen i 2004. godine, a potom i 2009. godine, kada su vlade i ohrabrene da na regionalnoj ili subregionalnoj razini razrade pravne instrumente u vezi s državljanstvom fizičkih osoba u slučaju sukcesije država, posebice radi sprječavanja nastanka osoba bez državljanstva kao posljedice sukcesije država. Sada se očekuje da će se navedena tema naći na dnevnom redu zasjedanja Opće skupštine 2011./2012. godine.

Navedeni naponi do sada nisu doveli do usvajanja teksta međunarodnog ugovora, univerzalnog instrumenta, koji bi uređivao pitanje državljanstva fizičkih osoba u slučajevima sukcesije država. Treba vidjeti hoće li Nacrt članka ipak jednom poslužiti kao predložak za izradu univerzalnog međunarodnog ugovora i

62 Uz navedeno načelo, koje je u cijelosti već prihvatio hrvatski zakon o državljanstvu, predlagano je da su države sljednice slobodne u propisivanju stjecanja i gubitka svojeg državljanstva pod uvjetom da ni jedan državljanin bivše SFRJ ne smije ostati bez državljanstva te da će se dopuštati dvojno državljanstvo, bez obveze odricanja od jednog od državljanstva ili prava države na oduzimanje jednog od njih (članak II.2).

63 NN-MU br. 2/2004. Ugovor sadržava sedam aneksa te se svaki od njih posebno bavi određenom temom (Aneks A – pokretna i nepokretna imovina, Aneks B – diplomatska i konzularna imovina, Aneks C – financijska aktiva i pasiva, Aneks D – arhiva, Aneks E – mirovine, Aneks F – ostala prava, interesi i odgovornosti i Aneks G – privatno vlasništvo i stečena prava) i ni jedan dio ne uređuje pitanje državljanstva fizičkih osoba obuhvaćenih sukcesijom bivše SFRJ.

hoće li to biti u predloženom ili nešto izmijenjenom sadržaju. Mislimo da određeni važni članci Nacrta ipak ne odražavaju postojeće običajno međunarodno pravo, nego predstavljaju (tek mogući) progresivni razvitak (*progressive development*)⁶⁴ međunarodnog prava.

U tom kontekstu nije nevažno primijetiti da neke od predloženih odredaba Nacrta članaka u bitnome odstupaju od prevladavajuće prakse država u sukcesiji država krajem 20. stoljeća. Kao primjer navodimo članak 5. Nacrta članaka⁶⁵ pod nazivom “presumpcija državljanstva” kojim se presumira da su osobe koje su imale redovito prebivalište (*habitual residence*) na državnom području, koje je predmet sukcesije, stekle državljanstvo države sljednice u odnosu na to područje (pod uvjetom da su imale državljanstvo države prednice) od dana sukcesije. U konkretnom slučaju Republike Hrvatske to bi značilo da bi pravo na stjecanje hrvatskoga državljanstva trebali imati svi državljani bivše SFRJ koji su imali prebivalište u Republici Hrvatskoj na dan sukcesije.

U Drugom dijelu pod nazivom “Odredbe koje se odnose na pojedine kategorije sukcesije država” takva se stajališta podrobnije razrađuju i u slučajevima “Raspada države” (odjeljak 3., članci 22. i 23.).⁶⁶ Tako bi svaka država sljednica bila obvezna dodijeliti svoje državljanstvo osobi koja je bila državljani države prednice, a koja je imala redovito prebivalište na državnom području koje je stekla odnosna država sljednica (članak 22., stavak 1. (a)), a tek se podredno, ako osobe nemaju redovito prebivalište na području koje je zahvaćeno sukcesijom, kao kriterij javlja postojanje odgovarajuće pravne sveze s konstitutivnom jedinicom države prednice koja je postala dio države sljednice (članak 22., stavak 1., (b)(i)) – dakle, državljanstvo odgovarajuće konstitutivne jedinice raspadnute federacije. U treću kategoriju osoba koje bi trebale steći državljanstvo države sljednice ulaze osobe koje su rođene ili su imale zadnje prebivalište na državnom području koje je pripalo odnosnoj državi sljednici (članak 22., stavak 1., (b)(ii)) ili imaju neku drugu odgovarajuću vezu s tom državom sljednicom.

Iz izloženih odredaba vidljivo je da bi država sljednica trebala biti obvezna dati svoje državljanstvo svim državljanima države prednice, neovisno o tomu jesu li bili i državljani odgovarajuće konstitutivne jedinice države prednice (načelo prihvaćeno u hrvatskom zakonodavstvu) ako su imali prebivalište na njezinu području (potparagraf (a)) ili su bili rođeni, odnosno imali posljednje prebivalište na njezinu području (potparagraf (b)) ili neku drugu odgovarajuću vezu. Navedena načela razlikuju se od načela prihvaćenih u zakonodavstvima ne samo Republike Hrvatske, već i ostalih sljednica bivše SFRJ, koje umjesto “državljanstva države prednice” i “prebivališta na teritoriju države sljednice” za automatsko stjecanje državljanstva traže “državljanstvo konstitutivne jedinice”. Ta su zakonodavstva, međutim, bivšim

64 O odnosu kodifikacije i progresivnog razvitka vidi u: Ibler, Vladimir, *op. cit.*, str. 257, 126 i 127.

65 Yearbook of the International Law Commission, 1999, vol. II (Part Two), para. 48., str. 28. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/3_4_1999.pdf.

66 *Ibid.*, str. 43.

državljanima države prednice koji imaju prebivalište u određenoj državi sljednici omogućavala lakši (privilegirani) način stjecanja njezina državljanstva (prirođenje).

U komentarima uz rečene članke Komisija obrazlaže zauzeto stajalište dvama razlozima.⁶⁷ Prvi je razlog da je takvo stajalište široko prihvaćeno kod autora te da je takva praksa postojala pri raspadu Austro-Ugarske Monarhije, što prema našem mišljenju nije u potpunosti utemeljeno. U tom se kontekstu poveznica *pertinenza* pokušava okarakterizirati kao prebivalište (*habitual residence*). Mislimo da je *pertinenza* bila više od prebivališta – posebna veza pojedinca s određenom općinom – te je predstavljala “pravo na državljanstvo”. Uz navedeno upozoravamo da *pertinenzu* nisu uopće mogli dobiti stranci, već je to pravo bilo rezervirano samo za državljane te države. Komisija u komentaru kao dodatni razlog tako prihvaćenom pristupu navodi i interes pojedinaca za stjecanjem državljanstva države u kojoj imaju prebivalište. Pritom napominje da se velik broj osoba u raspadu Češkoslovačke i Jugoslavije koristio pravom stjecanja državljanstva države sljednice na lakši (privilegirani) način, pozivom na prebivalište u toj državi.

U komentaru uz te članke Komisija pri tomu potvrđuje da je u slučaju raspada Češkoslovačke i SFR Jugoslavije kao prevladavajući kriterij prihvaćeno državljanstvo republika koje su bile u sastavu tih federacija, a ne prebivalište, te navodi zakonodavna rješenja koja su prihvatile Slovenija, Hrvatska, BiH, Makedonija, Češka i Slovačka.

Navedene, a moguće i neke druge odredbe iz *Nacrta članaka* koje zapravo predstavljaju odstupanja od već prihvaćene prakse država, sigurno imaju utjecaja na opću neprihvaćenost *Nacrta članaka*, odnosno na nesklonost država odlučiti se za “daljnju akciju” izrade pravnog instrumenta, međunarodnog ugovora, koji bi regulirao državljanstvo fizičkih osoba u slučaju sukcesije država.

Kodifikacija međunarodnog prava i *progressive development* glavni su zadatci Komisije za međunarodno pravo i njima Komisija treba težiti pri izradi nacrta međunarodnopravnih instrumenta kojima bi se uredilo neko područje međunarodnog prava. No, u slučajevima kao što je ovaj može se zapitati je li Komisija ugrađivanjem elemenata u takve nacрте koji odstupaju od već prihvaćene prakse država zaista pogodila *progressive development* u kojem bi se međunarodno pravo u tom području trebalo razvijati. U primjerima kao što je ovaj razvidno je da takve “novine” u nekom međunarodnopravnom instrumentu mogu odgoditi ili čak trajno onemogućiti postupak usvajanja nekog međunarodnopravnog instrumenta i, konačno, ako jednom i budu usvojene, utjecati na dinamiku njegova stupanja na snagu.

⁶⁷ *Ibid.*

7. ZAKLJUČAK

U radu prikazani slučajevi sukcesije država upozoravaju na važnost i potrebu postojanja, odnosno utvrđivanja pravila glede državljanstva osoba koje su u određenoj vezi s državnim područjem koje je predmet sukcesije. Riječ je o toliko životnom pitanju za pojedinca da se potreba njegova promptnog uređenja nameće sama po sebi. Pritom treba imati na umu da stanovništvo određene države čini bitan element državnosti države sljednice te da je i državama sljednicama u interesu urediti to pitanje u što kraćem roku, među ostalim, kako bi se stvorili uvjeti za njezino normalno funkcioniranje kao države na području koje je predmet sukcesije.

Pravila kojima se uređuje pitanje državljanstva pojedinaca u slučaju sukcesije država mogu biti bilo međunarodnopravne prirode – ugrađena u međunarodne ugovore (često ugovore o miru ili druge ugovore koji se sklapaju nakon prestanka rata), unutarnje pravne prirode – ugrađena u zakonodavstvo države sljednice ili njihova kombinacija. Prikazani slučajevi sukcesije na području Republike Hrvatske pokazuju da je u pravilu bilo riječ o kombinaciji izvora te da je jedino u slučaju raspada bivše SFRJ i nastanka država sljednica, svaka država sljednica to pitanje rješavala samostalno, svojim zakonodavstvom.

Automatsko stjecanje državljanstva države sljednice za određene kategorije osoba bilo je predviđeno u svim slučajevima sukcesije, uz često ostavljanje mogućnosti da na zahtjev i uz ispunjavanje određenih uvjeta i druge osobe steknu državljanstvo države sljednice. Pri tomu treba istaknuti da je u slučajevima sukcesija koje su se odvijale na državnom području Republike Hrvatske u četiri navrata bila dana i mogućnost opcije za neko drugo državljanstvo. Kriteriji utvrđeni za stjecanje državljanstva države sljednice ili izuzimanja od istog, kao i utvrđivanje prava na izbor (prava i neprava opcija), kreću se od “državljanstva (sastavnog) dijela države prednice”, “zavičajnog prava” (*pertinenza*), “boravišta” (domicil), “prebivališta”, “etničkog podrijetla” i slično te njihovih kombinacija.

Neovisno o prirodi pravnih pravila koja reguliraju državljanstvo osoba koje su u određenoj vezi s državnim područjem koje je predmet sukcesije, kroz praksu država razvila se svijest da se određena načela trebaju poštovati u slučajevima sukcesije država, kao što su poduzimanje mjera za izbjegavanje nastanka slučajeva bez državljanstva, izbjegavanje ili bar ograničavanje broja slučajeva nastanka dvojnog/višestrukog državljanstva te omogućavanje određenim kategorijama osoba pravo izbora (na izravan ili na posredan način). Neka od tih načela sadržana su u mnogostranim pa i dvostranim međunarodnim ugovorima kojima se uređuje pitanje državljanstva, i to neovisno o slučaju sukcesije država. Prikazi sukcesija država u ovom radu pokazuju da se i pri uređenju pitanja državljanstva u slučajevima sukcesija država na današnjem državnom području Republike Hrvatske vodilo računa i o navedenim načelima.

Summary

SUCCESSION OF STATES FROM 1918 UNTIL THE PRESENT DAY WITHIN THE REPUBLIC OF CROATIA TERRITORY AND ITS INFLUENCE ON NATIONALITY OF NATURAL PERSONS

The author in the article discusses different modes which were used to resolve the issue of nationality of natural persons in relation to the succession of states which took place within the current state territory of the Republic of Croatia from 1918 until today. In this period, which is marked with dissolution of the Austro-Hungarian Monarchy and newly obtained independence of the Republic of Croatia, six cases of the succession of states are detected. While discussing each case of succession, the author presents legal sources for regulation of nationality and explains principles (criteria) according to which the nationality of the successor state was acquired and the nationality of the predecessor state lost. Furthermore, the author determines whether there was a possibility to opt for one of these nationalities (the genuine or non-genuine option) or whether the nationality of the successor state was acquired automatically or upon a request of an individual. A special attention has been paid to measures which were taken to prevent cases of stateless individuals. Moreover, the author examines what kind of approach was taken by successor states in regards to the possibility to acquire dual or multiple nationalities. In addition, he presents an overview of the United Nations past efforts to adopt an international legal instrument which would regulate the issues of nationality of natural persons arising from succession of states on global level as well as of the attempt to regulate this issue in case of succession of the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia. From a critical point of view, the author scrutinises normative solutions encompassed within the Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States, which were adopted in 2000 by the United Nations General Assembly. In the text that follows he compares criticised provisions of the Draft Articles with solutions accepted in the Law on Croatian Citizenship as well as in legislative acts enacted in some other states which were created by the end of the twentieth century in the European continent. Moreover, the author offers one of possible explanations why until now the Draft Articles on Nationality of Natural Persons in Relation to the Succession of States have not been broadly accepted by states. If contrary, this would lead to enactment of an international agreement (a convention) that would regulate issues regarding the nationality of natural persons in relation to the succession of states.

Key words: *succession of states, nationality, territory of the Republic of Croatia.*

Zusammenfassung

RECHTSNACHFOLGE DER STAATEN VON 1918 BIS HEUTE AUF DEM GEBIET DER REPUBLIK KROATIEN UND IHRE WIRKUNG AUF DIE STAATSANGEHÖRIGKEIT VON NATÜRLICHEN PERSONEN

In vorliegender Arbeit werden die Arten und Weisen betrachtet, auf die die Frage der Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen in Fällen der Nachfolgestaaten auf dem Gebiet der heutigen Republik Kroatien seit 1918 bis heute gelöst wurde. In dieser Zeitspanne, seit dem Zerfall der Österreich-Ungarischen Monarchie bis zur Selbstständigkeit der Republik Kroatien, wurden sechs Sukzessionsfälle verzeichnet. Für jeden dieser Fälle werden Rechtsquellen dargestellt, die die Frage der Staatsangehörigkeit regelten, die Grundsätze (Kriterien) werden behandelt, die für den Erwerb neuer, bzw. den Verlust alter Staatsangehörigkeit festgelegt wurden. Des Weiteren wird festgestellt, ob die Möglichkeit der Staatsangehörigkeitswahl (echte oder unechte Option) bestand, ob der Erwerb neuer Staatsangehörigkeit automatisch oder in Folge eines Antrags erfolgte, welche Maßnahmen unternommen wurden, um das Vorkommen von Staatenlosen zu vermeiden und welche Einstellung bezüglich der Möglichkeit des Erwerbs der doppelten oder mehrfachen Staatsangehörigkeit genommen wurde. In dieser Arbeit wird auch der Überblick der bisherigen Bestrebungen der Vereinten Nationen dargeboten, ein völkerrechtliches Instrument auszuarbeiten, das auf globaler Ebene die Frage der Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen in Nachfolgestaaten regeln würde sowie die Versuche der Regelung dieser Frage in Zusammenhang mit der Rechtsnachfolge des ehemaligen SFR Jugoslawiens. Durch einen kritischen Rückblick auf einige Lösungen, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommenen Entwurf der Artikel über die Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen in Zusammenhang mit Staatennachfolge von 2000 beinhaltet sind und durch ihren Vergleich mit den Lösungen, die im kroatischen Gesetz über die kroatische Staatsangehörigkeit und in der Gesetzgebung einiger anderen Staaten, die Ende des 20. Jahrhunderts in Europa entstanden sind, angenommen wurden, wird auch eine der möglichen Antworten auf die Frage gegeben, aus welchem Grund der Entwurf der Artikeln bisher auf keine allgemeine Annahme in den Staaten gestoßen ist, die auch zur Annahme eines zwischenstaatlichen Vertrages (Übereinkommens) führen würde, der auf globaler Ebene die Frage der Staatsangehörigkeit von natürlichen Personen im Zusammenhang mit Staatenrechtsnachfolge regeln würde.

***Schlüsselwörter:** Rechtsnachfolge, Staatsangehörigkeit, Gebiet der Republik Kroatien.*

Riassunto

LE SUCCESSIONI DEGLI STATI DAL 1918 AD OGGI SUL TERRITORIO DELLA REPUBBLICA DI CROAZIA E LA LORO INFLUENZA SULLA CITTADINANZA DELLE PERSONE FISICHE

Nel lavoro si esaminano i modi nei quali si risolveva la questione della cittadinanza delle persone fisiche nei casi delle successioni di stati che avvennero sul territorio nazionale dell'attuale Repubblica di Croazia dal 1918 ad oggi. In tale periodo di tempo, il quale va dalla disgregazione della monarchia austro-ungarica sino all'indipendenza della Repubblica di Croazia, si contano sei casi di successione di stati. Per ognuno di questi casi di successione si illustrano le fonti giuridiche che regolarono la questione della cittadinanza, come anche si esaminano i criteri che vennero accertati al fine dell'ottenimento della nuova cittadinanza e contestuale perdita di quella vecchia; si indaga se esistesse o meno la possibilità di scegliere la cittadinanza (vera o non vera opzione), come pure se si giungesse all'acquisto della nuova cittadinanza per automatismo o su richiesta dei singoli. Ancora, si esamina quali misure furono attuate al fine di evitare l'esistenza di apolidi e quale fosse l'approccio circa la possibilità di acquisto di più cittadinanze. Nel lavoro si illustrano, altresì, gli sforzi compiuti sino ad ora dalle Nazioni Unite per la creazione di uno strumento di diritto internazionale, il quale regolerebbe sul piano globale la questione della cittadinanza delle persone fisiche nelle ipotesi di successioni di stati, come anche si esaminano i tentativi di disciplinare detta questione nel contesto della successione dell'ex RSFJ. Con nota critica relativamente ad alcune soluzioni contenute nel Disegno degli articoli sulla cittadinanza delle persone fisiche rispetto alla successione di stati, che nel 2000 è stato accolto dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con tanto di comparazione dei medesimi con le soluzioni accolte dalla Legge sulla cittadinanza croata, come anche nelle legislazioni di alcuni altri stati sorte alla fine del XX secolo nel continente europeo, viene offerta una delle possibili risposte all'interrogativo perché sino ad ora non abbia incontrato ampio consenso da parte degli stati il Disegno degli articoli, il quale condurrebbe all'accoglimento della convenzione, che disciplinerebbe su scala mondiale la questione della cittadinanza delle persone fisiche nei casi di successione degli stati.

Parole chiave: *successione, cittadinanza, territorio della Repubblica di Croazia.*

DIREKTIVA EU O ONEČIŠĆENJU MORA S BRODOVA I NADLEŽNOSTI OBALNIH DRŽAVA

Dr. sc. Dorotea Ćorić, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 504.42.054
Ur.: 21. rujna 2011.
Pr.: 15. studenoga 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Direktiva 2005/35/ o onečišćenju mora s brodova nameće državama članicama sankcioniranje povrede MARPOL propisa o onečišćenju mora s brodova.

Izazvala je vrlo burnu reakciju u pomorskom gospodarstvu smatrajući da su odredbe Direktive u suprotnosti s odredbama MARPOL konvencije i Konvencije o pravu mora iz 1982. godine.

U radu se analiziraju osnovne odredbe Direktive, te posebice presuda Europskog suda donesena u postupku o ispitivanju njezine pravovaljanosti.

Zaključuje se da obalne države prilikom usvajanja propisa u svezi s onečišćenjem mora s brodova moraju voditi računa o svojim zakonodavnim ovlastima iz Konvencije UN-a o pravu mora iz 1982.

Uz to, naglašava se da bilo kakve izmjene MARPOL standarda treba provoditi na međunarodnoj razini.

Ključne riječi: *onečišćenje, ispuštanje, namjera, nehaj, odgovornost, neškodljiv prolazak.*

1. UVODNE NAPOMENE

Velike nezgode tankera *Erika* 1999. i *Prestige* 2002.¹ ukazale su na opasnost koju predstavlja pomorski prijevoz, posebice prijevoz ulja i opasnih tvari za obalna područja Europske unije.

¹ Tanker *Erika* 12. prosinca 1999. doživio je havariju oko 60 nautičkih milja od francuske obale. Kao posljedica nezgode oko 20.000 tona ulja iscurilo je u more, a ostatak je ostao u pramčanom i krmenom dijelu broda koji su potonuli. Podatci prema IOPC Funds Annual Report 2002., str. 95.

Tanker *Prestige* u studenome 2002. zbog nevremena pretrpio je strukturna oštećenja. Potonuo je 21. prosinca 2002. oko 60 nautičkih milja od obale Galicije (Španjolska). Brod je prevozio 77.000 tona sirove nafte i većina tereta (70.000) iscurila je u more. Podatci prema IOPC Funds Annual Report 2004., str. 117.

Rezultirale su usvajanjem posebnih paketa zakonodavnih mjera koje imaju cilj pooštriti sigurnost plovidbe i zaštitu morskog okoliša od onečišćenja mora s brodova.²

U okviru mjera donesenih nakon nezgode tankera *Prestige* 2005. usvojena je Direktiva o onečišćenju mora s brodova koja obvezuje države članice na uvođenje sankcija (kaznenih i prekršajnih) za povredu MARPOL pravila iz Priloga I. i II. o onečišćenju mora s brodova uljem i štetnim tvarima.³

Direktiva iz 2005. usvojena je kao dopuna Odluke o jačanju kaznenog sustava u svezi s provođenjem propisa glede onečišćenja mora s brodova.⁴

Međutim, Europski sud presudom iz 2007. godine ukinuo je Okvirnu odluku Vijeća smatrajući da ista nije usvojena na valjanoj pravnoj osnovi.⁵

Kako bi se popunila nastala pravna praznina Europski parlament i Vijeće usvojili su 2009. Direktivu kojom se mijenja spomenuta Direktiva iz 2005. o onečišćenju mora s brodova i uvođenju sankcija za povrede.⁶

Svrha je Direktive da se MARPOL standardi sprječavanja onečišćenja mora s brodova učinkovito primjenjuju u Uniji te da osobe odgovorne za onečišćenje budu odgovarajuće sankcionirane. Tim se želi poboljšati sigurnost plovidbe i zaštita morskog okoliša.

Direktiva je usvojena temeljem čl. 80. st. (2) Osnivačkog ugovora⁷, koji se odnosi na ovlaštenje europskoga zakonodavca da može urediti pitanja prometa morem.

2 Više o navedenim mjerama v. u Radionov, N., Čapeta, T., Marin, J., Bulum, B., Kumpan, A., Popović, N., Savić, I., *Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2011., str. 321.-334.

3 Directive 2005/35/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements, *Official Journal of the European Union*, L 255, 2005, p. 11. (Directive 2005/35/EC).
MARPOL 73/78, *Narodne novine-Međunarodni ugovori*, br. 1/92. Za tekst Konvencije i njezinih priloga na engleskom i stručni prijevod na hrvatski jezik v. posebno izdanje Pomorskog glasnika MMPI, Međunarodna konvencija o sprječavanju onečišćenja mora s brodova, Zagreb, 2006.

4 Council Framework Decision 2005/667/JHA of 12 July 2005 to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution, *Official Journal of the European Union*, L. 255, 2005, p. 164.

5 Europska komisija podnijela je zahtjev Europskom sudu protiv Vijeća koje je usvojilo okvirnu Odluku dopunjenu spomenutom Direktivom smatrajući da ista nije usvojena na valjanoj pravnoj osnovi. Odluka je usvojena u okviru suradnje u kaznenim stvarima, koja je osnovana Ugovorom o Europskoj uniji. S obzirom na sadržaj i cilj Odluke (sigurnost plovidbe i zaštita morskog okoliša) Komisija smatra da ista ulazi u nadležnost Zajednice i treba biti usvojena na temelju Ugovora u osnivanju Europske ekonomske zajednice. Znači sama Zajednica ima nadležnost obvezati države članice da propišu odgovarajuće sankcije za prekršitelje propisa u svezi s onečišćenjem mora. Europski sud presudom od 27. listopada 2007. ukinuo je okvirnu Odluku Vijeća. V. *Judgment of the Court of Justice in Case C-440/05 Commission v. Council*, ECR (2007) I-9097.

6 Directive 2009/123/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 amending Directive 2005/35/EC on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements, *Official Journal of the European Union*, L.280, 2009, p. 52.

7 Nove i prijašnje verzije Osnivačkog ugovora dostupni su na web stranici: <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/index.htm> (9.07.2011.).

S obzirom na to da se gore navedena svrha i učinak predloženog djelovanja, bolje može postići na europskoj razini, Direktiva je usvojena kao posebna mjera, poštujući načelo supsidijarnosti.⁸

U skladu s načelom proporcionalnosti, ona ne prelazi okvire onoga što je potrebno da se ostvari navedena svrha.⁹

U tom pravcu, Direktiva obvezuje države članice da u svojim nacionalnim zakonodavstvima predvide odgovarajuće prekršajne, ali i kaznene sankcije za osobe koje su odgovorne za ispuštanja ulja i štetnih tvari.

U nastavku rada izložit će se osnovna obilježja Direktive i razloge ispitivanja njezine valjanosti pred Europskim sudom.

2. PODRUČJE PRIMJENE DIREKTIVE

Prema čl. 3.(1) Direktiva se primjenjuje na nezakonita ispuštanja ulja i štetnih tvari s broda, bez obzira na njegovu zastavu, na području:

- unutarnjih morskih voda, uključujući luke, država članica;
- teritorijalnog mora država članica;
- tjesnaca koji služe međunarodnoj plovidbi pod režimom tranzitnog prolaska u mjeri u kojoj država članica provodi jurisdikciju nad takvim tjesnacima;
- gospodarskog ili sličnog pojasa proglašenog u skladu s međunarodnim pravom i
- otvorenoga mora.

Iz primjene su isključeni ratni brodovi i njihovo pomoćno brodovlje te brodovi u vlasništvu države koji se koriste u nekomercijalne svrhe.¹⁰

Pod nezakonitim ispuštanjem Direktiva podrazumijeva sva ispuštanja koja su posljedica namjernog ili nehajnog kršenja MARPOL standarda na koje se Direktiva poziva i koja su rezultirala pogoršanjem kakvoće mora.

Manji slučajevi nezakonitih ispuštanja koji nisu rezultirali pogoršanjem kvalitete mora neće se smatrati povredom u smislu odredbi Direktive.

Međutim, više manjih, učestalih onečišćenja, počinjenih namjerno ili nehajno, a koja utječu na narušavanju kvalitete mora, smatrat će se kaznenim djelom.¹¹

Kaznenopravna odgovornost za kršenje MARPOL pravila tereti bilo koju fizičku ili pravnu osobu koja je počinila povredu propisa u smislu odredbi Direktive. Izuzeća od navedene odgovornosti moraju biti posebno propisana.

S tim u svezi, uz brodovlasnika i brodare, i druge fizičke ili pravne osobe, primjerice vlasnici tereta, klasifikacijska društva mogu snositi kaznenopravnu odgovornost.¹²

8 Točka (14) Direktive.

9 Točka (15) Direktive.

10 Čl. 3. st. 2. Direktive.

11 V. toč. (9) i (10) Direktive iz 2009.

12 V. toč. (7) Direktive iz 2009.

Direktiva poziva države članice na poduzimanje odgovarajućih mjera radi reguliranja kaznene odgovornosti pravnih osoba.¹³

U smislu odredbe 8.b kaznenopravna odgovornost pravnih osoba temelji se na krivnji fizičke osobe koja ima određenu ulogu u upravljačkoj strukturi pravne osobe, predstavlja pravnu osobu, donosi odluke u ime pravne osobe i provodi nadzor.

Kaznene sankcije trebaju biti dostatno stroge kako bi imale preventivan učinak, odnosno osujetile buduće kršenje propisa u svezi s onečišćenjem mora.¹⁴

Isto tako, prema čl. 5.b Direktive treba sankcionirati svako namjerno poticanje, podržavanje ili pomaganje u nepoštivanju MARPOL standarda.

Ona ne sadrži odredbe u svezi s određivanjem ili izvršenjem navedenih sankcija u pojedinačnim slučajevima.

Nadležnost sudova za vođenje kaznenih postupaka ustanovljuje se u skladu s nacionalnim pravom država članica i njihovim obvezama na temelju međunarodnog prava.

3. ISPUŠTANJA KOJA SE NE SMATRAJU POVREDOM

Pozivajući se na odgovarajuće odredbe MARPOL-a, Direktiva predviđa da se određena ispuštanja ulja i štetnih tvari neće smatrati povredom propisa pa se ne mogu sankcionirati.

U prvome redu, to se odnosi na ispuštanja koja zadovoljavaju odredbe MARPOL-a o nadzoru ispuštanja.¹⁵

Isto tako, MARPOL povredom neće se smatrati ispuštanja koja su učinjena radi zaštite sigurnosti broda ili spašavanja ljudskih života na moru, kao i ispuštanja koja je odobrilo nadležno tijelo obalne države u svrhu suzbijanja pojedinih nezgoda s onečišćenjem sa svrhom smanjivanja onečišćenja.¹⁶

Razlika odredbi Direktive u odnosu na MARPOL odredbe očituje se u odnosu na reguliranje glede ispuštanja koja su posljedica oštećenja broda ili njegove opreme.

Prema MARPOL konvenciji ispuštanje u more ulja i štetnih tvari koje je posljedica oštećenja broda ili njegove opreme, neće se smatrati povredom, pod uvjetom da su brodovlasnik i zapovjednik broda poduzeli sve razumne mjere kako bi

13 Pod pravnom osobom Direktiva podrazumijeva entitet koji prema mjerodavnom nacionalnom pravu ima status pravne osobe, osim države ili državnih javnih tijela, te međunarodnih organizacija V. čl. 1. toč. 3. Direktive iz 2009.

14 Čl. 8. Direktive iz 2009.

15 Čl. 5. Direktive u svezi s Pravilima 15., 34., 4.1.-4.3. Priloga I. te Pravilima 13., 3.1.1. ili 3.1.3. Priloga II. MARPOL-a. Tako npr. prema Prilogu I. dopušta se ispuštanje malih količina ulja, ali samo na putu i to na udaljenosti većoj od 50 morskih milja od najbližeg kopna, ako se ne radi o posebnim područjima gdje su sva ispuštanja zabranjena. Pored navedenog, brod mora biti opremljen propisanim uređajima za nadzor, te voditi evidenciju o količini i brzini ispuštanja zauljenih tvari.

16 Čl. 5. Direktive Pravilo 11(a) Priloga I. i Pravilo 6(a) Priloga II. MARPOLA-a i Pravilo 11(c) Priloga I. i Pravilo 6(c) Priloga II. MARPOLA-a.

se onečišćenje smanjilo ili spriječilo te da nisu postupali s namjerom ili bezobzirno i sa znanjem da će do štete vjerovatno doći.¹⁷

MARPOL ne govori o eventualnoj odgovornosti drugih osoba.

Za razliku od navedenog, Direktiva navodi da se ispuštanja u području tjesnaca, gospodarskih pojaseva ili otvorenog mora prouzročena oštećenjem broda ili njegove opreme neće smatrati povredom MARPOL-a za zapovjednika, brodovlasnika ili člana posade koji postupaju pod zapovjednikovom odgovornošću. Navedeno vrijedi pod uvjetom da su bile poduzete sve razumne mjere nakon oštećenja ili otkrivanja oštećenja te da navedene osobe nisu postupale s namjerom te bezobzirno i znajući da bi do štete vjerovatno moglo doći te nehajno.¹⁸

Znači, Direktiva navedena MARPOL oslobađanja priznaje samo brodovlasniku, zapovjedniku i članu posade. Ako se brodovlasnik i zapovjednik broda oslobode, druge osobe mogu biti odgovorne, čak i za blaži stupanj krivnje, odnosno nehajnu povredu.

Međutim, ukoliko je kao posljedica oštećenja broda ili njegove opreme došlo do onečišćenja na području teritorijalnog mora, MARPOL oslobađanje vrijede za sve osobe.

U oba slučaja brodovlasnik, zapovjednik broda i druge odgovorne osobe moraju dokazati da su poduzeli sve razumne mjere te da nisu postupali namjerno ili nehajno. Znači da Direktiva uvodi odgovornost i sankcioniranje nehajnog ponašanja, za razliku od MARPOL-a koji govori o namjeri.

Treba spomenuti, da Konvencija UN o pravu mora iz 1982. godine¹⁹ u čl. 230. navodi da se zbog kršenja nacionalnih i drugih propisa, kao i međunarodnih pravila i standarda za sprječavanje, smanjivanje i nadziranje onečišćenja morskog okoliša koji su počinili strani brodovi izvan teritorijalnog mora, mogu izreći samo novčane kazne.

Ako je do povrede došlo u teritorijalnom moru države stranke mogu se izreći samo novčane kazne, osim za namjerna i teška djela onečišćenja kada se mogu izreći i strože kazne, ako su propisane.

S obzirom na navedeno, Direktiva predviđa stroži režim odgovornosti za eventualna ispuštanja ulja i štetnih tvari u odnosu na MARPOL konvenciju i Konvenciju o pravu mora iz 1982.

17 Pravilo 4. toč. 2. MARPOL-a. Izraz bezobzirno i sa znanjem da će do štete vjerojatno doći, koristi se u pomorsko imovinskom pravu kao ponašanje koje dovodi do gubitka prava na ograničenje odgovornosti. Radi se o težem obliku krajnje nepažnje za čije je postojanje uz krajnju nepažnju potreban i daljnji element svijesti o nastupanju štetnih posljedica.

18 U kaznenom pravu razliku između namjernog i nehajnog počinjenja djela predstavlja svijest počinitelja glede nastupanja štetne posljedice. Kod namjere počinitelj je svjestan nastupanja moguće štetne posljedice, a on ju želi ili na nju pristaje. Kod nehajnog ponašanja može se raditi o svjesnosti nastupanja štetne posljedice, ali počinitelj lakomisleno smatra da ona neće nastupiti ili uopće ne postoji svijest o nastupanju štetne posljedice, iako je prema okolnostima počinitelj mogao i trebao biti svjestan nastupanja.

19 Konvencija UN-a o pravu mora iz 1982., *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, br. 11/95., 9/00.

Direktiva je izazvala vrlo burne reakcije osoba uključenih u svjetsko pomorsko gospodarstvo.

Oni su, udruženi u koaliciju pomorskoga gospodarstva, predali engleskom prvostupanjskom sudu zahtjev za preispitivanje valjanosti primjene Direktive u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske smatrajući da su njezine odredbe o kaznenoj odgovornosti za onečišćenje mora s brodova u suprotnosti s odredbama MARPOL konvencije, kao i odredbama Konvencije o pravu mora iz 1982.²⁰

Engleski je sud zahtjev smatrao osnovanim i Europskom sudu, na prethodnu odluku, uputio je pitanja o pravovaljanosti Direktive s obzirom na njezinu neusklađenost s odredbama MARPOL konvencije i Konvencije o pravu mora iz 1982.²¹

4. ODLUKA EUROPSKOG SUDA PRAVDE

Europski sud pravde u postupku ispitivanja pravovaljanosti Direktive razmatrao je sljedeća pitanja:

- Je li čl. 5. (2) Direktive nevažeći u mjeri u kojoj oslobađanje iz MARPOL konvencije glede ispuštanja na područjima izvan granica teritorijalnog mora, a koja su posljedica oštećenja broda i njegove opreme, predviđa samo za zapovjednika broda, brodovlasnika i člana posade, dok druge osobe mogu biti odgovorne? Pored toga, mogu li navedene osobe odgovarati i za nehajna ponašanja?

- Je li čl. 5.(1) Direktive nevažeći s obzirom na to da za brodovlasnika, zapovjednika i članove posade i druge odgovorne osobe za ispuštanja ulja i štetnih tvari na području teritorijalnog mora uvodi odgovornost i za blaži stupanj krivnje, te ometa li na taj način pravo neškodljivog prolaska?

U lipnju 2008. godine Europski sud donio je odluku kojom je potvrdio pravovaljanost Direktive.²²

U svom obrazloženju Sud je istaknuo da su tijela Zajednice vezana odredbama međunarodnih ugovora samo ako ih je potvrdila Zajednica, te priroda samog ugovora omogućuje navedeno ispitivanje.

Detaljno su analizirane odredbe MARPOL konvencije i Konvencije o pravu mora iz 1982. godine.

20 EU Ship Source Pollutin Directive, High Court Ruling, Case No:CO/10651/2005, Pronađeno na stranicama <http://www.intertanko.com/templates/Page.aspx?id=35771>(15.VI.2011.).

21 Detaljnije o sporu pred Engleskim sudom v. EU Directive on Ship Source Pollution- Open to Challenge? Dostupno na stranicama <http://www.sims.com/Articles/EU-CroimPoll1205.asp> (1.VII.2011.).

22 Judgment of the Court of Justice of 3 June 2008, *Official Journal of the European Union*, C 183, of 19 July 2008.

Sud je istaknuo da Zajednica nije stranka MARPOL konvencije već su to pojedine države članice. Zajednica ne može biti vezana pravilima MARPOL-a ukoliko ih nije sama potvrdila.

Sama činjenica da se Direktiva poziva na neke odredbe MARPOL-a nije dostatna da Sud preispituje njezinu valjanost glede odnosne konvencije.

Za razliku od MARPOL konvencije, Zajednica je potvrdila Konvenciju o pravu mora iz 1982. te je vezana njezinim odredbama.

Cilj Konvencije iz 1982. je kodifikacija i progresivni razvoj prava mora, koji će pogodovati međunarodnoj suradnji i pridonositi miroljubivoj upotrebi mora i oceana te pravičnom iskorištavanju njihovih bogatstava.

U tom pravcu Konvencija iz 1982., za sva morska područja, nastoji postići ravnotežu između interesa obalnih država i država zastave.

Ona ne sadrži pravila koja se izravno primjenjuju na pojedince niti im dodjeljuje određena prava. Konvencija uređuje odnose između država, pa pitanje valjanosti Direktive u odnosu na Konvenciju iz 1982. godine može podnijeti samo jedna država članica ili država nečlanica pred nekim drugim sudom (npr. Međunarodnim sudom za pravo mora).

Navedena obilježja Konvencije sprječavaju Sud da procjenjuje valjanost pojedinih akata Zajednice u odnosu na tu Konvenciju.

5. MIŠLJENJE PRAVOBRANITELJICE

Sud prilikom ocjene pravovaljanosti Direktive nije uzeo u obzir mišljenje pravobraniteljice,²³ posebice u odnosu na njezino obrazloženje pitanja nadležnosti obalnih država za donošenje propisa vezanih uz onečišćenje mora s brodova.

U svom je mišljenju pravobraniteljica istaknula da izvan granica teritorijalnog mora, Direktivu treba tumačiti s obzirom na ovlasti obalnih država iz Konvencije o pravu mora iz 1982.²⁴

Smatrajući da, osim brodovlasnika, zapovjednika ili članova posade, druge osobe mogu biti odgovorne, istaknula je da se nehajno ponašanje ne bi moglo sankcionirati.

Naime, u područjima izvan granica teritorijalnog mora propisi obalnih država u svezi s onečišćenjem mora s brodova prema čl. 211. st. 5. Konvencije iz 1982. godine moraju biti usklađeni s međunarodnim standardima, pa svako ponašanje koje je strože od MARPOL standarda ne može se smatrati povredom. To znači da se ne bi moglo sankcionirati nehajno ponašanje.

23 Mišljenje pravobraniteljice *Julianne Kokott* (samo u izvorniku na njemačkom) od 20. studenog 2007. dostupno je na internetskim stranicama: <http://eur-lex.europa.eu>. Detaljnije v. Khee-Jin Tan, A., *The EU Ship-Source Pollution Directive and Coastal Jurisdiction over Ships*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Volume 2010, Part 3, August 2010, p. 469.

24 V. Dio XII. Konvencije iz 1982. odsjek 5. Međunarodna pravila i nacionalno zakonodavstvo za sprječavanje, smanjivanje i nadziranje onečišćenja morskog okoliša, čl. 211.

Treba imati na umu da obalna država ima ovlaštenja za sankcioniranje propisa počinjenih izvan granica teritorijalnog mora, ali samo u granicama osnaženja primjenjivih međunarodnih standarda i pravila ili nacionalnih propisa koji su usklađeni s njima.

Unutar granica teritorijalnog mora, Direktiva može sankcionirati i nehajna ponašanja, znači može biti stroža od MARPOL standarda.

Svoje mišljenje pravobraniteljica objašnjava činjenicom da u području teritorijalnog mora obalne države mogu donositi propise u svezi sa sprječavanjem onečišćenja mora s brodova koji su stroži od međunarodnih standarda.

Pri tomu treba voditi računa da ti propisi ne ometaju pravo neškodljivog prolaska, niti se smiju odnositi na nacrt, konstrukciju, posadu ili opremu brodova.²⁵

S obzirom na navedeno, pravobraniteljica ističe da sankcioniranje nehajnih ponašanja jest strože od međunarodnog standarda, ali ne krši navedene uvjete u svezi sa zakonodavnom ovlašću obalne države u području teritorijalnog mora.

Direktiva navodi da obalne države mogu provesti odgovarajući postupak u slučaju sumnje da je brod počinio povredu propisa na području teritorijalnog mora, ako je brod dobrovoljno ušao u luku.²⁶

Ona ne sadrži nikakve provedbene mjere u odnosu na brod koji presijeca teritorijalno mora država članica.

U slučaju da brod samo koristi neškodljiv prolaz i nema namjeru ući u jednu od europskih luka, a postoji sumnja da je počinio povredu država članica u skladu sa čl. 7. Direktive može kontaktirati državu luke u koji brod ima namjeru uploviti za poduzimanje odgovarajućih mjera.

Znači, obalna država ne ometa pravo neškodljivog prolaska kada propisuje i osnažuje propise i za nehajne povrede propisa koji su rezultirali onečišćenjem na području teritorijalnog mora država članica.

Brod može biti zaustavljen samo u slučaju da država ima ozbiljnog razloga vjerovati da je brod prouzročio značajnije onečišćenje i poštivajući odredbe o provođenju istrage na stranim brodovima iz odsjeka VII. Konvencija iz 1982.²⁷

25 V. čl. 21. st. 2. i čl. 211. st. 4. Konvencije iz 1982. godine. Više o ovlaštenjima obalne države u odnosu na onečišćenje mora s brodova v. Jensen, O., *Coastal State Jurisdiction and Vessel Source Pollution*, FNI Report 3/2006.

26 Čl. 6. Direktive.

27 Čl. 7. st. 2. Direktive.

6. ZAKLJUČAK

Uzimajući u obzir navedeno, obalne države donoseći propise o sprječavanju onečišćenja mora s brodova izvan granica svog teritorijalnog mora ne smiju prekoraciiti međunarodna pravila i standarde, u ovom slučaju MARPOL standarde.

U tom pravcu treba tumačiti i odredbe Direktive koje se primjenjuju izvan granica teritorijalnog mora obalnih država.

Znači bila kakva ispuštanja ulja i štetnih tvari bit će dopušteni jedino pod propisanim MARPOL standardima.

Ispuštanja koja ne ispunjavaju te standarde zabranjena su i obalna država može ih sankcionirati.

Svaki pokušaj da se standardi postrože, pa i u pravcu uvođenja kaznenih sankcija za nehajne povrede propisa, treba učiniti na međunarodnoj razini pod okriljem Međunarodne pomorske organizacije.²⁸

Obalne države ne mogu i ne smiju jednostrano tumačiti MARPOL standarde kako bi opravdale svoju zakonodavnu nadležnost u donošenju novih pravila koja po njihovom mišljenju ne prelaze međunarodne standarde.

²⁸ Nengye L., Maes F., *The European Union and the International Maritime Organization: EU's External Influence on the Prevention of Vessel-Source Pollution*, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 41, No. 4, October, 2010.

Summary

THE EU DIRECTIVE ON SHIP-SOURCE POLLUTION AND ON THE JURISDICTION OF THE COASTAL STATES

The 2005/35/EC Directive on ship-source pollution imposes obligations for Member States to introduce penalties for infringements of Marpol regulations relating to pollution from ships.

The Directive has caused highly intensified reactions in shipping industry. The critics think that provisions of the Directive are contrary to the Marpol Convention and to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea.

The author in the article analyses basic provisions of the Directive paying special attention to the European Court of Justice decision which was delivered in proceedings commenced by the request to examine legal validity of the Directive.

The author concludes that coastal states have to take into account their powers under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea when adopting regulations relating to pollution from ships.

Moreover, the author highly stresses that any possible alterations of the Marpol standards have to be implemented on international level.

Key words: *pollution, discharge, intent, negligence, responsibility, safe passage.*

Zusammenfassung

EU-RICHTLINIE ÜBER DIE MEERESVERSCHMUTZUNG DURCH SCHIFFE UND DIE ZUSTÄNDIGKEITEN DER KÜSTENSTAATEN

Die Richtlinie 2005/35 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe drängt Mitgliedstaaten die Einführung von Sanktionen für die Verstöße gegen die MARPOL-Vorschriften über die Meeresverschmutzung durch Schiffe auf.

Die Richtlinie sorgte für Aufregung in der Seefahrt-Branche, weil die Bestimmungen dieser Richtlinie von den Bestimmungen des MARPOL-Übereinkommens und des Seerechtsübereinkommens aus dem Jahr 1982 abweichen.

In der Arbeit werden die Grundbestimmungen der Richtlinie und insbesondere das im Verfahren über die Prüfung ihrer Rechtsgültigkeit gefällte Urteil des Europäischen Gerichtshofes analysiert.

Es wird geschlossen, dass die Küstenstaaten bei der Verabschiedung von Vorschriften bezüglich der Meeresverschmutzung durch Schiffe Rücksicht auf ihre gesetzgebenden Zuständigkeiten aus dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen von 1982 nehmen müssen.

Außerdem wird betont, dass jegliche Änderungen von MARPOL-Normen auf der internationalen Ebene vorgenommen werden sollten.

Schlüsselwörter: *Verschmutzung, Emission, Vorsätzlichkeit, Fahrlässigkeit, Verantwortung, unschädliche Durchfahrt.*

Riassunto

LA DIRETTIVA UE RELATIVA ALL'INQUINAMENTO MARINO PROVOCATO DALLE NAVI E GIURISDIZIONE DEGLI STATI COSTIERI

La Direttiva 2005/35 relativa all'inquinamento marino provocato dalle navi impone agli Stati membri il sanzionamento della violazione delle norme MARPOL riguardanti l'inquinamento marino provocato dalle navi.

La direttiva ha provocato una reazione molto forte dell'economia marittima, ritenendo che le disposizioni della Direttiva sono in contrasto con le disposizioni della Convenzione MARPOL e della Convenzione sul diritto del mare del 1982.

Nel lavoro vengono esaminate le principali disposizioni della Direttiva, oltre che la decisione della Corte di Giustizia europea pronunciata nel procedimento di valutazione della sua validità.

Si perviene alla conclusione che gli stati costieri in occasione della attuazione delle norme relative all'inquinamento marino provocato dalle navi debbono tenere in considerazione la propria autonomia legislativa derivante dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1982 sul diritto del mare.

Inoltre, si sottolinea che qualsiasi modifica degli standard MARPOL va effettuata sul piano internazionale.

Parole chiave: inquinamento, scarico, intenzione, colpa, responsabilità,
passaggio non dannoso.

ŠUTNJA UPRAVE IZMEĐU TEORIJE I PRAKSE U SLOVENIJI

Dr. Polonca Kovač, docentica
Fakultet za upravu Sveučilišta u Ljubljani,
Republika Slovenija

UDK: 342.922(497.4)
Ur.: 26. travnja 2011.
Pr.: 18. kolovoza 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

U radu se kritičkom analizom izmjena regulacije i provedbe Zakona o općem upravnom postupku (ZUP) razmatraju teorijski i praktični aspekti instituta šutnje uprave u Republici Sloveniji. Prema većinskom modelu koji je na snazi u različitim zemljama, i u Sloveniji šutnja uprave predstavlja temelj za fikciju negativne odluke čime stranka napušta stanje pendencije te može ostvariti pravnu zaštitu kao da je njezin zahtjev odbijen. No pod utjecajem trendova u pogledu veće učinkovitosti u upravnim stvarima te kako bi se izbjeglo nerazumno dugo rješavanje, sve se češće uvodi fikcija pozitivne odluke. Uzimajući u obzir teorijsko - dogmatske aspekte uz istraživanje implementacije šutnje uprave u slovenskoj regulaciji te upravnoj i sudskoj praksi, autorica rada na temelju hipoteze da takva fikcija u općem zakonu zbog potrebe za meritornom zaštitom javnog interesa donosi više opasnosti nego koristi, prikazuje ograničenost zahvata takve vrste na upravnopravnom području.

Ključne riječi: *upravni postupak, šutnja uprave, rok rješavanja, učinkovitost, fikcija, Slovenija.*

1. UVOD

Upravni je postupak put tijekom kojeg se definira upravnopravni odnos između vlasti i adresata autoritativne norme. Taj odnos mora biti definiran tako što će se vlast obnašati učinkovito te ujedno demokratski, čime bi se trebalo osigurati načelo uravnotežene zaštite javnog interesa i prava stranaka. Kako bi se vlast obnašala na optimalno svrsishodan način, a u granicama zakonitosti te bez zloporaba na štetu poprilično slabije stranke u odnosu u usporedbi s upravnim tijelom koje vodi postupak te koje nastoji provesti ciljeve vlasti, srž upravnog postupka (u pravilu) predstavlja razrješenje kolizije između javnog i privatnog interesa stranke. Javni je interes pritom definiran kao ciljevi i načini ostvarivanja javnih politika koji su predviđeni propisima na snazi. Prisutnost zaštite javnog interesa kao izraz temeljnog načela zakonitosti tako predstavlja izrazitu posebnost rješavanja upravnih, odnosno javnopravnih stvari. Spomenuto ne vrijedi samo u upravnom postupku, nego i u naknadnome upravnom sporu, odnosno drugim oblicima sudske kontrole zakonitosti (pojedinačnih) upravnih i analognih akata. Stoga u većini europskih i drugih zemalja odnose među sudionicima uređuje poseban zakon ili barem kodeks o (općem) upravnom postupku.

Suvremeno shvaćanje upravnog postupka u kontekstu dobrog vladanja (*good governance*) zahtijeva usporednu i proporcionalnu zaštitu obaju interesa, javnog i privatnog.¹ No u posljednje se vrijeme u većem broju zemalja zadire u regulaciju ustaljenih instituta upravnoga postupovnog prava valjda radi učinkovitosti, ekonomičnosti, pojednostavljenja, otklanjanja administrativnih prepreka i sl. Značajnost se racionalnosti i učinkovitosti, naime, ističe u smislu potrebe za ekonomskim razvojem i sposobnosti ulaganja, ograničavanja recesije i sl.² Stoga se uvode upravni ugovori (npr. hrvatskim ZUP-om iz 2009. godine³), nagodbe, odricanje od prava na žalbu (npr. slovenskim ZUP-om⁴ iz 2008. godine), ograničava se potreba za izdavanjem akta, odnosno njegovim obrazloženjem itd. Također se uvodi i fikcija

1 Podrobnije o trendovima u EU te osobito razvoju upravnoga postupovnog prava u Republici Sloveniji (u daljnjem tekstu: RS) u sklopu opće reforme javne uprave u Kovač, P. i Virant, G. (ur.) i dr., *Razvoj javne uprave u Sloveniji 1991-2011*, Ljubljana, Uradni list RS, 2011.

2 Rusch, W., *Administrative Procedures in EU Member States*, u: *Conference on Public Administration Reform and European Integration* (Budva, Sigma), 2009., str. 5. Usp. Barnes, J., (ur.) i dr., *Transforming administrative procedure*, Sevilla, Global Law Press, 2008., str. 21, gdje se govori o »produktima« upravnog postupka.

3 Hrvatska je 2009. godine donijela novi ZUP (*Zakon o općem upravnom postupku*, NN RH br. 47/09, koji je stupio na snagu 1. 1. 2010.). Zaštita od štutnje uprave čini - prema tradiciji od 1922. godine - čak dio temeljnih načela novog ZUP-a (osobito vezano za ekonomičnost (članak 10.) i pravo na pravni lijek (članak 12.)); više u Koprić, I. i Đulabić, V. (ur.) i dr., *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, Zagreb, Institut za javnu upravu i Društveno veleučilište u Zagrebu, 2009.

4 U Sloveniji je na snazi *Zakon o općem upravnom postupku (Zakon o splošnem upravnom postopku*, Službeni list (Uradni list) RS br. 80/99, 70/00, 52/02, 73/04, 119/05, 105/06-ZUS-1, 126/07, 65/08, 8/10).

usvajajuće ili druge pozitivne odluke⁵ u slučaju šutnje uprave, osobito na razini EU-a u vezi s uslugama na unutarnjem tržištu (*Direktiva 2006/123/EZ*) i u Španjolskoj (*Lex Silencio Positivo*⁶) i hibridna rješenja⁷.

Fikcija pozitivne odluke znači da bi stranka u slučaju prekoračenja propisanog roka za donošenje rješenja od strane upravnog tijela, iako rok može biti nerealan ili još uvijek u granicama rješavanja bez nepotrebnog otezanja, izravno stekla ostvarivano pravo, odnosno pravni interes. Time se radikalno mijenja dosad većinsko uvriježeno pravilo prema kojemu se smatra da je u slučaju propuštanja roka zahtjev stranke odbijen, čime joj se omogućuje da podnese žalbu ili tužbu višem tijelu i »prisili« cjelokupni sustav na što bržu ocjenu sadržaja i odluku. Uz to, različite

-
- 5 U radu naizmjenice rabim izraz pozitivna, odnosno usvajajuća odluka, odnosno akt jer ponegdje vrijedi predmnjeva usvajanja zahtjeva stranke (tj. usvajajuće rješenje), no ponegdje propisani rok vrijedi i za postupak po službenoj dužnosti. U tim postupcima može biti donesena (također fiktivna) odluka nepovoljna za stranku koja mijenja pravni odnos, tj. onerozno pozitivno rješenje. Pozitivno je rješenje, dakle, širi pojam od usvajajućeg rješenja. Pozitivno rješenje može biti bilo favorabilno (povoljno za stranku) ili onerozno (nepovoljno za stranku jer joj nalaže obveze ili smanjuje prava i pravne interese s obzirom na stanje prije pokretanja postupka).
- 6 Jansen, O., *Comparative Inventory of Silencio Positivo* (Utrecht, Institute of Constitutional and Administrative Law, Utrecht School of Law), rujan 2008., str. 3. Usp. za 14 zemalja (u EU Španjolska, Francuska, Italija, Portugal, Poljska, Belgija, Švedska i Nizozemska) – gotovo su sve zemlje usvojile *silencio positivo* barem za neke dozvole. Španjolska je jedna od prvih zemalja sa ZUP-om već od 1889. godine. Novi je zakon donesen 1958. godine, a trenutno važeći stupio je na snagu 1992. godine. Španjolska ima stoga kao i teritorij Austrije te nekadašnje Jugoslavije dugu tradiciju uređivanja i provođenja ZUP-a zajedno s razvijenom teorijom i sudskom praksom, a španjolski zakon bio je jedan prvih koji je uredio šutnju uprave i njezine posljedice. Više o suvremenom mijenjanju španjolskog zakona, i u vezi s generalnom klauzulom o pozitivnoj fikciji u postupcima po zahtjevu v. Barnes, J. i dr., op. cit.
- 7 Uz fikciju negativnog akta određene su zemlje dodale paralelno preuzimanje nadležnosti (npr. Austrija ili Slovenija) ili mirenje preko pučkih pravobranitelja i ondje gdje uopće nema propisanog roka, ali pasivnost uprave zadire u temeljna načela demokracije (npr. u Velikoj Britaniji). Velika Britanija u svojem pravnom poretku ne poznaje izraz »šutnja uprave«, što ne znači da se ne susreće s tom pojavom (npr. na području okoliša). Stoga je u VB uočljiv utjecaj europskih kontinentalnih pravila i praksi u sklopu Vijeća Europe i EU, uključujući odgovornost države za štetu u slučaju neaktivnosti uprave. V. Anthony, G., *Administrative Silence and UK Public Law, Ideas*, 34 – 35(2008.), str. 39 – 59. O djelomičnoj kodifikaciji upravnog postupka u VB (1958. i 1966.) v. Ziller, J., *The continental system of administrative legality*, u: Peters, B. G. i Pierre, J. (ur.), *Handbook of Public Administration*, London, Thousand Oaks, New Delhi, Sage, 2005., str. 262; Rusch, W., op. cit., str. 1 – 10. Stoga VB pokušava riješiti neaktivnost uprave, osobito uz nepostojanje ZUP-a, statutarim pravom i precedentnim presudama, u sadržajnom smislu, doduše, slično kao i druge zemlje EU-a, no primjenom kombinacije mjera koje obuhvaćaju negativnu fikciju te prenošenje tereta na stranku da podnosi pravne lijekove kao i suprotnu uspostavu alternativnih sustava u zemlji koji strankama pomažu u borbi protiv neaktivnosti pojedinačnih tijela. Primjer dobre prakse (prema skandinavskom uzoru) predstavlja uređenje uvedeno od strane parlamentarnog povjerenika za upravu kao »upravnog ombudsmana« u smislu posrednika između »stranaka u sporu«, tj. tijela koje nije donijelo rješenje i stranke koja čeka meritornu odluku. Za razliku od tradicije u središnjoj Europi, u VB su mehanizmi posljedica šutnje uprave utemeljeni ne samo na zaštiti prava stranaka i brizi o zakonitosti nego, prije svega, na transparentnosti sustava vlasti i potrebnosti pravичnosti u postupku.

navedene »moderne« izmjene često se uvodi, a da se prethodno ne procijeni treba li i u kojoj mjeri, odnosno uz koje ograničavajuće čimbenike uvesti takve novine. Pokazatelje procjene učinaka propisa (*regulatory impact assessment*), osobito kada je riječ o ključnim izmjenama kao što je promjena fikcije odluke u slučaju prekoračenja propisanog roka iz negativne u usvajajuću, tako bi trebali činiti, prije svega, poredbenopravni pregled i empirijska analiza provedbe dosadašnjih odredaba zakona zajedno s izračunom predviđenih posljedica izmjena deregulacije izraženim brojkama.⁸ Samo bismo tako mogli na temelju usporedbe prednosti i nedostataka zakonodavstva *de lege lata* i *de lege ferenda* donijeti važnu odluku o tomu treba li i u kakvom sadržaju poboljšati regulaciju s obzirom na područje obuhvaćeno regulacijom.

S obzirom na predmetna polazišta, u radu ću razmotriti pravnodogmatske aspekte instituta šutnje uprave, analize uređenja posljedica šutnje uprave u Republici Sloveniji (i nekim odabranim zemljama) i empirijske pokazatelje provedbe postupovnopравnih odredaba ZUP-a u slovenskoj upravnoj i sudskoj praksi. Tim ću pristupima pokušati te u zaključku i dokazati postavljenu hipotezu da je regulacija fikcije usvajajuće odluke u slučaju šutnje uprave u općem uređenju (ZUP) sa stajališta potrebe za uravnoteženom zaštitom prava stranke i javnog interesa pretjerana. Stoga fikcija pozitivnog akta uz nemeritorno priznavanje prava stranaka unaprijed na štetu prava drugih i javne koristi u općim propisima (*lex generalis*) ugrožava te ne ubrzava učinkovito obnašanje demokratske vlasti. S druge je strane svrsishodno dopuniti opći sustav fikcije negativne odluke alternativnim pristupima u područnom zakonodavstvu, ali je pitanje treba li stoga staviti opću klauzulu u ZUP.⁹ Dakako, takvim se normama u ZUP-u, prije svega, usmjerava područne sastavljače zakonodavstva, stoga je riječ o tipičnim programskim normama. Pitanje načela i iznimaka također nije nevažno jer načelno rješenje stvara mentalitet i razumijevanje odnosa u smislu svjesnosti stranaka o pravima u odnosu prema upravi i regulatora o prioritetnom usmjerenju samo kod u pravilu iznimno drukčijeg područnog normiranja s obzirom na opće uređenje prema ZUP-u.

8 Više o tome i na razini Europske unije (EU) Kovač, P. i dr., *Presoja učinak regulacije v Sloveniji*, Ljubljana, Fakultet za upravo, 2009.

9 Tako je inače s općom negativnom fikcijom u više zemalja, to su Francuska, Italija, Španjolska, Portugal, Nizozemska (prema Jansen, O., op. cit., str. 13.), a i Makedonija (2008.). V. i članak 102. novoga hrvatskog ZUP-a koji izrijekom propisuje da se posebnim zakonom može predvidjeti priznanje zahtjeva stranke, dakle, fikcija usvajajućeg rješenja, o čemu se mora na traženje stranke u roku od osam dana donijeti rješenje kojim se utvrđuje da je usvojen njezin zahtjev. Pritom hrvatski zakon, za razliku od npr. francuskoga ili španjolskoga uređenja, nema odredbe o isključenju kada fikcija usvajanja nije dopuštena.

2. TEORIJSKO - DOGMATSKI ASPEKTI INSTITUTA ŠUTNJE UPRAVE

2.1. Šutnja uprave kao ograničavanje apsolutističke vlasti

Šutnja je uprave klasični institut upravnoga postupovnog prava koji proizlazi iz temeljnog načela pravne države s ograničenjem zlorabe vlasti na štetu slabijeg sudionika u upravnom odnosu, tj. stranke.¹⁰ Premda prvotne kodifikacije upravnog postupka nisu sadržavale propisani rok za donošenje rješenja i posljedice njegova nepoštovanja, institut je kasnije primijenjen kod rješavanja u razumnom roku.¹¹ Naime, u prirodi je modernog (javnog) prava da je državi i njezinim tijelima dopušteno samo ono što spada u njihovu pravno predviđenu nadležnost (samoograničavanje vlasti). Kod definiranja roka za donošenje rješenja i posljedica njegova propuštanja nije riječ samo o konkretizaciji interesa stranke da se što prije riješi njezin zahtjev za stjecanje prava, odnosno odluči o njezinoj obvezi, nego i o ostvarivanju temeljne svrhe upravnog postupka preko općih načela ZUP-a i ustava kako su normirana u većini zemalja i pravu EU-a.¹² Ipak, o šutnji uprave i njezinim posljedicama možemo govoriti tek kada je rok za donošenje rješenja unaprijed propisan. Ta norma znači zapovjedno postupanje, te je primarna pravna posljedica koju dopunjuje fikcija odluke u slučaju prekoračenja propisanog roka kao sankcija,

¹⁰ Ziller, J., op. cit., str. 261.

¹¹ Jerovšek, T. i Trpin, G. (ur.) i dr., *Zakon o splošnem upravnem postopku s komentarjem*, Ljubljana, Inštitut za javno upravo pri Pravni fakulteti, Nebra, 2004., str. 617 – 621. Shvaćanje upravnog postupka kao temeljnog instrumenta pravne države i demokracije, osobito u vezi sa zaštitom ustavnih prava pojedinačnih subjekata od potencijalne zlorabe vlasti upravnih tijela, možemo naći u različitim pravnim sustavima (anglosaksonskom, frankofonskim, skandinavskim i germanskim). Više o tome u Schuppert, G. F., *Verwaltungswissenschaft (Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre)*, Baden-Baden, Nomos, 2000., str. 788 – 793. Prvi koji je uveo šutnju uprave bio je francuski sustav. Šutnja uprave uvedena je dekretom objavljenim u službenom glasilu Francuske Republike, 15. 3. 1865. godine (preuzeto od Tratar, B., *Varstvo pravic v upravnem postopku v primeru molka uprave*, *Dignitas*, 5 – 6/2000., str. 219. i Šikić, M., *Pravna zaštita od šutnje uprave prema novom Zakonu o općem upravnom postupku*, u: Koprić, I. i Đulabić, V. (ur.) i dr., *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, Zagreb, Institut za javnu upravu i Društveno veleučilište u Zagrebu, 2009., str. 199.). No i u Francuskoj danas ima više stotina posebnih dozvola s pozitivnom fikcijom (Jansen, O., op. cit., str. 4). Na području nekadašnje Jugoslavije ZUP/86 (SL SFRJ br. 47/86, službeni pročišćeni tekst zakona iz 1956. godine s četiri novele) imao je posebnu odredbu glede žalbe zbog šutnje uprave već u trećem stavku članka 11. temeljnog načela prava na žalbu; prema Kosovac, M. i Kozarčanin, H., *Komentar zakona o općem upravnom postupku*, Beograd, Pravno ekonomski centar, 1986., str. 32. No, institut zbog niske razine zaštite ljudskih prava u tadašnjem društvu nije implementiran u praksi, navodi Kavčič, B., *Pritožba zaradi molka upravnega organa*, *Pravna praksa*, vol. 21, 21/2002., str. 9.

¹² O načelima kao kvalitetno višoj kategoriji s vrijednosnom supstancijom u usporedbi s pravilima Pavčnik, M., *Teorija prava – Prispjev k razumevanju prava*, Ljubljana, Cankarjeva založba, 2007., str. 83 i 38. O samoograničavanju vlasti *ibid.*, str. 53.

odnosno sekundarna pravna posljedica čija je svrha osigurati barem sekundarnu učinkovitost pravnog pravila.

Posljedice negativnog ili pozitivnog rješenja u slučaju šutnje uprave propisane su kao neoboriva pravna fikcija (*praesumptio iuris et de iure*) jer u suprotnom njezin učinak ne bi imao smisla pa bi se vodili sporovi i dokazivalo tko je (bilo službena osoba ili stranka) i kada odugovlačio tijekom postupka. Za ostvarenje predmnjeve potrebno je ostvarenje određenih procesnih pretpostavki: a) mora biti riječ o konkretnoj upravnoj stvari; b) mora biti predviđen propisani rok za donošenje rješenja te c) mora biti propisana određena pravna zaštita u slučaju šutnje uprave. Pojedini autori navode i druge uvjete, ovisno o nacionalnoj regulaciji, npr. pokretanje postupka samo na zahtjev stranke.¹³

Iz noveliranog se vidi da nepoštovanje propisanog roka za donošenje rješenja uz fikciju negativne odluke (još) ne predstavlja nezakonitu radnju. Štoviše, nepoštovanje je preko žalbe ili tužbe zbog šutnje uprave čak legalizirano. Navedeno ne vrijedi samo ako je propuštanje roka vezano za štetne posljedice te bi se dokazalo da je propuštanje upravnog tijela nanijelo stranci štetu.¹⁴ Šteta zbog propuštanja s druge strane bi dovela do (objektivne) odgovornosti države za štetu (npr. prema članku 26. Ustava RS) ako bi stranka u parnici dokazala sve elemente građanskog delikta.¹⁵ Budući da je taj rok instruktivan, tijelo nakon njegova isteka još uvijek smije i čak mora (što prije) donijeti rješenje jer je u interesu stranke da se osigura dvostupnjevitost upravnog rješavanja (stoga žalbeno tijelo može odrediti prvostupanjskom tijelu dodatan rok).¹⁶ Rješenje se ne može smatrati nezakonitim samo zbog kasnijeg donošenja.¹⁷ Naravno, to ne vrijedi ako je već došlo do

13 Usp. Cvetko, A., Še enkrat o molku organa, Podjetje in delo, vol. 21, 7/1995., str. 986. Isto, premda za fikciju pozitivne odluke, Davitkovski, B. i Pavlovska-Daneva, A., The novelties in the Macedonian Law on General Administrative Procedure, Facta universitatis - series: Law and Politics, vol. 6, 1/2008., str. 24.

14 Pojedini autori ne razlikuju te položaje pa navode protupravnost stanja već u slučaju bilo kakvog propuštanja propisanog roka. Usp. Erdelič, B., Molk organa v upravnem postopku, Pravna praksa, vol. 27, 36/2008., str. 7. O tome da je nepoštovanje propisanog roka protivno zakonitosti te time samo po sebi nezakonito, usp. Tratar, B., op. cit., str. 213 (prema Lilić, S. i dr., Upravno pravo, Beograd, Savremena administracija, 1999.).

15 Usp. presudu Višeg suda RS u Ljubljani, VSK Cp 826/99 od 15. 2. 2000. u kojoj sud nalazi da zbog instruktivnog karaktera prekoračenje tog roka bez posljedica predviđenih ZUP-om za tijelo ne proizvodi automatski odgovornost države za štetu. U konkretnom slučaju proteklo je ukupno devet mjeseci tijekom donošenja rješenja u drugom stupnju, no sud je ocijenio da taj rok s obzirom na općepoznate činjenice o opterećenosti upravnih tijela i uobičajene rokove u kojima ta tijela donose rješenja ne predstavlja rješavanje nepotrebnim otežanjem, a što bi za razliku od nastupanja šutnje uprave predstavljalo osnovu za naknadu štete. Isto proizlazi iz OdlUS, U-I-147/08, Up-1547/08 od 11. 11. 2009.

16 Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., Komentar zakona o opštem upravnom postupku sa objašnjenjima, sudskom praksom, obrascima za primjenu zakona i registrom pojmova, Beograd, Savremena administracija, 1998., str. 94. Žalbeno tijelo prema slovenskom ZUP-u dužno je samo preuzeti stvar na rješavanje samo u slučaju ugroženosti javnog interesa zbog zaostatka (članak 18. ZUP-a). Anthony, G., op. cit., str. 40, suprotno ističe takvo shvaćanje na temelju negativne fikcije kao »upravno-centrično«.

17 Prekoračenje desetodnevnog roka (za naknadni obračun carinskog duga prema članku 154.

preuzimanja nadležnosti jer takvo što proizvodi učinak devolutivnosti žalbe.¹⁸ Stoga je u slučaju dvojbe oko preuzimanja nadležnosti važno da prvostupanjsko tijelo odmah dostavi doneseno rješenje i drugostupanjskom tijelu ako naslućuje da je stranka već podnijela žalbu zbog štutnje ili da će je podnijeti. Smatram da je riječ o istom slučaju kada se dostava prvostupanjskog rješenja i žalba zbog štutnje vremenski podudaraju (recimo, da je zbog rada pošte riječ o raskoraku od samo nekoliko dana) jer je smisao instituta ostvaren čim se donese rješenje (inače bi drugostupanjsko tijelo po pravu nadzora zbog povrede stvarne nadležnosti trebalo poništiti prvostupanjsko rješenje i zatim samo donijeti (isto) rješenje!?). Analogno je istaknuo Ustavni sud RS u predmetu U-I-147/08 od dana 11. 11. 2009. kada je tužitelj u vezi s Direktivom 2006/123/EZ ostvarivao zaštitu u upravnom sporu prema članku 28. ZUS-1, pri čemu je upravno tijelo u međuvremenu donijelo rješenje pa je sud rješenjem pravilno obustavio postupak. Slično je istaknuto i u slučaju rješenja Vrhovnog suda RS, br. I Up 235/2009, prema kojem je tuženik poduzeo sve radnje koje je tužitelj prvotno zahtijevao tužbom zbog štutnje ustanove, pa stoga štutnja nije »stvarno nastupila«. Što se tiče žalbe, ZUP u takvom slučaju ne uređuje postupanje drugostupanjskog tijela, no ipak možemo reći da obustava ispitnog postupka u drugom stupnju, koji nije ni započeo ne bi imala smisla, stoga je dovoljna službena zabilješka drugostupanjskog tijela da je »spor« razriješen u tom dijelu. U slučaju postupka u drugom stupnju koji je već započeo (npr. u slučaju poslanog poziva prvostupanjskom tijelu da objasni razloge propuštanja), za razliku od upravnog spora, premda iz istog razloga – zbog štutnje upravnog tijela nižeg stupnja, to nije moguće jer bi to značilo povredu stvarne nadležnosti u smislu apsolutno bitne povrede pravila postupka (npr. prema prvoj točki drugog stavka članka 237. slovenskoga ZUP-a).¹⁹

Unatoč nezakonitosti propuštanja trebalo bi naglasiti da nepoštovanje propisanih rokova predstavlja u najmanju ruku lošu upravnu praksu (*malpractice, maladministration*). Stranka se, naime, ostavlja u neizvjesnom položaju, odgađa se priznanje njezina prava (budući da ga može izvršavati tek nakon donošenja i izvršnosti rješenja), zadire se u predvidivost pravnih odnosa te u položajima nametanja obveza, u prava drugih i javnu korist, jer se stranci kasnije nalaže zakonita obveza. Sve to potiče nepovjerenje u rad i učinkovitost uprave.²⁰

CZ-a) za donošenje rješenja nije utjecalo na njegovu zakonitost jer se navedeni rok ne može smatrati jednim od prekluzivnih materijalnih rokova, odlučio je npr. Ustavni sud RS presudom br. U 1171/2000 od 12. 9. 2002.

18 Majstorović, B., Komentar zakona o opštem upravnom postupku, Beograd, Službeni list SFRJ, 1977., str. 361.

19 Kovač, P., Remic, M. i Sever, T., Upravno-procesne dileme o rabi ZUP, 133 vprašanj iz prakse z odgovori, Ljubljana, Uradni list RS, 2010., str. 41. Isto Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., op. cit., str. 520.

20 Kavčič, B., op. cit., str. 9; Erdelič, B., op. cit., str. 6; Anthony, G., op. cit.

2.2. *Šutnja uprave u sklopu svrhe upravnog postupka i njegovih temeljnih načela*

Uređenje prema kojem je za upravno tijelo predviđen propisani rok za donošenje rješenja temelji se na zaštiti prava stranaka, no unatoč tomu riječ je o roku instruktivne prirode. Spomenuto vrijedi jer je temeljna misija tijela da unutar svoje nadležnosti meritorno (*sic!*) ocijeni uvjete za stjecanje strankina prava, pravnog interesa, odnosno obveze, što osobito dolazi do izražaja kod delegacije vlasti izvan državne uprave.²¹ Upravno tijelo mora pritom postupiti zakonito u smislu odmjeravanja javnog interesa i pravno zaštićenih interesa stranaka. Potencijalnu koliziju mora riješiti što prije, uz što manje troškova i drugih tereta za sve sudionike u postupku te rukovodeći se svrsishodnošću postupanja. Riječ je o srži načela ekonomičnosti koje je svojstveno većini pravnih poredaka u EU. Naime, prava i pravni interesi koje stranke ostvaruju u upravnom postupku predstavljaju prava pozitivnog statusa koja pružaju pojedincu mogućnost da od države zahtijeva određene usluge koje država mora pružiti (različita socijalna i ekonomska prava).²² No ta prava (i obveze) donose korisnicima (i obveznicima) željenu pravnu posljedicu, samo ako se određen pravni interes u konkretnom postupku na temelju apstraktnog pravila i već nastalih činjenica prizna pisanim i dostavljenim pojedinačnim upravnim aktom. Bit je upravnog postupka utvrđivanjem i dokazivanjem postojećih te relevantnih činjenica za donošenje rješenja ipak suočiti propisane uvjete u javnom interesu za stjecanje prava ili nametanje obveze pojedinačnoj stranci. Ako postupak takve vrste nije proveden, ne možemo govoriti o meritornoj ocjeni jer se *meritum* tumači kao »zasluga«, tj. sadržajni dokaz ispunjenja propisanih uvjeta u konkretnom slučaju. Kod fikcije priznanja prava, odnosno pravnog interesa meritorna je ocjena po definiciji odsutna, stoga svrha norme nije ispunjena. Tada upravni postupak nema smisla – bez meritorne ocjene na temelju pravnih načela i pravila upravni bi postupak čak predstavljao (premda samo u slučajevima fikcije usvajajuće odluke) nepotrebnu administrativnu prepreku. U tom bi slučaju stranke trebale podnijeti zahtjev, pričekati neaktivnost uprave te bi bez suočavanja s javnom koristi i pravima drugih stekle prava. Zakon bi, dakle, obvezao stranke da budu aktivne, no u formalnom smislu bez dodane vrijednosti »s druge strane«. Ako je tako, bilo bi razumnije deregulirati područje ili barem propisati samo naknadni nadzor umjesto apriornog izdavanja licencijskih i dozvola kao uvjeta za provedbu aktivnosti. Ako zakonodavac smatra da meritorna ocjena nije nužna,

21 Usp. Barnes, J. i dr., op. cit., str. 28.

22 To znači da državna vlast mora u sklopu pozitivne obveze učiniti sve što je potrebno da se osiguraju stvarni i pravni uvjeti za uživanje, tzv. prava pozitivnog statusa. Pozitivna obveza, dakle, zahtijeva od državne vlasti aktivnost u stvaranju stvarnih i pravnih okolnosti (odgovarajuće pravno uređenje, odgovarajuća ekonomska razina) u kojima pojedinac može uživati i izvršavati prava. Kod ove je skupine prava riječ o pravno zajamčenim očekivanjima koja država mora ne samo zaštititi nego i stvoriti mogućnosti za njihovo »normalno« uživanje. Prema Lampe, R., *Pravo človekovih pravic, Sistem človekovih pravic v mednarodnem, evropskem in ustavnem pravu*, Uradni list RS, Ljubljana, 2010., str. 47 – 48.

postavlja se izvorno pitanje – zašto uopće određeni odnos definirati kao upravni odnos s obzirom na to da – kako izgleda – sadržajno suočavanje privatnog s javnim interesom nije neizbježno!? Dok postoji nužnost provjeravanja ugroženosti javnog interesa definiranjem predmeta kao upravne stvari, sadržajno odmjeravanje interesa u postupku treba provoditi. U tom je pogledu besmisleno govoriti komu treba šutnja uprave nanijeti štetu – stranci ili upravnom tijelu²³, jer nedvojbeno nanosi štetu, prije svega, javnom interesu, tj. (vrijednosnim) kategorijama definiranim i zaštićenim propisima na snazi. Radi zaštite prava stranaka od zlorabe vlasti nužno je s druge strane ugraditi određena procesna jamstva, čemu kontekstualno udovoljava klasična fikcija negativnog akta. Kako se zakonska prava i pravni interesi stranke ne bi neopravdano zadržavali (u pogledu formalnog ispitivanja i meritorne ocjene), propisi koji uređuju upravne postupke u suvremenom pravu predviđaju da stranka može pred višim tijelom pokrenuti postupak pravne zaštite u slučaju prekoračenja propisanog roka, čime se ujedno omogućuje ostvarivanje temeljnoga ustavnog i ZUP načela, prava na žalbu. Stranka bi, dakle, u slučaju neaktivnosti vlasti trebala steći postupovne, a ne materijalnopravne ovlasti. S druge bismo strane sustavno lakše prihvatili usvajanje žalbe nego usvajanje osnovnog zahtjeva, jer bi se, barem u prvom stupnju, već obavila meritorna ocjena prava stranke na dozvolu, odnosno odmjeravanje privatnog i javnog interesa.²⁴

2.3. Šutnja uprave kao instrument poticanja (prisile) na učinkovitosti uprave

Budući da je svrha instituta šutnje uprave ostvarivanje učinkovitoga upravnog rješavanja, spomenuti institut vrijedi i u slučaju propuštanja roka iz opravdanih razloga i u slučaju neopravdanog odugovlačenja. Sama je razlika za stranku nevažna, a očituje se u postupanju žalbenog tijela nakon primitka žalbe zbog šutnje u smislu hoće li odrediti prvom stupnju dodatan rok ili će samo riješiti stvar.²⁵ U slučaju

23 Usp. Pirnat, R., *Molk organa mora škodovati organu in ne stranki*, *Pravna praksa*, vol. 28, 14/2009., str. 3.

24 Takva razmišljanja bila su prisutna u Sloveniji prilikom donošenja novog Zakona o poreznom postupku 2006. godine prema kojima bi se uspostavila fikcija usvajanja žalbe protiv prvostupanjskog rješenja o odmjeri poreza. Razlog za to bili su vrlo veliki zaostaci u rješavanju žalbi na tom području u ono vrijeme. Tako se umjesto do dva mjeseca rješavalo dvije ili tri godine, a većina je odluka predstavljala samo poništaj rješenja i vraćanje predmeta na ponovno rješavanje, što je uz nesuspenzivnost žalbe u poreznim predmetima dovelo do nemalog broja stečajnih obveznika. Unatoč iznimno problematičnoj praksi, pod utjecajem javnopravnih teoretičara odbijena je takva mogućnost jer bi to predstavljalo oblik ustavno nedopustive nagodbe, također i u smislu nejednakosti stranaka, a naposljetku bi masovne žalbe pobijanjem ukupne odmjere zbog zastare mogle s vremenom dovesti do stečajnih državnih proračuna.

25 Presuda Vrhovnog suda Makedonije, br. U-1257/79 od 19. 12. 1979.: ako razlozi propuštanja nisu opravdani, drugostupanjsko tijelo dužno je samo provesti postupak i riješiti zahtjev. Ublaženu inačicu donosi članak 110. hrvatskoga ZUP-a (2009.) prema kojem može drugostupanjsko tijelo u slučaju opravdanih razloga propuštanja roka odrediti prvostupanjskom tijelu dodatan rok od 30 dana, a u suprotnom slučaju samo 15 dana. Više o tome u Šikić, M., *op. cit.*, str. 203.

otezanja sustava kao cjeline bilo bi povrijeđeno pravo stranke na pošten postupak (te bi stranka mogla protiv države između ostalog istaknuti nastupanje nerazumno dugog rješavanja te time ostvarivati pravo na naknadu štete). Upravo zbog svrhe instituta vrijedi da šutnja nastupa i kada je rok za donošenje rješenja produljen ili kada je rješenje poništeno u žalbenom stupnju, odnosno u upravnom sporu, a da pritom odluka nije donesena u tome dodatnom roku (npr. prema slovenskom je uređenju u svim slučajevima riječ o roku do 30 dana). Šutnja uprave također nastupa kad upravno tijelo mora odbaciti zahtjev iz postupovnih razloga ili u ovršnom postupku.²⁶ Propisani rokovi nisu namijenjeni samo da se unutar njih što prije donese odluka zbog odnosa između nadređene vlasti i pojedinca u upravnom odnosu, nego da se donese odluka (i u predmetima gdje je posebnim zakonom propisan samo rok za podnošenje zahtjeva, a ne za rješavanje stvari) u roku kojim će se osigurati da stvar sama po sebi ne postane bespredmetna (npr. molbu za odgodu vojne vježbe treba riješiti prije održavanja vježbe).²⁷ Nije naodmet upozoriti da se u rok uračunava ne samo donošenje rješenja nego i njegova dostava, jer tek nakon toga akt djeluje eksterno – prema stranci, odnosno drugim adresatima odluke.²⁸ Propisani rok ne teče ni tijekom dopune formalno nepotpunog podneska ni tijekom prekida (npr. prilikom rješavanja prethodnog pitanja, ocjene općeg akta na temelju kojeg se vodi postupak, pred Ustavnim sudom i sl.²⁹), što predstavlja dva važna korektiva u smislu sprječavanja propuštanja roka izvan utjecaja rješavajućeg tijela.

Žalba se s obzirom na navedeno može izjaviti izravno drugostupanjskom tijelu (izjavljivanje žalbe žalbenom tijelu utvrđeno je npr. člankom 255. slovenskoga ZUP-a, iako se žalba inače izjavljuje prvostupanjskom tijelu; pojedine zemlje propisale su obje mogućnosti). Žalbeno tijelo mora kao nadređeno tijelo po nadzornoj ovlasti osigurati poduzimanje odgovarajućih mjera tako što će najprije provjeriti razloge propuštanja i s obzirom na odgovor odrediti³⁰ eventualni dodatni rok (prema većini ZUP-ova do 30 dana, odnosno mjesec dana) za donošenje

26 Presude Vrhovnog suda RS, br. U 443/92-6 od 1. 4. 1993. i br. U-1578/93-4 od 12. 10. 1995.

27 Tako stoji u presudi Vrhovnog suda RS U 879/92-4. Ako je posebnim zakonom predviđeno stjecanje ili ostvarivanje prava s obzirom na vrijeme donošenja rješenja pri čemu isto ne bude doneseno nakon isteka roka, smatrat će se prema sudskoj praksi (tako stoji već u presudi Vrhovnog suda Jugoslavije UŽ 401/67) da je pravo stečeno danom isteka roka za donošenje rješenja, ako pritom nije trebalo provesti ispitni postupak ili ako nema drugih prepreka za odgodu. Stoga se posebnim zakonima zbog potencijalnih poteškoća radije propisuje ostvarenje prava na dan podnošenja podneska za njegovo priznanje (npr. u Sloveniji zakon o vojnim invalidima ili o roditeljskoj skrbi i obiteljskim primanjima).

28 Teorija je po tom pitanju jedinstvena, usp. Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., op. cit., str. 446; Androjna, V. i Kerševan, E., Upravno procesno pravo, Ljubljana, GV Založba, 2006., str. 227.

29 U slovenskom poretku ZUP izrijekom uređuje prekid postupka kao tzv. tihi prekid kada se ne donese poseban zaključak o prekidu, nego isti nastupi *ex lege* (npr. prilikom izjavljivanja žalbe protiv zaključka o odbijanju sudjelovanja u postupku prema članku 142. ZUP-a).

30 Ne pojedinačnim upravnim aktom jer nije riječ o odluci o pravu, pravnom interesu ili obvezi stranke, nego o komunikaciji među tijelima. Smatram da je dovoljan dopis. S druge se strane Šikić. M., op. cit., str. 204, zalaže za donošenje postupovnog zaključka, slično kao kada se zaključkom rješava sukob nadležnosti.

prvostupanjskog rješenja ili, u slučaju subjektivnih propuštanja i drugih okolnosti koje zahtijevaju da se odluka donese odmah, samo donijeti (konačno) rješenje. Pritom nije oslobođeno od odgovornosti ni kada, npr., prvostupanjsko tijelo ne bi prosljedilo spise ili se isti ne bi pronašli.³¹ Stranka može odustati od već izjavljene žalbe zbog šutnje uprave u pogledu njezine dispozitivnosti, no zbog devolucije i nedovršenosti predmeta treba smatrati da je drugostupanjsko tijelo ipak dužno riješiti matični predmet.³²

Nažalost, navedena pravila mogu izazvati i nuspojavu – tijela nižeg stupnja mogu temeljem odnosa prema tijelu višeg stupnja svjesno izbjeći odluku znajući da je više tijelo po ZUP-u, odnosno, u slučaju upravnog spora, sud po sporu pune jurisdikcije dužan sam donijeti rješenje.³³ Spomenuti problem ne može se riješiti pravilima, nego razvojem integriteta i odgovornosti u upravi. Unatoč tomu učinkovitost je javne uprave legitimna samo ako ide pod ruku s pravičnosti i zakonitosti, što znači da je opreka između ekonomičnosti i (formalno) zakonitosti (*due process*) umjetna dvojba. Zakonsko uređenje te svrsishodna organizacija i odgovoran način vođenja u upravi moraju zajedno osigurati takvo uređenje da će upravni postupak sa suočavanjem interesa predstavljati učinkovit način rada uprave.

2.4. Odgovornost pojedinca, čelnika, upravnog tijela, resornih ministarstava i uprave kao dijela izvršne grane vlasti za učinkovit rad

Kako bi se u upravnim stvarima učinkovito postupalo, treba naglasiti odgovornost vlasti na najmanje pet razina. Ako bilo koja razina ne funkcionira, neće funkcionirati ni sustav. Stoga mora najprije zakonito i pravodobno postupiti svaka službena osoba koja je ovlaštena za vođenje postupka, odnosno poduzimanje pojedinačnih postupovnih radnji. Nadalje, učinkovitu organizaciju rada i nadzor nad radom podređenih treba provoditi čelnik stvarno i mjesno nadležnog tijela kojemu je stoga u pravilu već *ex lege* dana ovlast za rješavanje (usp. članak 28. i članak 320. slovenskoga ZUP-a osobito u pogledu rješavanja stvari unutar propisanih rokova). Njegova odgovornost uključuje borbu protiv korupcije i razvoj integriteta među zaposlenicima.³⁴ Čelnik se treba pobrinuti da rad tijela kao cjeline bude učinkovit, a u slučaju čimbenika neučinkovitosti koji su izvan djelokruga tijela, osobito neodgovarajuća regulacija, dužan je drugim nositeljima vlasti priopćiti informaciju o potrebnim izmjenama. Čelnik je u prvom redu dužan uspostaviti odgovarajući sustav i poštivanje pravila o redosljedima rješavanja kako bi se spriječile

31 Presude Vrhovnog suda NR Srbije, U br. 12501/61 od 21. 5. 1962., i U br. 456/71 od 19. 4. 1971.

32 O odustanku vidi Kosovac, M. i Kozarčanin, H., op. cit., str. 348; o devoluciji opširno u Winkelhofer, R., Säumnis von Verwaltungsbehörden, Behördliche Untätigkeit und ihre Bekämpfung, Beč, Staatsdruckerei, 1991., str. 65.

33 O takvoj praksi postoje izvješća na području socijale i okoliša; Fabjančič, M., Molk organa, Podjetje in delo, vol. 21, 3/1995., str. 330; Kovač, P., Remić, M. i Sever, T., op. cit., str. 44.

34 Usp. Mevc, A., i Pagon, M., Corruption in Public Administration Units and Organizational Measures to Prevent and Fight Corruption, Organizacija, vol. 41, 3/2008., str. 99 – 107.

zlorabe.³⁵ U tu je svrhu u pojedinim zemljama osnovana upravna inspekcija (npr. u Sloveniji i Hrvatskoj). U Sloveniji je radi veće učinkovitosti sustava u 2008. godini stupila na snagu posebna novela ZUP-a (članci od 300. do 307.) prema kojoj inspektor može donijeti rješenje o upućivanju na dodatno osposobljavanje, odnosno predložiti pokretanje stegovnog postupka prema službeničkom, odnosno radnopravnom zakonodavstvu ako utvrdi, npr., nepoštovanje propisanih rokova od strane pojedinačne službene osobe ili čelnika.³⁶ Pritom su u vezi sa štutnjom uprave objektivni razlozi propuštanja roka odvojeni od subjektivne odgovornosti, za razliku od ocjene Europskog suda za ljudska prava u pogledu nerazumnog roka rješavanja, gdje nedostatak kadra u upravi ili na sudu na nacionalnoj razini ne oslobađa državu od odgovornosti. Prema pojedinim izvorima, uz objektivne (sustavne) razloge postoje, naime, i brojni subjektivni razlozi propuštanja roka rješavanja, osobito oni vezani uz dugotrajnu odsutnost javnog službenika zbog bolovanja, odnosno godišnjeg odmora, kada se ne povede računa o preraspodjeli poslova na druge djelatnike, ili zametnuti, izgubljeni i zaboravljeni podnesci, podnesci rješavani protivno prioritonom redosljedju ili neznanje o tome kako postupati.³⁷ Tu bi u politološkom pogledu trebalo široko otvoriti problematiku te preispitati odgovornost demokratskog vođenja.³⁸

Za učinkovitost nadalje odgovara ministar zadužen za pojedinačno područje koji je u ustavnom pogledu politički odgovoran za urednost stanja na određenom području. Stoga su npr. u Sloveniji žalbena tijela resorna ministarstva jer se samo tako mogu provoditi mjere za osiguranje učinkovitog rada u nižim stupnjevima. Sličnu funkciju navodno ima vladino žalbeno povjerenstvo u Makedoniji. Naime, čitav korpus upravnih tijela mora raditi usklađeno jer su ovlasti pojedinaca često vezane uz različita tijela, ako pritom pojedinačno tijelo radi kako treba, a drugo ne, stranka na kraju neće dobiti ono što joj pripada zakonom. Primjerice, investitor koji želi izgraditi stambenu građevinu ili građevinu za obavljanje poslovne djelatnosti ostvarivat će u konačnici ishodaenje građevinske i uporabne dozvole, a prethodno utvrđivanje namjene zemljišta, plaćanje komunalnog doprinosa, ishodaenje suglasnosti u pogledu zaštite okoliša i sl., za što su pak nadležna različita

35 Usp. Potočar, J., Pristojnosti sodne uprave oziroma predsednikov sodišč v zvezi z Zakonom o varstvu pravice do odločanja brez nepotrebne odlašanja, *Pravosodni bilten*, vol. 29, 2008., str. 47 – 59.

36 Virant, G. i Kovač, P., Zakon o splošnem upravnem postopku z uvodnimi pojasnili, Ljubljana, Uradni list RS, 2010., str. 73 – 74. Odgovornost službene osobe i čelnika utvrđena je već ZUP-om/86, Kosovac, M. i Kozarčanin, H., op. cit., str. 295.

37 Prema Erdelič, B., op. cit., str. 6; Kavčič, B., op. cit., str. 9; Kovač, P., Remic, M. i Sever, T., op. cit., str. 112.

38 Više o tome u Brezovšek, M., Demokracija in vodenje: prezrti problem demokratskega vodenja, *Teorija in praksa*, vol. 46, 5/2009., str. 641 – 652. Suvremen demokratski vođa, koji bi, iako na razini službenika, trebao paradoksalno biti ujedno najjači i najslabiji s obzirom na to da ga treba izabrati demokratski imenovana osoba (npr. ministar), mora biti lojalan i podređen »u službi naroda«. Paradoks se očituje i u opreci između odlučnosti stručnog vodenja i (uslužne) podređenosti ovlastitelju.

tijela s različitom organizacijom rada.³⁹ Upravna inspekcija stoga o svojem radu i nalazima npr. u Sloveniji godišnje izvješćuje vladu, koja državnu upravu vodi preko ministarstava, kako bi se po potrebi mogle poduzeti horizontalne korektivne mjere za cjelokupnu državnu upravu.

Država mora funkcionirati kao cjelina, kako uprava tako i ostale grane vlasti. Vlada mora na odgovarajući način rasporediti resurse za rad s obzirom na postavljene prioritete i važeće propise, zakonodavno tijelo mora donositi društveno legitimne zakone, a sudovi moraju učinkovito nadzirati zakonitost rada uprave (u slučaju šutnje uprave u sporu pune jurisdikcije, jer unatoč diobi vlasti sud ne ulazi u odluke nadležne uprave ako ista nije ispunila svoje ovlasti⁴⁰) itd. Kako je istaknuo već Weber, za učinkovito bi funkcioniranje države bilo, dakle, idealno kada bi se karizmatični vođe (političari) i visoki službenici nadopunjavali.⁴¹ U teorijskom i praktičnom pogledu možemo se složiti da demokracija zahtijeva dobro vođenje.

2.5. Konačnost i pravomoćnost pojedinačnih fiktivnih upravnih akata?

Zbog fiktivne prirode akta u slučaju šutnje uprave, bilo da je rješenje pozitivno ili negativno, pojavljuju se dvojbe oko toga vrijede li za fiktivne akte ista svojstva kao i za donesene akte. Pritom je najznačajnije svojstvo (materijalne) pravomoćnosti akta kao instrumenta nastanka pravnih posljedica utvrđenih aktom, koje bi, ako su definirane pravomoćnim rješenjem državnog tijela, trebale biti neizmjenjive. No materijalna pravomoćnost fiktivnog akta ne može nastupiti uz fikciju odbijanja zahtjeva stranke. Takav akt postat će samo konačan i formalno pravomoćan jer je funkcija instituta šutnje uprave uspostava pravne zaštite stranke, a ne stvaranje materijalnopravnih učinaka fiktivnog akta. Kada bismo uveli fikciju pozitivne odluke, takvo bismo shvaćanje u cijelosti promijenili, što je nužno imati na umu pri regulaciji. Fiktivni bi akt fikcijom pozitivne odluke stekao i materijalnu pravomoćnost. Nadalje bi se uspostavio koncept (zaštite) stečenih prava, iako se prethodno u predmetu ne bi vodio ni ispitni postupak, a u obzir ne bi došli ni (potencijalni) postupci ocjene zakonitosti odluke koji se pokreću pravnim

39 Treba naglasiti da sudska praksa, doduše, utvrđuje povezanost predmeta, no s druge strane ocjenjuje učinke na razini pojedinačnog predmeta. Npr. iz presude Vrhovnog suda RS, br. I Up 1433/2002 od 23. 6. 2005.: premda je riječ o povezanim postupcima, prema uređenju ZUP-a fikcijom negativne odluke u Sloveniji ne može se smatrati da je prethodni zahtjev priznat – unatoč nadležnosti istog tijela u oba predmeta. Nadalje, prema presudi Vrhovnog suda SR Hrvatske, br. U 1047/70 od 12. 5. 1970.: u položaju šutnje uprave dopušteni su pravni lijekovi protiv nenadležnog tijela ako isto nije ustupilo predmet drugom nadležnom upravnom tijelu.

40 Friedl, L., Nekatera vprašanja sodnega varstva socialnih pravic, Pravosodni bilten, vol. 16, 3/1995., str. 20. Isto Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 754, prema uvjetima članka 65. slovenskoga ZUS-1 (Službeni list RS br. 105/06). Cvetko, A., op. cit., str. 994, dodatno ističe da se ne može zauzeti drukčije stajalište jer je u pravnom interesu onoga koji je najprije tražio zaštitu prava, a sada i sudsku zaštitu, meritorna odluka o pravu, odnosno obvezi. Tek je takva odluka nakon pravomoćnosti izvor pravnih posljedica za stranke i tijela.

41 Brezovšek, M., op. cit., str. 647 – 649.

lijekovima. Stabilnost pravnih odnosa preko materijalne pravomoćnosti ostvaruje, naime, klasičan cilj zaštite nositelja prava i obveza u tim odnosima uz vezanost svih sudionika za sadržaj odluke (*res iudicata ius facit inter partes*), jer se pravomoćna odluka prihvaća kao pravilna i istinita (*res iudicata pro veritate accipitur*). To dovodi do zabrane diranja u već riješeni predmet (*ne bis in idem*). Logično je da takvi učinci nastupaju prilikom donošenja rješenja koje mora biti u pisanom obliku i dostavljeno stranci, dakle, mora postojati, a ne samo biti predmnijevano. U tom je pogledu fikcija negativnog akta u slučaju šutnje uprave prihvatljiva jer negativna rješenja ne stječu materijalnu pravomoćnost, nego samo formalnu koja nastupa kada se rješenje više ne može pobijati žabom, odnosno tužbom u upravnom sporu. Stranka u svom podnesku, naime, uvijek ističe određeni zahtjev kojim bi trebalo izmijeniti pravni odnos, a ako upravno tijelo ne donese rješenje, taj se odnos za stranku neće promijeniti, kao i kod donošenja negativnog rješenja. Prema tomu, pravni je položaj stranke čiji je zahtjev odbijen posve jednak položaju stranke na čiji zahtjev rješenje nije doneseno.⁴² To ne vrijedi za suprotan položaj. Predmet žalbe zbog šutnje uprave nije pobijanje sadržaja odluke; on, naime, po definiciji ne postoji. Stranka, dakle, pravnim lijekom zbog šutnje uprave ističe povredu upravnog tijela u smislu da ono uopće nije donijelo odluku. Posredno, pobija odluku da joj nije priznat pravni interes koji je ostvarivala, no u biti samo podnosi žalbu ili tužbu radi ostvarivanja prava, a ne isticanja njegove povrede.

Problem je pravomoćnosti, odnosno izvršnosti (tj. nastupanja prava, odnosno obveze, vezano prema članku 224. slovenskoga ZUP-a u pravilu za konačnost⁴³) kod fikcije pozitivne odluke očit već zbog nematerijaliziranog dokumenta te time nejasnog datuma (fikcije) pravnog djelovanja. Ako se takva fikcija već propisuje, treba dodatno osigurati dokazivanje npr. izdavanjem potvrde tijela o primitku podneska li naknadnim dopisom ili bilješkom o nastupanju izvršnosti, odnosno datumu nastalog prava.⁴⁴

42 Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 124.

43 Slično unatoč brisanju instituta konačnosti u novom hrvatskom ZUP-u ista još uvijek postoji kao pravni status preko odredaba o korištenju pravnih lijekova, npr. članak 123. i 129.

44 Različita rješenja vidi u zemljama EU-a i Amerike u Jansen, O., op. cit., str. 13-14, no u svih 14 zemalja prema popisu ista je pravna zaštita za fiktivna i realna rješenja. Usp. potvrde o primanju podneska prema Direktivi 2006/123/EZ (vidi i Pirnat, R., op. cit., str. 3; Kovač, P., Remic, M. i Sever, T., op. cit., str. 165) i za Makedoniju u Davitkovski. B. i Pavlovska-Daneva, A., op. cit., str. 26. S obzirom na to kako je makedonski (te isto hrvatski) zakon osmišljen, nije jasno zašto ne bi taj dio postupka s obzirom na isto nadležno tijelo predstavljao meritornu ocjenu osnovnog zahtjeva, a ne utvrđenje nastupanja šutnje i priznanja prava. Ne bi li bilo moguće ostvariti isti cilj fikcijom negativnog rješenja i posebnim postupkom u slučaju šutnje? Osobito kada se argumenti za takvo uređenje oslanjaju podređeno na zaštitu stranaka, a nadređeno na discipliniranje upravnih tijela te doprinos ekonomičnosti i učinkovitosti, kao i rasterećenju viših stupnjeva. Usp. Šikić, M., op. cit., str. 201, gdje se autor slaže sa stajalištem da fikcija usvajanja zahtjeva stranke ugrožava pravnu sigurnost i jednakopravnost. Uz rješenje kojim se utvrđuje usvajanje zahtjeva stranke pojavljuje se također pitanje pobijanja deklaratornog akta kod kojeg ne nastupaju konačnost i pravomoćnost. Stoga bi bilo svrsishodnije da se, ako se već uvodi fikcija usvajanja zahtjeva stranke, priznanje provede samo preko potvrde (datuma) primitka zahtjeva.

2.6. Legitimacija i rokovi za ostvarivanje prava na pravni lijek u slučaju šutnje uprave

Propisi u položaju šutnje uprave isto kao i u drugim postupovnim situacijama utvrđuju procesne pretpostavke za nastupanje prava, odnosno pravnih učinaka radnji. Među njima su uz već razmatrano pitanje o tome kada je uopće riječ o upravnom odnosu i donošenju pojedinačnoga upravnog akta osobito važni uvjeti legitimacije i roka. Tko i od kada do kada može pobijati fiktivan negativni akt, odnosno uživati pravo stečeno fikcijom usvajajućeg akta? Većina procesualista⁴⁵ smatra da fikciju odluke u slučaju šutnje uprave može ostvarivati samo glavna aktivna stranka (i njezin pravni sljednik) te da takvo pravo ne pripada umješaču, zastupniku javnog interesa ili pasivnoj stranci protiv koje se obično vodi postupak po službenoj dužnosti. Smatram da je tako usko poimanje protivno svrsi instituta jer je smisao propisanog roka, odnosno učinkovitog rješavanja u javnom interesu za odluku u upravnim stvarima, naravno, ako nacionalni zakon dopušta šire tumačenje. To znači da treba donijeti meritorno rješenje protivno zahtjevu stranke ako to proizlazi iz potrebe za zaštitom javne koristi. Stoga propisani rok vrijedi u postupcima po zahtjevu stranke i postupcima po službenoj dužnosti, osim kada zakon izriječno ne utvrdi šutnju kao institut samo u postupcima po zahtjevu. I u postupku po službenoj dužnosti možemo govoriti o interesu (pasivne) stranke da se što prije donese odluka jer je stranka tijekom postupka u neizvjesnosti glede odluke o njezinoj obvezi.⁴⁶ Ili čak u sklopu obveze ostvaruje paralelno utvrđeno pravo (npr. rješavanje obročne otplate ili otpisa poreza zajedno s njegovom odmjerom). Stoga stranka ima na temelju načela pravne sigurnosti i u takvom slučaju pravo na žalbu zbog šutnje pod fikcijom kao da je doneseno rješenje nepovoljno za nju.⁴⁷ Naravno, u praksi, primjerice u inspekcijskim postupcima, ne treba očekivati puno žalbi takve vrste. Bez obzira na to, u postupak može biti uključeno više stranaka s protivnim interesima, pa već zbog toga može bilo kakva fikcija odluke imati svojstvo pozitivnog rješenja za jednu stranku, odnosno negativnog za drugu stranku – pri čemu objema mora biti pružena odgovarajuća pravna zaštita. Što se tiče (već priznatih ili tek potencijalnih) umješača, odnosi su drukčiji jer u slučaju donošenja rješenja ili fikcije odluke, prema kojoj se pravni odnos s obzirom na stanje prije pokretanja postupka ne mijenja, njihova prava, odnosno pravni interesi ne mogu biti povrijeđeni. Suprotno mišljenje često je prisutno u inspekcijskim stvarima kada podnositelji prijava nastoje iznuditi od tijela poduzimanje odgovarajućih mjera smatrajući da će time ostvariti osnovu za npr. naknadu štete od obveznika, ako bi

45 Npr. Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., op. cit., str. 447; sudska praksa nakon presude Vrhovnog suda NR Hrvatske, U 93/62 od 12. 5. 1962. i VS Srbije, U, br. 11631, od 5. 5. 1971. Isto mišljenje ima Cvetko, A., op. cit., str. 986; pasivna stranka ne može biti zainteresirana za odluku jer se u slučaju nedonošenja akta njezin pravni položaj neće promijeniti. Isto navode Davitkovski, B. i Pavlovska-Daneva, loc. cit., str. 24.

46 Usp. Breznik, J., Štucin, Z. i Marflak, J., Zakon o splošnem upravnem postopku s komentarjem, Ljubljana, GV Založba, 2008., str. 580.

47 Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 124.

im povreda nanijela štetu. No prema ustaljenoj sudskoj praksi prijave predstavljaju samo prijedlog za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, što znači da tijelo nije ni dužno pokrenuti postupak te da posljedično ne može doći do šutnje uprave.⁴⁸ S druge strane nema slučajeva u kojima bi zastupnik javnog interesa ostvarivao zaštitu od šutnje uprave. Zakonsko uređenje, naime, zahtijeva povrijeđenost stranke za pokretanje sankcija protiv neaktivnosti uprave. Položaj šutnje i predmnjeva negativnog rješenja u većini su poredaka odvojeni. Fikcija odluke neće nastupiti samo istekom roka za donošenje rješenja, pa stranka mora najprije podnijeti žalbu, odnosno požurnicu i tužbu u upravnom sporu. Stranka ima pravo, no ne i obvezu, izjaviti pravni lijek, iako se pritom teret poduzimanja mjera prebacuje na nju.⁴⁹

Stranka koja je podnijela zahtjev može u slučaju šutnje uprave izjaviti žalbu odmah nakon isteka rokova (ako je izjavi prije, žalba će se odbaciti kao prerana) te bilo kada do donošenja rješenja. Zbog šutnje uprave nije vezana za inače propisani rok za žalbu (15 dana od dana dostave rješenja prema slovenskom ZUP-u, isto vrijedi u Hrvatskoj, Srbiji⁵⁰, Španjolskoj, dva tjedna u Austriji⁵¹ itd.) i može izjaviti žalbu sve dok traje šutnja uprave. U slučaju suprotnih stajališta da rok istječe nakon isteka žalbenoga roka, računavši od dana propuštanja upravnog tijela, svrha instituta šutnje uprave postala bi bezvrijedna.⁵² Odnose između stranke i sustava vlasti treba tumačiti teleološki – sve dok su akteri u položaju šutnje (primarna je pravna posljedica povrijeđena), zakon omogućuje posljedice (sankciju). Stoga izjava

48 Često podnositelji prijava podnose čak ustavne tužbe radi ostvarivanja svojeg interesa. Ustavni sud RS pritom ustrajno zahtijeva najprije dokaz o iscrpljenosti prethodnih pravnih lijekova, a zatim i dokaz o postojanju pravnog interesa na temelju već pokrenutog postupka te priznanje miješanja. Ako upravno tijelo nije pokrenulo postupak, šutnja ne može nastupiti, takav npr. stoji u OdlUS, Up-3/97 od 15. 7. 1999. Međutim, u slučaju pokretanja postupka trebalo bi donijeti rješenje ili obustaviti postupak (npr. ako nije potrebna mjera prema članku 135. slovenskoga ZUP-a).

49 Anthony, G., op. cit., str. 40, pridaje tom aspektu ključno značenje. Stoga ocjenjuje spornost fikcije negativne odluke sa stajališta skladnosti s Europskom konvencijom o ljudskim pravima (EKLJP).

50 Srbija unatoč drukčijem državnom uređenju nakon 2003. godine primjenjuje ZUP (tadašnje SR Jugoslavije) donesen 1997. godine i noveliran u svibnju 2010. (*Zakon o opštem upravnom postupku*, SL SRJ br. 33/97, SL Republike Srbije br. 30/10). Uređenje je isto kao i već opisana uređenja, osobito jugoslavensko i slovensko uređenje (supra), uz nekoliko posebnosti. Rok za donošenje rješenja iznosi prema članku 208. i 237. ZUP-a mjesec ili dva mjeseca. Poseban zakon može propisati kraći rok, a države su nakon raspada SFRJ sve dodale te odredbe koje ZUP/86 nije sadržavao; prema Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., op. cit., str. 445.

51 O razvoju, važećem uređenju, teoriji i praksi u Austriji (*Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* (AVG), SL RA br. 51/91 s novelama 1995., 1998., 2002. Godine) v. Winkelhofer, R., op. cit. Posebno o razlikama postupanja u slučaju šutnje uprave s obzirom na broj i interese stranaka, ibid., str. 27 – 36 i o modernim pristupima koji nadilaze samu fikciju negativnog akta, ibid., str. 65, te u zaključku ibid., str. 289. Šutnju uprave poznavala je već prvotna kodifikacija iz 1925. godine. Rok za donošenje odluke iznosi šest mjeseci od početka postupka. Ako u slučaju šutnje uprave žalbeno tijelo nije predviđeno, stranci stoji na raspolaganju upravni spor. Područni propisi imaju posebne odredbe. Skupno se razvijaju novi načini rješavanja problema neaktivnosti uprave. Sličan je model na snazi u Njemačkoj.

52 Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., op. cit., str. 446.

stranke, da neće izjaviti žalbu prije donošenja rješenja ili isteka propisanog roka za njegovo donošenje, uz šutnju nema učinka; stranka nije prekludirana. Iako je stranka znala da je rješenje već doneseno, pri čemu je rok za donošenje već istekao, ima pravo izjaviti žalbu zbog šutnje uprave jer joj rješenje još nije dostavljeno, a njegovi pravni učinci nastupaju tek dostavom (o tome već davno presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, br. UŽ 1373/59). U tom slučaju nastupa tzv. djelomična šutnja, kada je rješenje doneseno, no nije dostavljeno, pri čemu se zbog djelovanja nakon dostave djelomična šutnja uzima u obzir isto kao i potpuna šutnja.

2.7. Propisani rok za donošenje rješenja i (ne)razumno dugo rješavanje

Upravno tijelo mora odlučiti u propisanom roku. Prema članku 222. i 256. slovenskoga ZUP-a (1999.), a isto vrijedi i za srpski te hrvatski ZUP, rok za donošenje rješenja u ispitnom postupku te žalbenom postupku iznosi dva mjeseca od dana podnošenja urednog zahtjeva stranke, odnosno žalbe, dok u postupku neposrednog rješavanja taj rok iznosi do mjesec dana. Pojedine zemlje poznaju dulje (npr. Austrija ili Francuska s rokovima od 3 do 6 mjeseci), a druge kraće rokove (npr. u Makedoniji je taj rok od 2008. godine skraćen na 30, odnosno 15 dana⁵³). Po načelu supsidijarne primjene ZUP-a, posebnim zakonom može se propisati drukčiji rok za donošenje rješenja. Tu se pojavljuje raskorak između nacionalnih uređenja jer se prema izričitoj odredbi ZUP-a poseban rok može ponegdje definirati: a) samo zakonom, a ne nižim aktom (npr. prema slovenskom i makedonskom

53 U Makedoniji je 2005. godine donesen trenutačno važeći ZUP (SL RM, br. 38/05 i 10/08) koji je 2008. godine noveliran prepolovljivanjem rokova za donošenje rješenja i uvođenjem fikcije pozitivne odluke prema španjolskom uzoru, ali uz niz ograničavajućih pretpostavki (v. članke 129.a, 221., 227. te osobito 293. i 293.b. (Posebne odredbe)). Ti su uvjeti sljedeći: mora biti riječ o upravnom postupku na zahtjev stranke na propisanom obrascu; rok za donošenje rješenja i fikciju usvajanja zahtjeva stranke mora propisati (na temelju načela prema ZUP-u) područni zakon; u ispitnom postupku treba preko čelnika tijela deklaratornim rješenjem naknadno utvrditi da je doista došlo do šutnje te time priznanja prava. Stoga se postavlja pitanje je li u vezi s uvođenjem fikcije usvajajuće odluke u makedonski ZUP riječ o deklarativnim normama ili realnim promjenama za stranke. Isto pitanje postavljaju Davitkovski, B. i Pavlovska-Daneva, A., op. cit., str. 23. Isto tako vidi se i u Španjolskoj; usp. Jansen, O., op. cit., str. 13. Takav se zahvat u Makedoniji u dotadašnju tradiciju navodno temeljio, prije svega, na dvama polazištima. Prvo, ustavno načelo dvostupnjevitosti i prava na žalbu, odnosno pravni lijek prema kojem područni propis može, no ne mora predvidjeti žalbu; te nastojanja vezana uz ostvarivanje učinkovitosti uprave deregulacijom (*regulatory guillotine*). Smatram da je zahvat u prijašnje uređenje bio besmislen jer bi isti cilj sustavnije ostvarili jednostavnom nadređenom primjenom područnih propisa u odnosu prema ZUP-u i pročišćavanjem materijalnopravne regulacije po pitanju kada nije potrebno uređivati odnose javnim pravom. Bilo kako bilo, treba naglasiti da odredbe ZUP-a unatoč naizgled potpunom otvaranju priznavanja prava unaprijed uz doista kratke rokove za donošenje rješenja (npr. 15 dana) čine samo temelj za ozakonjenje posebnih rokova i posljedica u sklopu posebnih zakona. Unatoč načelu fikcije usvajanja, makedonski zakon sa svojim člankom 129.a nije bitno drukčiji od hrvatskoga zakona s člankom 102., odnosno od bilo kojeg ZUP-a s klauzulom o supsidijarnosti u usporedbi s posebnim zakonima, ali načelno rješenje stvara smjernicu za posebnu regulaciju.

ZUP-u) i b) samo kao rok za donošenje rješenja koji je kraći, a ne dulji od roka koji proizlazi iz općeg uređenja (npr. tako jugoslavenski ZUP/86⁵⁴ te novi hrvatski i srpski ZUP). Uređivanje postupka samo zakonom predstavlja ustavnopravno pitanje s obzirom na to da je riječ o definiranju prava i obveza stranaka (usp. članak 15., 22. i 158. Ustava RS). Pritom treba imati na umu jednaku zaštitu prava stranaka i predvidivost te stabilnost pravnih odnosa. Stoga smatram da se ovo postupovno pitanje može prepusti normiranju provedbenim zakonodavstvom samo u iznimnim slučajevima, i to samo ako se u područni zakon uključi izravna izvršna klauzula u kontekstu specifičnosti određenog područja. Primjerice u Sloveniji bi takvo što bilo moguće u visokom obrazovanju zbog ustavom zajamčene autonomije, pri čemu bi bilo u skladu s ustavom kada bi sveučilište, sukladno zakonu o visokom obrazovanju, samo propisalo rokove za donošenje odluka o pravima studenata. To je također i razlog zašto suci (npr. upravnog suda) odlučuju izravno na temelju zakona preskakanjem, po njihovoj ocjeni, nezakonitog ili neustavnoga podzakonskog akta (*exceptio illegalis*).

U pogledu propisivanja duljeg ili kraćeg roka specijalnim zakonom možemo u teoriji zagovarati dva stajališta. Prema prvom bi stajalištu vrijedilo opće načelo nadređenosti područnog zakonodavstva, naravno, ako na području postoji razuman razlog za posebno uređenje. To znači da bi rok mogao biti kraći ili dulji.⁵⁵ Budući da praksa regulacije pokazuje da se ustavom zajamčena jednaka zaštita prava slabo poštuje te se dulje rokove često propisuje bez rasprave, čak iz više ili manje priznatog komoditeta tijela, pri čemu posebna pravila onemogućuju preglednost i predvidivost te jednakost pred zakonom, zakonodavac je ponegdje (npr. u Srbiji i Hrvatskoj⁵⁶) unaprijed zabranio produljivanje rokova. Smatram da takvo postupanje unatoč empirijskom uporištu, odnosno društvenoj realnosti te stajalištu da je riječ o jednom od temeljnih načela, te je iznad područnih zakona, nije pravi način za rješavanje problematike. ZUP treba ostati supsidijarni propis – ako područni zakon bilo koje pitanje uredi drukčije uz postojanje stvarnih osnova po području, treba primijeniti sustavni pristup, a ne da se samo određeni instituti izdvoje kao apsolutni. Ako se spomenuto ne poštuje, treba uspostaviti sustav učinkovite ustavnosudske kontrole. Politički pretenciozni nositelji zakonodavnog procesa trebaju biti ograničeni pravom i neovisnim sudstvom. Kao primjer da sustav može djelovati može poslužiti slučaj

54 Članak 218. i 247. Ustavni je sud Jugoslavije u vezi s tim odlučio da propisivanje roka za donošenje rješenja o žalbi duljeg od 60 dana nije u skladu sa zakonom o upravnom sporu (predmet U, br. 217/72 od 13. 2. 1973., SL SFRJ br. 17/73).

55 U Sloveniji rok za donošenje rješenja prema ZUP-u iznosi u pravilu dva mjeseca, dok takav rok, npr. u poreznom inspekcijском nadzoru iznosi šest mjeseci od dana početka postupka, odnosno devet mjeseci u složenijim slučajevima, kako je predviđeno Zakonom o poreznom postupku (*Zakon o davčnem postopku*, Službeni list RS, br. 117/06 i novele).

56 Prema hrvatskom ZUP-u drukčije, no samo kraće!, rokove smije propisati područni zakon (npr. Zakon o pristupu informacijama od javnog značenja). Šikić. M., op. cit., str. 196, ocjenjuje da bi rok trebao biti precizniji u pogledu dana jer različit broj dana u mjesecu predstavlja nejednakost stranaka, pri čemu smatra da je 30 dana u postupku neposrednog rješavanja dostatno razdoblje, dok je 60 dana prekratko te bi sam predložio 90 dana.

ocjene ustavnosti slovenskog Zakona o usmjeravanju djece s posebnim potrebama (*Zakon o usmerjanju otrok s posebnimi potrebami*) iz 2000. godine. Ustavni je sud RS odlukom U-I-118/09-21 i Up-502/09-9 od 10. 6. 2010. (već u godini dana od dana podnošenja podneska) odlučio da na temelju testa razmjernosti treba ukinuti više odredaba tog zakona, osobito u dijelu gdje je Zakonom od novele 2006. godine predviđeno da je rok za usmjeravanje djeteta s posebnim potrebama i posljedično prilagođeno uključivanje u odgojno-obrazovni program šest mjeseci u prvom i šest mjeseci u žalbenom stupnju (tj. u oba stupnja tripud dulji od roka utvrđenog ZUP-om). Prema ocjeni suda, takvi rokovi nisu prikladni za učinkovitu realizaciju svrhe zaštite te djece jer na konkretnoj razini nisu ispunjeni zahtjevi koji proizlaze iz obveze države da djeci osigura posebnu zaštitu i skrb zbog dobi i posebnih potreba vezanih uz razvoj i učenje. Sudska je odluka utemeljena na većem broju ustavnih odredaba o zaštiti invalida i djece te obrazovanju, a takva se odluka mogla donijeti već zbog povrede načela jednake zaštite prava stranaka (članak 22. Ustava RS) jer zakonodavac nije iznio niti jedan razuman razlog za regulaciju koja bi bila drukčija od ZUP-ove regulacije (osim sporadičnih i neslužbenih reakcija da se u tom postupku može donijeti odluka samo na temelju prethodno danog mišljenja povjerenstva vještaka koje se sastaje samo dvaput godišnje...).⁵⁷ I ono što je bitno (točka 17. obrazloženja odluke): »... dulji instruktivni rok za donošenje rješenja o usmjerenju... sam po sebi ne osigurava kvalitetnija usmjerenja...«. Isto vrijedi za uređenje prema posebnom zakonu kao što je ZUP jer zabrana propisivanja duljih rokova od onih predviđenih ZUP-om sama po sebi ne predstavlja jamstvo za učinkovito rješavanje i bolju zaštitu prava stranaka.⁵⁸

Šutnja uprave nastupa već nakon isteka (tek) propisanog roka za donošenje rješenja kako je utvrđeno ZUP-om ili posebnim zakonom. U pogledu sudske zaštite te već prije u strateškom smislu prilikom normiranja treba obvezno razlikovati pojam propisanog od razumnog roka za donošenje rješenja! Često se, naime, može uočiti da dolazi do pogrešnog shvaćanja uređenja posljedica šutnje uprave upravo zbog nastojanja da se osigura donošenje rješenja u razumnom roku, što je prema EKLJP-u ključni element poštenog postupka. To znači da države često uvode različite projekte

57 U vezi s predmetom je interesantno da podnositelj tužbe predlaže i ocjenu ustavnosti ZUP-a tvrdeći pritom da je ustavno nedopustivo da ZUP propisuje kraće rokove od predmetnog zakona. Ovdje se također može uočiti miješanje uzroka i posljedice, kao i u slučaju stajališta da rok za donošenje rješenja treba trajati dulje jer se pojedini sudionici postupka rijetko sastaju. Naime, možemo se složiti s argumentom o kraćim rokovima prema ZUP-u u odnosu na predmetni zakon, no teret specijalnog uređenja u slučaju postojećih posebnosti područja pada na posebne zakone, a ne na ZUP! Ustavni je sud RS, doduše, iz drugih razloga, odbio prijedlog u tom dijelu.

58 Suprotno Kosovac, M. i Kozarčanin, H., op. cit., str. 295, koji tvrde da je maksimalno ograničenje po ZUP-u u obliku dvomjesečnog roka »karakteristično«. Ibid., str. 348, autori iznose suprotnu tvrdnju da iz odredaba članka 247. ZUP-a proizlazi mogućnost kraćeg ili duljeg roka za donošenje rješenja (o žalbi), ako je tako prema načelu supsidijarne primjene ZUP-a (članak 2.) utvrđeno posebnim zakonom!? Popović, S., Lilić, S. i Savinšek, J., op. cit., str. 445, pak dosljedno brane kraći rok od onog utvrđenog ZUP-om, također i u obliku specijalnog zakona u smislu ostvarivanja temeljnog načela učinkovitosti.

za otklanjanje zaostataka previdajući pritom da je brzina odlučivanja podređena sadržajnom cilju (upravne) stvari, tj. suočavanju pravnih interesa.⁵⁹ Želim naglasiti da je šutnja uprave institut koji se već temelji na prekoračenju propisanog roka, iako je prema standardima Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) još daleko do eventualnog nerazumno dugog rješavanja (više godina).⁶⁰ Ako se takvo što ipak dogodi, pravni sustav osigurava drugu zaštitu, izvan fikcije negativne ili pozitivne odluke kao u slučaju šutnje uprave, tj. posebnu ustavnopravnu⁶¹ te na članku 6. i 13. EKLJP-a utemeljenu zaštitu. Kada i sve, dok upravno tijelo odlučuje unutar granica (premda višemjesečnih) rokova propisanih ZUP-om ili posebnim zakonom, odnosno razmjernih prekoračenja, nije riječ o nerazumno dugom rješavanju. Nužno je naglasiti da institut šutnje uprave pridonosi učinkovito vođenim postupcima već na načelnoj i preventivnoj razini. Propuštanja rokova rješavanja, naime, utječu na učinkovitost sustava kao cjeline, krše načela jednakosti pred zakonom i pravne sigurnosti te također pridonose smanjenju konkurentnosti nacionalnoga gospodarstva. Stoga je uz institut šutnje uprave i pravni lijek po toj osnovi ključan podatak za ostvarivanje prava *in concreto* o tome koliko iznosi (prosječno) vrijeme rješavanja u višim stupnjevima. Stranci, naime, neće biti od velike pomoći ako upravnom sudu podnese tužbu koja će doći na red tek za nekoliko godina.⁶²

59 Povezano to vrijedi za obvezno mirenje i druge načine alternativnog rješavanja sporova koji se npr. u Njemačkoj ili Sloveniji (prema Zakonu o alternativnom rješavanju sudskih sporova (*Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov*, Službeni list RS br. 97/09) često pokreću samo radi otklanjanja zaostataka i rasterećenja sudova, odnosno upravnih tijela, što je izrazito mehanicističko te stoga eventualno sustavno štetno viđenje problema (doduše, doista) predugog rješavanja. Usp. Hopt, J. K. i Steffek, F., *Mediation; Reshtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008., još više u SAD.

60 O tome više s naglaskom na posebnosti rješavanja u razumnom roku u upravnim stvarima Sever, T., *Izbrani vidiki pravice do odlučanja u razumnom roku v upravnih zadevah*, u: Klun, M. (ur.), *Kriza kot izziv in priložnost za reforme javne uprave (elektroničko vrelo, 24 str.)*, Ljubljana, Fakulteta za upravo.

61 U Sloveniji je na temelju ustavne odredbe o učinkovitom rješavanju i pravu na sudsku zaštitu od 2006. godine na snazi Zakon o zaštiti prava na suđenja bez nepotrebnog otezanja (*Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebne odlašanja*, Službeni list RS br. 49/06) koji je donesen temeljem presude ESLJP-a u predmetu Lukenda 2005. godine i OdlUS, U-I-65/05 od 22. 9. 2005. prema kojoj je cjelokupan slovenski sustav neučinkovit glede osiguravanja donošenja rješenja u razumnom roku. Svrha je ZZPSBNO ubrzavanje postupka nadzornom žalbom i rokovnim prijedlogom te osiguravanje pravične satisfakcije (npr. novčane naknade štete u iznosu od 300 do 5000 eura ili objave presude). S druge je strane Ustavni sud utvrdio da ZZPSBNO nije u skladu s Ustavom ako ne uređuje i položaj oštećenika kojima je povreda prava na suđenje bez nepotrebnog otezanja prestala prije 1. 1. 2007. te do tog datuma nisu podnijeli međunarodnom sudu zahtjev za pravičnu satisfakciju (OdlUS, U-I-207/08, Up-2168/08, Službeni list RS br. 30/10). Borbi protiv neaktivnosti uprave značajno pridonosi i članak 28. ZUS-1 prema kojem se može tužba u upravnom sporu podnijeti i u slučaju ako u roku od tri godine od dana početka postupka uprava nije donijela konačno rješenje, odnosno akt o obustavi postupka.

62 Npr. upravni je sud u Hrvatskoj 2006. godine rješavao tužbe podnesene 2001. godine, prema Đerđa, D., *Reforma sustava pravnih lijekova prema novom Zakonu o općem upravnom postupku*, u: Koprić, I. i Đulabić, V. (ur.) i dr., *Modernizacija općeg upravnog postupka i javne uprave u Hrvatskoj*, Zagreb, Institut za javnu upravu i Društveno veleučilište u Zagrebu,

2.8. Primjena propisa i uzimanje u obzir činjenica vezano za vrijeme (fiktivne) odluke

U vezi sa štutnjom uprave pojavljuje se ključno pitanje primjene propisa i uzimanja u obzir činjeničnog stanja tijekom odlučivanja, osobito kada područnim zakonom nije utvrđena vezanost priznanja prava za podnošenje podneska, već za donošenje rješenja.⁶³ Tako npr. slovenski ZUP predviđa da treba zbog vezanosti upravnog tijela za zakonitost donijeti rješenje na temelju materijalnog prava koje je na snazi u vrijeme odlučivanja i tadašnjih postojećih relevantnih činjenica (prvi stavak članka 251. i drugi stavak članka 238.). Upravnosudska praksa, naglašava da treba postupiti po zahtjevu u skladu s važećim zakonodavstvom i stvarnim okolnostima koje postoje tijekom, odnosno prilikom isteka roka za donošenje rješenja, a ne nakon njegova isteka⁶⁴, no u tome nije jedinstvena. Pojedine presude, naime, naglašavaju odluku nakon vremena donošenja prvostupanjskog rješenja, iako uz prekoračenje.⁶⁵ Radi osiguranja jednakosti pred zakonom i jednake zaštite prava stranaka te zbog povjerenja u pravo (odnosno legitimnih očekivanja) prema članku 14., 22. i 2. Ustava RS, Ustavni je sud RS u predmetu Up-304/01-27 od 20. 5. 2004. istaknuo da se u slučaju bitnog prekoračenja roka za donošenje rješenja (npr. postupak u prvom stupnju u trajanju od četiri godine⁶⁶) propis koji je bio na snazi prilikom isteka propisanog roka za donošenje rješenja smatra sukladnim ustavu. Na taj način stranke ne trpe zbog strožih uvjeta prilikom izmjene propisa tijekom postupka (ako se propis novelira ublažavanjem uvjeta u korist stranke,

2009., str. 157. U Sloveniji su posljednjih godina rokovi rješavanja u upravi i na sudu bitno skraćeni jer su uvedeni različiti programi otklanjanja zaostataka. Upravni sud RS u 2011. godini odlučuje o tužbama podnesenim 2009. i 2010. godine.

63 Kosovac, M. i Kozarčanin, H., op. cit., str. 295.

64 Npr. po molbi za stjecanje državljanstva maloljetne osobe treba postupiti u skladu s uvjetima za maloljetnu osobu, iako je ona još prije pravomoćnosti rješenja, no nakon njegova donošenja iza roka, postala punoljetna, pri čemu stranka mora pokrenuti upravni spor zbog štutnje uprave (presuda Vrhovnog suda RS, br. U 426/93-7). Po uvjetima za napredovanje također treba postupiti sukladno propisima koji su bili na snazi u vrijeme isteka roka za donošenje rješenja, a ne sukladno noveli zakona kojom su uvjeti utvrđeni drukčije, iako je novela stupila na snagu još prije (prekasnog) donošenja rješenja (odluka Vrhovnog suda RS, br. U 1965/2001). Isto u komentarima ZUP-a, npr. Kosovac, M. i Kozarčanin, H., op. cit., str. 295.

65 Npr. presude Vrhovnog suda RS, I Up 289/2005 od 12. 1. 2006., odnosno X Ips 1642/2006 od dana 10. 3. 2010. Jerovšek, T., u: Jerovšek, T. i Trpin, G., op. cit., str. 59, upozorava da doktrina odlučivanja nakon vremena donošenja prvostupanjskog rješenja nema ustavnu i zakonsku osnovu jer se temelji na prevladanom načelu nedjeljivosti rješavanja u prvom i drugom stupnju. U vezi s tim autor nalazi da se doktrina pokazuje kao najneodrživija kada stranka svojim zahtjevom djelomično uspije te stoga izjavi žalbu samo u vezi s dijelom odluke, pri čemu se djelomična potvrda pravomoćnosti u prvom dijelu zbog povezanosti i međuovisnosti obaju dijelova ne može ostvariti, pa se zbog toga treba dosljedno pridržavati zabrane reformacije *in peius*.

66 Prema praksi ESLJP-a, vrijeme nerazumno dugog rješavanja vrlo je relativno i ovisi o brojnim čimbenicima, pri čemu nije mjerodavno samo subjektivno odugovlačenje, nego i važnost predmeta za stranku, pa stoga iznosi već približno od tri do pet godina, podrobnije Sever, T., op. cit.

stranka može odustati od prvotnog zahtjeva i pokrenuti nov postupak prema novom zakonodavstvu), pri čemu navedeno vrijedi samo u slučaju nerazumno dugog postupka, a ne prilikom svakog prekoračenja propisanog roka.

S vremenom je povezano i pitanje o tomu koje činjenice i pravo vrijede ako stranka izjavi žalbu zbog šutnje uprave jer obično postupak nakon toga traje još neko vrijeme. Važe li činjenično stanje i propisi u vrijeme isteka roka za donošenje rješenja ili je mjerodavno vrijeme podnošenja žalbe prilikom šutnje, odnosno važi li ipak opće pravilo donošenja (nefiktivnog) rješenja? Argument za to da bi trebalo uzeti u obzir datum predaje žalbe temelji se na logičnom zaključku da je stranka izjavila žalbu upravo radi isticanja tadašnje važeće norme i relevantnih činjenica, inače se ne bi žalila.⁶⁷ Na to nas također upućuju načela legitimnih očekivanja i jednakosti pred zakonom koja vrijede u svim pravnim poredcima, npr. načelo legitimnih očekivanja prema pravu EU-a i kao posebno načelo u novome hrvatskom ZUP-u.⁶⁸ Sama bih se obzirom na navedeno založila za kompromisno stajalište – neka vrijedi važeći propis i neka se uzmu u obzir činjenice prilikom stvarnog odlučivanja, osim ako bi stranka zbog subjektivnih propuštanja, koja pak još ne bi predstavljala nerazumno dugo rješavanje, bila u nepovoljnijem položaju. Tada bi trebalo radi jednakosti stranaka u položajima iste vrste primijeniti pravo i činjenice u vrijeme isteka roka za donošenje rješenja, što bi zaštitilo i neuke stranke koje ne poznaju žalbu zbog šutnje uprave ili nemaju hrabrosti izjaviti je.

3. UREĐENJE ROKOVA I ŠUTNJA UPRAVE U SLOVENIJI

Upravno je pravo zbog ostvarivanja nacionalnog interesa i suvereniteta države kao takve u pravilu domena nacionalnih uređenja. Utjecaj je globalizacije na nacionalno pravo velik zbog potrebe za pravičnosti, odnosno legitimnosti te također učinkovitosti rada uprave. Stoga je očita barem normativna⁶⁹ konvergencija razvoja upravnog prava u pojedinim zemljama, premda se ne može govoriti o tome da dolazi baš do unifikacije, odnosno harmonizacije »europskoga« upravnog postupovnog prava. Sigma, zajednička inicijativa OECD-a i EU-a, u dokumentu *Checklist for a General Law on Administrative Procedure* (2005.) koji predstavlja podsjetnik u vezi

67 Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 529. Harlow, C. i Rawlings, R., *Law and Administration*, London, Edinburgh, Dublin, Butterworths, 1997., str. 183, ističu da je koncept legitimnih očekivanja po svojoj naravi primarno postupovne prirode što se izražava upravo u razmatranom dijelu.

68 Na europskoj razini vidi Schwarze, J., *European Administrative Law*, London, Sweet and Maxwell, 2006., str. 886. U Hrvatskoj je načelo legitimnih očekivanja utemeljeno na ustavnoj osnovi, što proizlazi iz odluke Ustavnog suda RH, br. U-IIIB/4366/2005 od 5. 4. 2006., također i kod upravnih stvari (u navedenom se slučaju sud bavio spornim rješenjem ministarstva zaštite okoliša).

69 Premda u vezi s postojanjem i sadržajem ZUP-ova nema tolikih razlika s obzirom na trenutačnu razvijenost demokracije u pojedinim zemljama, u tranzicijskim je zemljama osobito očita razlika između onog što je deklarirano i što se provodi u praksi; prema Rusch, W., op. cit., str. 4.

s nacionalnim regulacijama upravnoga postupovnog prava, osobito ZUP-a, ističe određena načela i pravila, među kojima je i rješavanje u propisanom roku kao dio postupovne pravičnosti (*procedural fairness*). Osobito je naglašeno da je donošenje rješenja u vrlo kratkom roku mogućnost koja se može dopustiti samo u rijetkim iznimnim slučajevima, jer se time zadire u načelo zakonitosti kao primarno načelo upravnog prava. Zakonodavac mora u vezi s rokovima povesti računa o definiranju početka tijeka roka, načinima računanja (npr. u pogledu uračunavanja ili isključenja blagdana), mogućnosti produljenja roka i povrata u prijašnje stanje. Osobito treba utvrditi rok za donošenja rješenja (što predstavlja dopunu prvotnim nacionalnim regulacijama kao što je češka ili austrijska regulacija prema zakonu iz 1991. godine u kojoj taj rok nije propisan (isto kao i u ZUP/86 SFRJ)) – uz mogućnost varijacije s obzirom na složenost predmeta i eksplicitno posljedice prekoračenja za stranku s pravom žalbe i sudskom zaštitom. Te se nedvojbeno korisne preporuke temelje na kombiniranim pristupima regulacije, pri čemu omogućuju državi da utvrđivanjem propisanih rokova za donošenje rješenja i prednosnom fikcijom negativne odluke uz daljnje korektive neaktivnosti uprave (npr. u Francuskoj) ili prednosnom fikcijom pozitivne odluke uz posebne zahtjeve i iznimke (npr. osobito u Španjolskoj) udovolji međunarodnim načelima te da ujedno suvereno definira područne specifičnosti (npr. trajanje propisanog roka s obzirom na opseg predmeta i kadrovske kapacitete ili posebnosti na prioritarnim upravnim područjima, npr. usvajanjem fikcije izdavanja odobrenja poduzetnicima). U smislu konvergencije, EU, i u Republici Sloveniji predlažu se i vode promjene nacionalne regulacije.

Slovenski ZUP iz 1999. godine (koji u tom dijelu nije nikada izmijenjen do 2011. godine) predviđa mogućnost žalbe i tužbe stranke zbog šutnje uprave i u postupcima po zahtjevu stranke i izrijekom u postupcima po službenoj dužnosti u oba stupnja upravnog rješavanja (članak 222., 255. i 256. ZUP-a te članak 28. ZUS-1), a uz to i dodatnu devoluciju nadležnosti ako bi zbog propuštanja nastale štetne posljedice za javni interes (treći stavak članka 18. ZUP-a). Zakon utvrđuje propisane rokove za donošenje rješenja, i to do dva mjeseca od dana formalno urednog zahtjeva, odnosno žalbe u uobičajenom ispitnom, odnosno žalbenom postupku. U postupku neposrednog rješavanja (npr. u slučaju rješavanja na temelju podataka iz službenih evidencija ili hitnih mjera za zaštitu života i zdravlja ljudi) takav rok iznosi najviše mjesec dana od dana početka postupka. Posebnim se zakonom može utvrditi i drukčiji rok kao izraz općeg načela podređene primjene ZUP-a (članak 3.). No zakonodavac mora u slučaju da posebnim zakonom uređuje pojedinačno postupovno pitanje drukčije nego što je uređeno ZUP-om dokazati, sukladno članku 22. Ustava RS o jednakoj zaštiti prava, da je to nužno zbog specifičnosti predmetnog područja. Bitne su, dakle, specifičnosti područja, a ne aspekt duljeg ili kraćeg roka. Tako zakon koji uređuje denacionalizaciju predviđa (dulji) rok od godinu dana za donošenje rješenja, dok zakon o zdravstvenom osiguranju propisuje (kraći) rok od osam dana za donošenje rješenja o žalbi u vezi s radnom sposobnosti. U slučaju propuštanja roka, slovenski ZUP predviđa trostruko postupanje:

a) u slučaju ugroze života ili zdravlja ljudi, prirodnog, odnosno životnog okoliša ili imovine, posljedica je propuštanja obligatorna devolucija nadležnosti s prvog na drugi stupanj, pri čemu mora isti preuzeti nadležnost i što prije donijeti konačno rješenje;

b) preuzimanje nadležnosti u vezi s rješavanjem predmeta od strane višeg stupnja, žalbenog tijela ili suda nastupit će i kada stranka podnese žalbu ili tužbu, premda ZUP i ZUS-1 predviđaju određena ograničenja, npr. mogućnost da drugi stupanj odredi dodatni rok prvom stupnju ili potrebnu pisanu požurnicu u vezi s donošenjem odluke o žalbi prije podnošenja tužbe u upravnom sporu;⁷⁰

c) u slučaju propuštanja, pri čemu stranka ne ostvaruje posebnu zaštitu zbog šutnje uprave i gdje se ne mogu uočiti štetne posljedice propuštanja za posebno zaštićena dobra, moguća je, unatoč općoj strogoj zabrani preuzimanja nadležnosti, fakultativna devolucija na drugostupanjsko tijelo.

Upravno tijelo, dakle, može odlučiti nakon isteka roka za donošenje rješenja, osim ako posebni zakon po prirodi stvari istu isključuje (npr. u vezi s obračunom poreza ili carine), no takvo bi arbitrarno postupanje moglo jako povrijediti stranke pri ostvarivanju njihovih prava. Izričito je važna i odredba trećeg stavka članka 28. ZUS-1 prema kojoj stranka može od 2007. godine podnijeti tužbu u upravnom sporu ako se postupak pred obama upravnim stupnjevima ne riješi konačno u roku od tri godine od njegova početka. Time se upravna tijela sprječava da drže stranku u začaranom krugu u kojem bi neprestano samo formalno poništavali i ukidali svoje akte na temelju žalbe i izvanrednih pravnih lijekova te time onemogućavali stranci pristup sudu.⁷¹ Prema ZUS-1, sud će u slučaju takvih okolnosti ili šutnje drugostupanjskog tijela (iznimno) odlučiti u sporu pune jurisdikcije tako što će sadržajno riješiti sporni pravni odnos, čime se osigurava djelovanje sustava kao cjeline (uprave i sudstva zajedno u odnosu prema stranci). Očita posebnost slovenskoga uređenja šutnje uprave je regulacija preuzimanja nadležnosti kao osnove i u javnom interesu, a ne samo radi zaštite stranke, što povećava odgovornost resornih ministarstava kao žalbenog stupnja za urednost stanja na području.

U slovenskom pravu poznajemo uz šutnju uprave i fikciju usvajajuće odluke, dijelom već iz ZUP-a, a dijelom iz područnih zakona. U oba slučaja zakon tumači šutnju uprave kao usvajanje zahtjeva stranke, osobito ako je utvrđena odluka, npr. suglasnost, uvjet za stjecanje drugog prava. To npr. vrijedi kod zajedničkih rješenja prema članku 208. i 209., jer se smatra da je suglasnost kao akcesorni akt izdana ako sudonositelj odluke u roku od 15 dana ne izda drugomu tijelu suglasnost ili mišljenje, odnosno odbije ga izdati. Šutnja upravnog tijela tumači se u korist stranke jer u protivnom ne bi bilo moguće donijeti meritornu odluku, a stranka

⁷⁰ Stranka može u upravnom sporu podnijeti tužbu zbog šutnje drugostupanjskog tijela, ali i prvostupanjskog tijela kada žalba protiv prvostupanjskog rješenja nije dopuštena. Prema sudskoj praksi, šutnja uprave vrijedi kako za rješenje tako i za zaključak u ovršnom postupku (presuda Vrhovnog suda RS, br. U 1578/93-4).

⁷¹ Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 714.

zbog akcesorne prirode mišljenja ne bi mogla koristiti pravne lijekove zbog nje-gova neizdavanja. Jedino bi joj preostalo da izjavi žalbu zbog šutnje upravnog tijela koje je zamolilo za mišljenje. No takva žalba ne bi bila učinkovita jer razlozi nedonošenja rješenja u propisanom roku nisu na strani tog tijela. S druge je strane nužno zahtijevati suglasnost, inače fikcija izdane suglasnosti neće nastupiti.⁷² Fikcija usvajajuće odluke iznimno je propisana posebnim zakonom kao što je slučaj sa Zakonom o javnom okupljanju (*Zakon o javnih zbiranjih*, Službeni list RS br. 95/02 i novele) prema kojemu se smatra da je prijavljeni skup ili priredba dopuštena ako do najmanje tri, odnosno ponekad pet dana prije okupljanja nije doneseno rješenje o zabrani skupa. No, kao i u slučaju suglasnosti, riječ je u biti o nadzoru, a ne izdavanju »klasičnih« odobrenja. Sve u svemu, bilo bi s obzirom na načela EU i Ustava prihvatljivo kada bi se pojedini posebni upravni postupci regulirali različito, pod uvjetom da se za propisivanje drukčijeg roka za donošenje rješenja od onoga predviđenog ZUP-om ili fikcije pozitivne odluke na određenom području pokaže utemeljen razlog koji bi predstavljao legitiman cilj, u slučaju da se takav cilj ne bi mogao ostvariti na drugi, optimalniji način.⁷³

Posebnost slovenskoga prava u sklopu razmatranog područja naći ćemo u Zakonu o uslugama na unutarnjem tržištu – ZUUT (*Zakon o storitvah na notranjem trgu*, Službeni list RS, br. 21/10) donesenom na temelju Direktive 2006/123/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. 12. 2006. (SL EU, L376 od 27. 12. 2006.).⁷⁴

72 Jerovšek, T. i dr., op. cit., str. 578; Kovač, P., Remic, M. i Sever, T., op. cit., str. 164. Slično vrijedi za suglasnost o sigurnosti zračenja i nuklearnoj sigurnosti koju mora nadležno tijelo u postupku izdavanja odobrenja za zahvat u prostoru ishoditi od ministarstva okoliša ili suglasnost za zahvate u zaštitnom pojasu ceste u postupku izdavanja građevinske dozvole prema zakonu koji uređuje javne ceste (presuda Upravnog suda RS, br. U 677/2002). Analogno propisuje, npr. zakon koji uređuje gradnju građevina ili energetske zakon u vezi sa suglasnostima koja su, doduše, samostalni upravni akti (o njima se vodi samostalan upravni postupak), no njihovo je izdavanje tek faza u postupku ishoda svih odobrenja za određenu strankinu ovlast.

73 Različiti postupci mogu se u slučaju razumnog razloga razlikovanja urediti različito. Npr. Cvetko, A., op. cit., str. 989, razlikuje na socijalnom području posljedice šutnje uprave s obzirom na to je li riječ o naknadama štete ili zaštiti prava.

74 Više o tome u Pirnat, R., op. cit., str. 3, te Remic, M. i Kovač, P., *Storitve na notranjem trgu – fikcija pozitivne odločitve ali konkurenčnost po slovensko*, Pravna praksa, vol. 29, 3 – 4/2010., str. 6 – 8. U načelu tako i u Španjolskoj vrijedi fikcija negativne odluke, osobito u postupcima po službenoj dužnosti čak uz mogućnost materijalnopravne zastare obveze, dok se fikcija usvajajuće odluke primjenjuje u *lex generalis!* u postupcima po zahtjevu stranke. Stranka može izjaviti žalbu tijelu koje nije donijelo rješenje ili višem tijelu. U „španjolskim“ zemljama isto tako vrijedi generalna pozitivna šutnja, ali s korektivom posebnih odredbi o isključenju kada fikcija usvajanja nije dopuštena, što unatoč generalnoj klauzuli u Španjolskoj znači 122 slučaja u odnosu na ukupno 172 centralnih postupaka (ali drukčije u Peruu s pozitivnom šutnjom u gotovo 900 postupaka!). U Francuskoj je u načelu drukčije, no zapravo vrlo slično jer (uz četveromjesečni rok za donošenje rješenja) važi generalna negativna šutnja, ali za dekret, koji može propisati fikciju usvajanja, takvu fikciju mora prethodno odobriti državno vijeće i ona je unaprijed zabranjena ako je protivna međunarodnim sporazumima, ustavnim slobodama, na području socijalnog osiguranja te u financijskim stvarima (usp. u Italiji s isključenjem pozitivne šutnje na području kulturne baštine, obrane, imigracija, javnog

Cilj je direktive povećanje konkurentnosti europskoga tržišta na način da se, prije svega, malim i srednjim poduzećima omogući proširenje djelatnosti, izričito preko pojedinačnih postupovnih odredaba. Direktiva u članku 13. utvrđuje fikciju pozitivne odluke koja nastupa kada nacionalno tijelo ne donese rješenje o zahtjevu stranke za izdavanje odobrenja za pružanje usluga u roku propisanom nacionalnim pravom. Taj rok prema ZUUT-u iznosi tri mjeseca od pokretanja postupka. Sastavljači Direktive bili su očito svjesni brojnih problema u vezi s fikcijom usvajajućeg rješenja jer Direktiva izrijeком uređuje određene postupovne elemente. Pod jedan, Direktiva sama relativizira vlastitu odredbu o fikciji usvajanja zahtjeva stranke dopuštanjem produljivanja roka te, prije svega, iznimaka od navedenog uređenja ako nalaže javni interes ili pravni interes umješaća. Time je obuhvaćena glavnina predmeta takve vrste, inače ne bi ni bili regulirani kao upravnopravni odnos!? Nadalje, prema Direktivi, tijelo mora radi razjašnjenja odnosa i izračunavanja nastupanja prava, odnosno izvršnosti, izdati podnositelju potvrdu o primitku podneska u kojoj moraju biti navedeni zakonski rok za izdavanje odobrenja, raspoloživi pravni lijekovi i upozorenje da nakon isteka određenog roka nastupa fikcija pozitivne odluke. Naposljetku, slovenski se zakon temelji na »neobičnoj« zakonodavnoj tehnici s obzirom na to da uređenje pozitivne odluke u slučaju štutnje uprave neće početi važiti stupanjem zakona na snagu, već tek kada se, odnosno ako se područni propisi budu pozivali na konkretne odredbe ZUUT-a. Stoga je primarni problem toga Zakona uređenje koje je protivno načelu supsidijarne primjene propisa jer adresat toga Zakona uopće ne zna kada za njega vrijede zakon i direktiva, a kada ZUP ili specijalni zakoni.⁷⁵ ZUUT, dakle, predstavlja u smislu Direktive nužan, no ujedno i nepotreban međuelement u regulaciji posebnih upravnih postupaka koji se »gura« između područnog zakona (i njegovih postupovnih odredaba) i ZUP-a. Štoviše, u pogledu sustava može se opravdano očekivati da će se povećati pobijanje posebnih odredaba područnih zakona u odnosu prema ZUP-u u postupcima pred Ustavnim sudom u slučaju različitih uređenja prema pojedinačnim zakonima, odnosno (pod)područjima u vezi s uslugama (iste vrste) te upitnosti razumnih razloga razlikovanja.⁷⁶ Zakon tako fikcijom usvajanja zahtjeva stranke ne donosi dodanu

zdravlja, očuvanje okoliša). V. Jansen, O., op. cit., str. 4, 12 – 13. Za Hrvatsku vidi posebne zakone donesene (uglavnom 2008. godine) na temelju iste Direktive; prema Šikić, M., op. cit., str. 201.

75 Šire o supsidijarnosti u Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 34.

76 Nesporno je da u općoj regulaciji (iako su to dva zakona, ZUUT i ZUP) nije moguće razmotriti oba suprotna rješenja, a da pritom nije jasno koje je rješenje primjenjivo u kojim upravnim stvarima. Dodatno se u pogledu važećeg uređenja prema ZUP-u propisivanjem rokova ZUUT-om obezvrjeđuje ozbiljnost »prijetnje« fikcije pozitivne odluke u slučaju štutnje uprave jer zakonom propisani rok rješavanja već u prvom stupnju može iznositi šest mjeseci, dok bi se približno posve isto dogodilo i u slučaju meritornog rješavanja uz pravne lijekove zbog štutnje prema ZUP-u i ZUS-1 uzimajući u obzir prosječne rokove rješavanja u Sloveniji u 2009. i 2010. godini (dva mjeseca u prvom i dva u drugom upravnom stupnju te otprilike tri do šest mjeseci na upravnom sudu). Također je upitno uređenje pozitivne fikcije odluke u prvom stupnju bez odredaba o tome što činiti u slučaju štutnje u drugom stupnju (za razliku od ZUP i ZUS-1 koji su u tom dijelu dosljedni). Budući da ZUUT, barem što

vrijednost prijašnjem pravnom poretku te ujedno omogućuje načelna uporišta za nesustavno uređivanje.

4. EMPIRIJSKI ASPEKTI INSTITUTA ŠUTNJE UPRAVE PREMA SLOVENSKOJ UPRAVNOJ I SUDSKOJ PRAKSI

4.1. Upravna praksa u Sloveniji

U Sloveniji je ZUP-om već više desetljeća bez izmjena uređena šutnja uprave uz propisani opći rok za donošenje rješenja koji u pravilu iznosi dva mjeseca od dana pokretanja postupka i nastupanje prava stranke na žalbu kao da joj je odbijen zahtjev (i analogno u drugom stupnju pravo na tužbu kao da joj je odbijena žalba). Naime, slovenski je ZUP iz 1999. godine preuzeo u tom dijelu prijašnje jugoslavensko uređenje prema ZUP-u iz 1956. godine. Stabilnost zakonodavstva time omogućuje vjerodostojno izvođenje zaključaka o značenju, primjeni i potrebi za izmjenama uređenja šutnje uprave. Kako bismo utvrdili opseg prekoračenja propisanih rokova i korištenja pravnih lijekova zbog šutnje uprave, treba istražiti pojedinačna područja jer središnja upravna statistika s postojećim pokazateljima ne omogućuje praćenje opsega propuštanja rokova, a ne vode se ni odvojeno podatci o tomu koliko izjavljenih žalbi proizlazi iz šutnje uprave. S druge strane, iz evidencije se vidi da su različiti (organizacijski i kadrovski) programi otklanjanja zaostataka u upravi (veća aktivnost vlade RS u razdoblju od 2005. do 2010. osobito je prisutna na području poreza i okoliša) te na sudovima (tzv. program Lukenda temeljem presude ESLJP iz 2005. godine) doveli do znatnog smanjenja propuštanja rokova za donošenje rješenja. Tako su npr. na području prometa i inspekcije vezano uz zaštitu osobnih podataka propisani rokovi prekoračeni u ne više od 10% predmeta, na području zdravstvene inspekcije do 5% slučajeva, a na području okupljanja i udruživanja do 25% slučajeva, no ni u tim predmetima nije riječ o velikom propuštanju, a u prosjeku se rješenje često donese čak i prije propisanog roka (npr. tržišna inspekcija u roku od 38 dana). Na razini upravnih jedinica, tj. u 58 općih prvostupanijskih upravnih kotara diljem zemlje, zaostaci su iznimno mali i iznose tek nešto više od promila. Od svih 838.623 rješavanih predmeta u 2009. godini u zaostatku se našlo samo 1.905 predmeta, a u 2010. godini u zaostatku je bilo 1.460 od ukupno 908.410 predmeta. U 2009. godini zaprimljeno je 2.038 žalbi protiv rješenja upravnih jedinica, odnosno 1.946 u 2010. godini.⁷⁷

se tiče razmatranog instituta, ne odgovara zahtjevima DUUT-a, sukladno praksi Europskog suda za ljudska prava vjerojatno se može zaključiti da bi razmatrane odredbe direktive trebalo uzeti neposredno u obzir jer su odredbe direktive jasne, neuvjetne, a državama nije ostavljena mogućnost diskrecijskog odlučivanja o tome hoće li implementirati rješenja. Usp. Androjna, V. i Kerševan, E., op. cit., str. 87 – 89.

77 Podatci Ministarstva javne uprave RS, v. izvješća o radu upravnih jedinica, <http://www.mju.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/pomembni_dokumenti/upravne_enote/porocila_2009/>. Ostali podatci pribavljeni su putem osobnih intervjuva autorice u nadležnim ministarstvima, odnosno drugim tijelima, ožujak 2011. O radu povjerenika za informacije (v. infra) na <<http://>

Što se tiče interesno konfliktnoga građevinskog područja, gdje je učinkovito odlučivanje osobito važno za investitore, podatci, premda sporadični, pokazuju da se propisani dvomjesečni rokovi redovito prekoračuju (no samo za otprilike mjesec dana). U 2009. godini od svih 872 žalbi izjavljenih Ministarstvu okoliša i prostora samo se 26 žalbi odnosilo na šutnju uprave, tj. otprilike 3% svih žalbi, dok je u 2010. godini 9 od 884 žalbe izjavljeno zbog šutnje uprave, tj. otprilike 1% svih žalbi. Protiv tog ministarstva podnesena je u 2009. godini samo jedna tužba u upravnom sporu zbog šutnje uprave. Na ukupnom području upravnih unutarnjih poslova u 2009. godini izjavljene su ministarstvu kao žalbenom tijelu samo dvije, (u odnosu na otprilike 50 žalbi protiv sadržajnih odluka na istom području, tj. prijava prebivališta), a u 2010. godini samo jedna žalba zbog šutnje (u odnosu na 44 žalbe protiv sadržajne odluke, ovdje na području državljanstva), pri čemu protiv ministarstva nije podnesena nijedna tužba u upravnom sporu. Na drugim područjima kao što su promet, zdravstvena ili tržišna inspekcija zabilježeni su samo pojedinačni slučajevi žalbi zbog šutnje uprave (npr. u inspekcijskim stvarima riječ je o 1 do 2 žalbe u posljednje dvije godine, uz inače otprilike 5% žalbi, odnosno u 100 predmeta od njihova ukupnog broja, i to rijetko na matičnom području, već uglavnom prema zakonu o pristupu informacijama od javnog značenja). Možemo zaključiti da se stranke gotovo i ne koriste institutom posljedica neaktivnosti uprave, bilo zbog nepoznavanja instituta ili vlastite ocjene da je besmislen, te radije izravno požuruju prvostupanjsko tijelo. S druge bi strane valjalo razmisliti o nešto duljim propisanim rokovima za donošenje rješenja prema područnim zakonima jer stalno dolazi do (premda malih) propuštanja rokova iz objektivnih razloga.

Posve drukčiju sliku daju podatci na području pristupa informacijama od javnog značenja, gdje je od 2003. godine propisano zakonom da rok za donošenje odluke na pisani zahtjev molitelja iznosi 20 radnih dana. U zakonom obvezana prvostupanjaska tijela spadaju sva državna tijela, općinska tijela i niz nositelja javnih ovlasti, odnosno subjekata koji obavljaju javne službe, a žalbe rješava posebno državno tijelo, povjerenik za informacije (PI). PI provodi i inspekcijski nadzor na području zaštite osobnih podataka uz brojne aktivnosti vezane uz promidžbu prava stranaka i obveza tijela. PI pritom nailazi na čestu praksu stranaka koje prerano izjavljuju žalbe, na temelju čega bi se moglo ocijeniti da su stranke dobro upoznate s pravima, a što proizlazi i iz statistike. U 2009. godini izjavljene su 302 žalbe zbog šutnje uprave te 182 protiv sadržaja prvostupajnske odluke, tj. čak 62% svih žalbi. Tijekom 2010. godine izjavljen je podjednak postotak žalbi zbog šutnje uprave, tj. 61% svih žalbi – 360 žalbi zbog šutnje uprave i 228 ostalih žalbi. U pogledu žalbi u vezi s pravom na pristup vlastitim osobnim podacima i zdravstvenoj dokumentaciji (prema Zakonu o pravima bolesnika), PI je u 2009. godini zaprimio ukupno 70 žalbi od čega se 36 odnosilo na šutnju voditelja zbirke podataka, a u 2010. godini zaprimljeno je ukupno 85 žalbi te 32 zbog šutnje (51, odnosno 38%). Upravnom sudu nije podnesena nijedna tužba na osnovi šutnje protiv PI-a. No predmet postupka

u tim stvarima nije odlučivanje o područnom pravu stranke, već je sam institut informacija od javnog značenja kao i institut šutnje uprave alat za ograničavanje apsolutističke vlasti, stoga nije iznenađujući odjek podataka – samo od 2009. do 2010. godine broj predmeta narastao je za čak 20%. No podatci se ne mogu ekstrapolirati za druga upravna područja. Nadalje, prilikom pristupa informacijama od javnog značenja fikcija usvajanja ne bi bila ostvariva već po samoj prirodi stvari jer fiktivni usvajajući akt može izvršiti samo izravno prvostupanjsko tijelo s obzirom na to da je molitelj zahtijevao pravo na pristup.

Institut šutnje uprave predstavlja, barem u Sloveniji, korektiv prema ZUP-u koji može doći do izražaja ako i kada aktualna vlada, odnosno resorno ministarstvo pojača svoja nastojanja vezano uz smanjivanje zaostataka, no nema velikih posljedica u udjelu pravnih lijekova od strane samih stranaka. To znači da se problem propuštanja rokova mnogo učinkovitije rješava odozgo prema dolje, nego odozdo prema gore, uz realno utvrđivanje propisanih rokova i organizacijska poboljšanja. Empirijski podatci u Sloveniji ne pružaju osnovu za uvođenje pozitivne fikcije u ZUP, tek možda u ograničenom obliku u pojedine zakone koji uređuju »krovn« prava kao što je pristup informacijama od javnog značenja.

4.2. Ustavnosudska praksa u Sloveniji

Zbog apsolutnog maloga broja postupovno pravilnih te još manjeg broja osnovanih tužbi u upravnom sporu zbog šutnje uprave valjalo bi pogledati ustavnosudsku praksu u Sloveniji. Pretraživačem odluka Ustavnog suda, koristeći se pritom skupovima riječi »*molk upravnega organa*« (šutnja upravnog tijela), »*kršitev predpisanege roka*« (nepoštovanje propisanog roka) i sl. (brisanjem tih postupovnih odluka u donošenju općih akata ili u kaznenim i građanskopravnim postupcima gdje šutnja uprave nije ni propisana), pronađeno je za 15-godišnje razdoblje od 1997. do 2011. godine ukupno 29 odluka od kojih se 19 odnosi na ustavne tužbe, a deset na ocjenu ustavnosti i zakonitosti propisa. To je s obzirom na otprilike deset milijuna prvostupanjskih upravnih rješenja donesenih u RS na godišnjoj razini gotovo zanemarivo. Ti podatci potvrđuju gore navedeno u vezi s upravnom i upravnosudskom praksom. U pogledu sadržaja riječ je o interesno protivnim predmetima kao što su lokacijske i građevinske dozvole (često u inspeksijskim stvarima kada zaštitu ostvaruju nelegitimirani navodno povrijeđeni podnositelji prijave), denacionalizacija, pretvorba vlasništva, državljanstvo, azil, davanja, dakle, predmeti kojima se, prije svega, bave resori ministarstva okoliša i prostora, ministarstva unutarnjih poslova te ministarstva financija.

Možemo zaključiti da je na pojedinim upravnim područjima u Sloveniji, slično kao i drugdje, prisutan sustavan problem prekoračenja propisanih rokova, a ponegdje (doduše, rijetko) čak i nerazumno dugo rješavanje. Pitanje je, je li samo prekoračenje propisanog roka posljedica zlorabe vlasti ili već u osnovi nerealno predviđenog roka kada područni propisi ne uređuju posebnosti područja, npr. zahtjevnijim ispitnim i dokaznim postupkom koji bi zahtijevao već općenito

predviđen rok dulji od dva mjeseca prema ZUP-u. Bilo kako bilo, stranke se vrlo rijetko koriste žalbom ili tužbom, i zbog relativno malih zaostataka i vjerojatno zbog svjesnosti svojega podređenog položaja i nadanja u povoljniju odluku ako se strpljivo pričekava donošenje rješenja. Tim subjektivnim razlozima treba s obzirom na upravnu statistiku realno dodati sve dulja prekoračenja u višim stupnjevima što smanjuje normirani cilj instituta u praksi. Ako se isti cilj može ostvariti bez ugroze javne koristi, zašto, dakle, propisivati pozitivnu fikciju? Bolje bi bilo razmišljati u smjeru deregulacije područnih zakona na način:

a) da se razmisli treba li određeni odnos uopće uređivati u upravnom pravnom smislu (npr. izdavanje odobrenja za obavljanje djelatnosti kada je dostatan naknadni nadzor), u suprotnom treba ga deregulirati;

b) da područni zakon, ako je predmet definiran kao upravna stvar, uzme u obzir posebnosti područja najprije u pogledu postavljanja realnoga propisanog roka za donošenje odluke u oba stupnja s obzirom na složenost predmeta, potrebne postupovne radnje, ishodaenje suglasnosti i sl.;

c) da poseban zakon, ako bi iznenadna liberalizacija područja bila preradikalna ili ako je riječ o predmetu u vezi s kojim empirijske analize ukazuju na izbjegavanje dužnosti uprave (recimo kod transparentnosti), propiše fikciju usvajanja zahtjeva stranke.

Vlast treba uz to uvesti različite oblike sustavnog mirenja kao u Velikoj Britaniji na način da se spor o neaktivnosti uprave riješi dogovorom između upletenih strana. Iskustva pokazuju da takav pristup s vremenom dovodi i do veće izravne učinkovitosti uprave (kraći postupci, manje žalbi, viša razina zadovoljstva stranaka i zaposlenika).

5. ZAKLJUČAK

Izmjene tradicionalnog uređenja i potrebne iznimke od općenito uređenih odnosa treba uvesti samo ako se društvena situacija korjenito promijeni ili ako pojedinačno područje traži izrazito specifičan pristup. Instituti propisanog roka za donošenje rješenja i posljedica šutnje uprave uz predmnjevu negativne odluke i posljedičnu pravnu zaštitu uvriježili su se u široj europskoj praksi tijekom višedesetljetne opće upravno postupovne regulacije i njezine provedbe. Stoga bi eventualnu fikciju pozitivne odluke kao korjenit zahvat u tradiciju s različitim ciljevima u smjeru učinkovitosti uprave u Sloveniji (a i u drugim državama) bilo prikladnije dosljedno ostvarivati kroz odredbe područnih propisa nadređenih ZUP-u. Te posebnosti također treba uvoditi na temelju nužnosti takvog uređenja radi ostvarivanja ciljeva područnih javnih politika. Radikalni su zaokreti u općem zakonodavstvu, naime, štetni za sustav. Na ZUP i općenito upravno postupovno pravo ne treba gledati parcijalno, odnosno u smislu administrativnih prepreka koje treba otkloniti ili postupaka i organizacije rada uprave koje treba pojednostaviti jer

upravni postupak predstavlja ključni poslovni proces, ali kao alat za izvršavanje ustavnih jamstava.⁷⁸

Noveliranje ZUP-a barem za Sloveniju tako ne predstavlja odgovarajuće rješenje problema sustavne neaktivnosti uprave i predugog rješavanja. Rješavanju takve problematike treba pristupiti preko optimalnije organizacije i razvoja menadžmenta, a ne preko propisa. Neaktivnost pojedinih službenika predstavlja najklimaviji razlog koji bi trebalo uporabiti kao glavni razlog za utemeljenje priznanja pravnih interesa određenih stranaka unaprijed, potencijalno, u najmanju ruku, na štetu javnog interesa. Dapače, otvaraju se različita tretiranja stranaka pred istim zakonom i čak razmišljanja o posljedičnom namjernom odugovlačenju vezano za korupciju. S druge je strane važan i prigovor da fikcija negativnog akta prebacuje teret poduzimanja radnji na stranku.

Možemo zaključiti da su sastavljači izmjena svjesni navedenih problema te uređuju fikciju pozitivne odluke uz veliku mjeru opreza, što pričuvnim klauzulama obično „zatrese brda, a rodi se miš“. No formalno priznavanje pojedinačnoga privatnog interesa određene stranke, a da tijelo pritom nije u skladu sa svojom misijom meritorno ocijenilo eventualni sukob s javnim interesom, može već u manjem dijelu predmeta nanijeti javnoj koristi nepopravljivu štetu. Nastupanjem materijalne pravomoćnosti tih nepostojećih akata ostvaruje se koncept stečenih prava bez sadržajnog suočavanja zaštićenih interesa. Općom se ozakonjenom fikcijom pozitivne odluke u odnosu na negativnu fikciju ne povećava razina pravne zaštite stranaka, već se uočljivo ugrožava javni interes i posljedično povećava sukob interesa u društvu. Na odabranim područjima vrijedi suprotno. No nijedno rješenje nije apsolutno, a osim toga ne postoje samo dvije krajnosti fikcije negativne i pozitivne odluke. Okolnosti u vremenu i prostoru stoga će odrediti koji je oblik neizbježno kombiniranog pristupa između fikcija negativne i pozitivne odluke uz odmjeravanje prednosti i nedostataka te pronalaženje tehnika prevladavanja sporova između uprave i stranke optimalan danas i ovdje.

⁷⁸ Ziller, J., op. cit., str. 261; Barnes, J. i dr., op. cit., str. 16.

Summary

ADMINISTRATIVE SILENCE WITHIN THE THEORY AND PRACTICE IN SLOVENIA

Critically analysing the regulations of the Law on General Administrative Disputes (LGAD) and its application in practice, the author in the article examines theoretical and practical aspects of the institute of administrative silence in the Republic of Slovenia. According to the majority model which has been in force in different countries, the administrative silence in Slovenia also presents a legal ground for a fictive, negative administrative act according to which a party is not in a pending state anymore and is entitled to legal protection as if the request has been denied. However, due to a strong influence of trends to increase efficiency in administrative matters as well as efforts to avoid unreasonably long proceedings until an administrative act is passed, a fiction that administration's silence amounts to a positive decision is introduced more often. Having in mind the theoretical and dogmatic aspects of the research on implementation of administration's silence in Slovenian regulations and administrative and court practice, the author of the article presents a hypothesis that the above mentioned fiction under the general law has stronger negative than positive consequences due to a need for meritorious protection of the public interest. She presents limitations correlated to legal actions of such kind within the legal administrative field.

Key words: *administrative procedure, administrative silence, time limit within which an administrative act has to be passed, efficiency, fiction, Slovenia.*

Zusammenfassung

DAS SCHWEIGEN DER VERWALTUNG ZWISCHEN THEORIE UND PRAXIS IN SLOWENIEN

An Hand kritischer Analyse der Regelungsänderung und Änderung der Durchsetzung des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes werden in anliegender Arbeit die theoretischen und praktischen Aspekte des Schweigens der Verwaltung in der Republik Slowenien behandelt. Entsprechend dem überwiegenden Modell, das in zahlreichen Ländern in Kraft ist, stellt das Schweigen der Verwaltung auch in Slowenien die Grundlage für die Fiktion einer Ablehnungsentscheidung dar, wodurch die Partei den Schwebezustand verlässt und die Möglichkeit erlangt, Rechtsschutz zu genießen als ob der Antrag abgelehnt wurde. Die Fiktion einer positiven Entscheidung wird allerdings unter Einfluss der Tendenzen bezüglich höherer Effizienz in Verwaltungssachen und um unvernünftig lange Entscheidungen zu vermeiden, immer mehr eingeführt. Unter Berücksichtigung der theoretisch-dogmatischen Aspekte, der Forschung der Implementierung vom Schweigen der Verwaltung in der slowenischen Gesetzgebung, Verwaltungspraxis und Rechtsprechung, schildert die Autorin auf Grund der Hypothese, dass in Folge solch einer Fiktion im allgemeinen Gesetz wegen des Bedarfs nach einem meritorischen Schutz des öffentlichen Interesses mehr Gefahr als Nutzen entsteht, die Beschränktheit solch eines Eingriffs im verwaltungsrechtlichen Bereich.

Schlüsselwörter: *Verwaltungsverfahren, Schweigen der Verwaltung, Entscheidungsfrist, Effizienz, Fiktion, Slowenien.*

Riassunto

**IL SILENZIO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA
TEORIA E PRATICA IN SLOVENIA**

Con l'ausilio dell'analisi critica della modifica della legislazione e dell'applicazione della legge sul procedimento amministrativo generale (ZUP) nel presente lavoro si esaminano gli aspetti teorici e pratici del silenzio della pubblica amministrazione nella Repubblica di Slovenia. Secondo il modello maggioritario che vige in diversi paesi, anche in Slovenia il silenzio dell'amministrazione rappresenta il fondamento per la finzione della decisione negativa, per mezzo della quale la parte abbandona lo stato di pendenza e può realizzare la propria tutela giuridica come se la sua richiesta fosse stata rigettata. Tuttavia, sotto l'influenza dei trends relativi ad una maggiore efficacia nelle questioni dell'amministrazione ed al fine di evitare tempi risolutivi irragionevolmente lunghi, sempre più spesso si va introducendo la finzione delle decisione positiva. Prendendo in considerazione gli aspetti teorico-dogmatici relativi all'attuazione del silenzio dell'amministrazione nella legislazione slovena e nella prassi amministrativa e giudiziale, l'autrice, ritenendo che siffatta finzione nella legge generale a causa della necessità di tutela meritoria dell'interesse pubblico comporti più pericoli che vantaggi, mette in luce i limiti di una soluzione di questo genere nei campi del diritto amministrativo.

***Parole chiave:** procedimento amministrativo, silenzio della pubblica amministrazione, termine per la soluzione, efficacia, finzione, Slovenia.*

AMERIČKA LEGISLATIVA O IMIGRACIJI 1864.-1917. GODINE

Dr. sc. Ljubinka Toševa Karpowicz
stalni sudski tumač za bugarski i
srpski jezik,
Rijeka

UDK 314.742:340.134(73)“1864/1917“
Ur.: 8. studenoga 2010.
Pr.: 13. rujna 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Od proglašenja neovisnosti 1776. godine do danas, SAD je zemlja koju karakterizira, iako s oscilacijama, politika privlačenja imigranata.

Ta je politika od početaka istodobno bila vezana uz pravo stjecanja državljanstva. Jedno i drugo pravo bilo je poticajno za nastajanje složene i do detalja razrađene legislative. Ona se istodobno odnosila i na utemeljenje državnih institucija koje se bave regrutiranjem imigranata i na tlu SAD-a i putem diplomatskih predstavništava, u drugim zemljama. Zakonskim propisima također je bila podređena djelatnost prijevoznika, kako bi, na terenu konstatirana zdrava radna snaga, kao takva stigne i u SAD.

No, pored zaštite gospodarskih interesa, putem legislative vrlo je rano vođena i politika zaštite ideoloških interesa liberalne države.

Prvi takav zakon donesen je već 1798. godine (Alien and Sedition Act). Njime je produžen rok za stjecanje američkog državljanstva, prošireno je pravo udaljavanja i povrata imigranta u zemlju podrijetla te zabrana slobode pisanja i govora.

Sljedeći restriktivni korak u politici privlačenja imigracije odnosi se na dopunu Zakona o imigraciji i ulasku stranaca u državu na temelju poslovnih ugovora od 3. ožujka 1891. godine. Useljavanje je tada bilo moguće samo uz zajamčeno zaposlenje.

Treći restriktivni zakon je Zakon o utemeljenju Ureda za imigraciju i naturalizaciju 1906. godine. Njime je zabranjeno useljavanje ne samo određene kategorije radnika, već i imigranata određenog idejnog usmjerenja. Člankom 39. Zakona iz 1907. godine utemeljena je komisija na čelu sa senatorom Williamom P. Dillingham iz Vermonta.

Komisija je Kongresu podnijela izvještaj o svom radu te iznijela prijedloge za nadalje u obliku opsežne studije u 42 sveska. Komisija je manipulirala statističkim podacima koje su načelnici za imigraciju tijekom godina prikupili u svim imigrantskim lukama SAD-a, kako bi prikazala da su tzv. novi imigranti, podrijetlom iz zemalja južne i istočne Europe bili rasno inferiorni u odnosu na

stare imigrante, podrijetlom iz zemalja sjeverne i zapadne Europe, te da se kao takvi ne zaslužuju koristiti sredstvima Američkoga fonda.

Ključne riječi: *Zakon o poticanju imigracije 1864., Ured za imigraciju i naturalizaciju iz 1906., Dillinghamova komisija.*

UVOD

Sjedinjene Američke Države do danas su zemlja useljenika. Taj je aspekt uvećanja njezina stanovništva istodobno i sumarni pokazatelj njezina sveukupnog ekonomskog stanja, ali i stanja gospodarstava zemalja iz kojih se regrutira emigracija.

Iako se prvi doseljenici na tlu Sjeverne Amerike pojavljuju početkom 17. stoljeća, kada su SAD 1776. godine proglasile neovisnost, samo je 2/5 stanovništva bilo nebritanskog podrijetla.

Prema prvom popisu iz 1790. godine, na tlu današnjeg SAD-a živjelo je nešto manje od 4 milijuna stanovnika, s tendencijom useljavanja od 10.000 imigranata svake godine.

Industrijska revolucija, koje je započela u Engleskoj oko 1700-e godine, a nadovezala se na naredno stoljeće na ostale zemlje zapadne Europe, uvjetovala je, u kombinaciji s nekim drugim čimbenicima (ekonomskom depresijom, vjerskom netrpeljivošću, progonom Židova u Rusiji), rast dotoka imigranata u SAD.

Međutim, od kraja 18. stoljeća, na proces useljenja, te na politiku stjecanja američkoga državljanstva, sve su više utjecaja imali međunarodni odnosi, ponekad odnos s konkretnom zemljom, koji su, zatim, postajali temeljem važnih i trajnih pravnih akata. Ta će tendencija biti sve više na djelu u daljnjoj povijesti SAD-a.

Ilustrativni slučaj bio je *Zakon o strancima i neprijateljskoj agitaciji (Alien and Sedition Act)* iz 1798. godine, koji je postao prvi restriktivni zakon o imigraciji.

Zakon je donijela Stranka federalista, koja je njime htjela suzbiti političku opoziciju (Demokratsko-republikansku) na način zabrane migriranja iz Irske, za koju se smatralo profrancuski i prorrepublikanski orijentiranom.

Zakon o strancima i neprijateljskoj agitaciji imao je tri podzakonska akta.

Prvim, od 18. lipnja 1798. godine, produžen je rok za stjecanje američkoga državljanstva od pet godina (ozakonjeno 1795.) na četrnaest godina, s pravom da tek nakon pet godina boravka u SAD-u imigrant smije izraziti želju da postane američki državljanin.

Drugi podzakonski akt istoga Zakona, izglasan je 25. lipnja 1798. godine. Na temelju odredbi istoga, predsjednik jedne od saveznih država imao je pravo da svakog imigranta udalji iz zemlje i vrati ga u zemlju podrijetla.

Treći podzakonski akt izglasan je 6. srpnja 1798. godine. Određivao je da će svatko tko je rođen u zemlji koja je u ratu sa SAD-om ili zemljom koja je izvršila

invaziju na SAD, biti «uhićen, zadržan, osiguran i sklonjen kao stranac neprijateljske zemlje».

Naredni podzakonski akt, izglasan 14. srpnja iste godine, zabranjivao je svako pisanje, govor ili bilo kakvo izjavljivanje osjećaja protiv vlade SAD-a, za što je bila predviđena kazna od 2.000 dolara te dvije godine zatvora. Taj se akt izravno kosio s prvim člankom američkog ustava koji je jamčio slobodu govora i mišljenja.

Tek je 1802. godine, tijekom predsjedanja Thomasa Jeffersona, Demokratsko-republikanska stranka smanjila razdoblje čekanja ponovno na pet godina, što samo pokazuje da je promjena zakona o imigraciji i naturalizaciji od početka bila materija političke naravi.¹

Prvi veliki val imigranata u 19. stoljeću oko 5 milijuna ušao je u SAD između 1820.-1860. godine. Oni su bili različitoga narodnog i nacionalnog podrijetla.

Između 1820.-1830. godine irski i njemački doseljenici činili su 40% imigranata, između 1830.-1840. godine 60%, a između 1840.-1860. godine 75% imigranata.

Godine 1840. uselilo se 25.000 Kineza koji su počeli raditi u rudnicima Kalifornije.

Nakon propasti revolucija 1848.-49. u Europi, osobito u srednjoj Europi, počeli su se u značajnijem broju doseljavati Nijemci i Mađari, takozvani *četrdesetosmaši*, čime je donekle snižen udio irskih imigranata, te djelomično izmijenjen nacionalni sastav useljeništa.²

Rastući broj useljenika, poglavito iz Irske, te zdravstveni problemi koji su se tijekom putovanja pojavljivali (dizenterija, tifus, osobito kolera), zbog čega su zdravi imigranti stizali bolesni, primorale su američke vlasti da 1847. godine, dakle više od dvadeset godina od prvih donesenih propisa - 1819. godine, pooštre propise o standardima kojih se moraju pridržavati brodovi kako bi se nadalje bavili prijevozom putnika preko oceana. Kako bi se osigurao dolazak zdravih i radno sposobnih imigranata, propisano je i otvaranje karantene za oboljele putnike. Tako je izgrađena prva karantena na Grosse Islu, tridesetak milja udaljena od Quebeca, 1847. godine s kapacitetom za više od 5.000 oboljelih, posebice za one od tifusa i dizenterije.³

Ambiciozniji pokušaj da se unaprijede uvjeti pod kojima se imigrira kroz američke luke, te da zdravi i radno sposobni, vrbovani emigranti iz Europe kao takvi stignu na odredište, ostvaren je u prosincu 1855. godine, kada je Senat produljio važenje propisa o obveznoj veličini prostora po pojedinačnom putniku. Ti su propisi nadalje nadopunjeni definiranjem uvjeta koji se odnose na održavanje higijene na brodu.⁴

1 *Encyclopedia od American History*, 2003., vol. IV., str. 173.

2 Isto, str. 177.

3 Michael Tepper, *American passenger arrival records: a guide to the records of immigrants arriving at American ports by sail and steam*. Baltimor, 1988., str. 100-108.

4 Isto.

Akt o raspodjeli zemlje na zapadu SAD-a, takozvani **Homstead Act** kojim je 1862. godine ponuđeno besplatno javno zemljište u vlasništvo svim već prispijelim doseljenicima, te imigrantima, koji su bili spremni prihvatiti američko državljanstvo, privukao je useljenike iz skandinavskih zemalja, Austro-Ugarske, Italije i Rusije.

Slijedio je, zatim, prvi sveobuhvatni *Zakon o poticanju imigracije (An act to encourage Immigration)*, koji je donesen na 25. zasjedanju Kongresa, 2. srpnja 1864. godine, koji je ne samo regulirao, već ohrabrivao useljenje.⁵

No, broj Kineza, koji su počeli dolaziti od 1840. godine, kako bi radili u rudnicima zlata, naglo se povećao njihovim angažiranjem na izgradnji Centralno-pacifičke željeznice što je prijetilo poremećajem rasne, nacionalne i kulturne ravnoteže SAD-a. Nekontrolirani rast broja Kineza uvjetovao je odbacivanje, tzv. **Burlingame Treaty iz 1869.** godine, koji je štitio Kineze, te je 30. svibnja 1870. godine za dugi niz narednih godina, prvi put donesena zabrana zapošljavanja, time i imigracije, tzv. «kulija» («cooly»), odnosno doseljenika iz Kine.

Važeći propis o zabrani imigracije iz Kine i Japana, dopunjen je 1873.-1874. godine, odredbom da će biti kažnjen sa 2.000 dolara globe, te zatvorom u trajanju od jedne godine, svatko tko krši zabranu useljenja Kineza i Japanaca.

Zahvaljujući *Zakonu o poticanju imigracije*, ali i drugim različitim poticajnim mjerama, u razdoblju od 1607. do 1920. godine u SAD se uselilo oko 40 milijuna imigranata. Bio je to pothvat gigantskih razmjera i u organizacijskom i financijskom smislu. Taj se proces odvijao unutar legislative koja je već bila djelatna, ali je ipak postojala opasnost da situacija izmakne nadzoru, što je nametalo logiku nadzora i ograničenja useljavanja, čuvajući pomno interes kapitala, te državni interes nove poletne kapitalističke države.

1. ZAKON O POTICANJU IMIGRACIJE od 2. srpnja 1864. godine

Zakon o poticanju imigracije bio je sveobuhvatan pravni akt koji je tijekom vremena doživio neznatne promjene samo u smislu raznih ograničenja koja su se odnosila na ljudski faktor koji imigrira, ali je njegov stimulativni karakter ostao, manje-više važećim sve do danas.

Materija koju je ovaj Zakon regulirao bila je podjeljena na sedam područja:

(1) imenovanje komesara (opunomoćenika) (**Commissioner of immigration**) za useljenje (na razini savezne države),

(2) donošenje propisa koji reguliraju radni ugovor useljenika,

(3) zabrana novačenja imigranta,

5 By authority of Congress, *An act to encourage Immigration. The Statutes at Large, Treaties and Proclamations, og the United States of America from december 1863, to december 1865 Arraged in Chronological Oredrer and carefully collatred with the originals in Washington*, edited by George P. Sanger, conseellor at law, *Chap.CCXLVI*-Vol XIII, Boston, 1866., str. 385-386.

(4) otvaranje *Ureda za imigraciju u SAD-u (Emmigrant Office)*, te imenovanje povjerenika (opunomoćenika) Ureda ,

(5) zabrana posredovanja u prodaji zemlje imigrantima,

(6) obveza podnošenja detaljnog izvješća,

(7) uplaćivanje obvezne sume u državnu blagajnu.

1. Povjerenik ili opunomoćenik za useljenje bio je središnja figura, te najodgovornija funkcija u politici useljavanja. Njega je predlagao, a zatim imenovao Senat na rok od četiri godine. Bio je službenik državne uprave unutar Ministarstva vanjskih poslova. Godišnja plaća iznosila mu je 2.500 dolara.

Komesar je imao pravo zaposliti do tri službenika. Njih je birao, te o njihovom stupnju odlučivao Ministar vanjskih poslova. Ti su službenici bili smješteni u prostorijama Ministarstva vanjskih poslova.

2. Ministar vanjskih poslova određivao je mjere i standarde kao temelj reguliranja radnih ugovora s drugim zemljama, a na temelju kojih se potencijalni imigrant drugih zemalja natjecao za useljenje u SAD.

Te su mjere bile usklađivane sa zakonodavstvom zemlje-podrijetla potencijalnog imigranta, kako bi mu, pored ostalog, imigrantu bila olakšana kupovina ili dobivanje karte za prijevoz, te su bili navedeni izvori za podmirenje ostalih troškova vezanih uz useljenje.

Temeljem ovih propisa, imigrant je mogao založiti svoju buduću nadnicu u visini buduće zarade do 12 mjeseci, odnosno do godine dana.

Na temelju postignutih međudržavnih ugovora, propisi za useljenje određivali su da se ugovor sklopljen s imigrantom u njegovoj zemlji može smatrati pravomoćnim i u SAD-u, a da su američki sudovi nadležni za isti ugovor. Spomenuti propis također je predviđao da bi, nakon dolaska imigranta u SAD, taj ugovor bio deponiran u arhivu okruga u kojem će imigrant stanovati, te da će biti osnovom za bilo kakvo natjecanje za kupovinu zemljišta, što uključuje i pravo na rad na tom zemljištu, odnosno pravo stjecanja statusa farmera.

Isti je propis predviđao da će svako drugo pravo, stečeno na temelju vlasništva ili na neki drugi način, biti priznato imigrantu ukoliko nije suprotno Ustavu SAD-a, te ne potiče ni na koji način na bilo kakvu nezakonitu ovisnost.

3. Određeno je da niti jedan imigrant, koji će se doseliti u SAD nakon stupanja na snagu ovoga Zakona, neće biti prinudno unovačen tijekom ustanka ili pobune u SAD-u, osim ako sam dobrovoljno ne izjavi i prisegne da namjerava postati državljaninom SAD-a i time se odrekne vjernosti svojoj zemlji podrijetla.

4. Ovim je zakonom donesena odluka da se za potrebe useljavanja u gradu New Yorku utemelji služba pod nazivom **Ured Sjedinjenih Američkih Država za emigraciju (United States Emmigrant Office)**.

Na čelo ove ustanove bio je imenovan, te odlukom Senata i postavljen, službenik čiji je naziv Načelnik za imigraciju (**Superintendent of immigration**). Njegova je godišnja plaća iznosila 2.000 USD, a njegovo je pravo bilo zaposliti jednog stručnog službenika.

Načelnik za imigraciju imao je pravo sklapanja ugovora s različitim prijevoznicima i kompanijama za prijevoz imigranata u SAD, zatim, pravo sklapanja ugovora s kompanijama za prodaju karata imigrantima, pravo za određivanje uvjeta pod kojim će kupovati karte, kako bi se izbjeglo da budu plijenom raznih prevaranata. Osim toga, načelnik za imigraciju bio je dužan savjetovati imigrante kako najjeftinije mogu doći do svoga odredišta.

Načelnik za imigraciju imao je i razne druge obveze, koje je propisivao (savezni) komesar za imigraciju. Načelnik za imigraciju morao je nadzirati ispunjavanje obveza koje je naložio načelnik za imigraciju u gradu New Yorku te nadzirati da one ne budu u koliziji s obvezama povjerenika za imigraciju Države New York.

Načelnik za imigraciju morao je, pored ostalog, nadzirati pravilno popunjavanje rubrika, takozvanog, Putničkog dekreta (**Passenger act**), kako za unošenje pogrešnih ili neprimjerenih podataka netko ne bi bio kažnjen.

5. Kako bi osigurao slobodu natjecanja, te onemogućio korupciju, *Zakon iz 1864. godine* predviđao je da nitko ne smije biti imenovan za službenika u Uredu Načelnika za imigraciju ukoliko je izravno ili neizravno interesno povezan s određenom korporacijom koja prodaje zemlju imigrantima ili se bavi prijevozom imigranata iz stranih zemalja prema SAD. Također nitko nije mogao postati službenikom za imigraciju ako je povezan s institucijom od koje može dobivati postotak ili preko koje imigrantu može obećavati bilo koju uslugu.

Ukoliko bi se osoba uhvatila u takvom prekršaju, bila bi kažnjena s 1.000 USD ili kaznom zatvora, suspendirana s posla na rok od tri godine te doživotno suspendirana s bilo kojeg časnog položaja ili položaja od povjerenja.

6. Za svoj rad, te za rad Kancelarije za imigraciju, Povjerenik je bio dužan svake godine davati Senatu detaljno pismeno izvješće o imigraciji te izvještaj o svim troškovima vezanim za ovu djelatnost.

7. Za ostvarivanje odredbi ovoga Zakona bilo je određeno da u Ministarstvu financija bude deponiran iznos od 25.000 dolara ili potreban iznos koji će procijeniti Predsjednik.

Ovaj je Zakon Kongres izglasao 4. srpnja 1864. godine, čime je stupio na snagu.

U prosincu naredne godine Kongres je ratificirao 13. amandman Ustava SAD-a kojim je ukinuto ropstvo, a čime je završio građanski rat, iako će do stvarne primjene jednakosti „bijelih i obojenih“ proteći još mnogo vremena.

Zakon o poticanju imigracije donesen je u situaciji kada je, nakon rata sjevera i juga, radna snaga za SAD bila dramatična potreba.

Naime, jug SAD-a u građanskom ratu bio je potpuno porušen, zadužen, zbog lošeg upravljanja te u cjelini demoraliziran zbog desetljetnog negiranja rasne jednakosti. Posljedica mira i ujedinjenja bio je ekonomski "boom" koji će trajati narednih trideset godina.

2. ZAKON O REGULIRANJU IMIGRACIJE od 3. kolovoza 1882. godine (AN ACT TO REGULATE IMMIGRATION)⁶

Masovna useljenja, potreba za proširenjem i opremanjem luka za useljenje imigranata, obveza zadovoljavanja sve strožih propisa o useljenju koje je nalagao zakon iz 1864. godine, te njegove nadopune, uvjetovali su donošenje novih propisa tijekom 27. zasjedanja Kongresa 3. srpnja 1882. godine.

1. Prema odredbi br. 1 *Zakona o reguliranju imigracije* od 3. kolovoza, svaki useljenik koji nije američki državljanin morao je prilikom useljenja platiti financijsku obvezu (**duty**) od 50 centi u bilo kojoj luci kroz koju se useljava. Prikupljeni novac trebao je biti uplaćivan u Državnu blagajnu (**United States Treasury**) za utemeljenje, tzv. Fonda za imigraciju (**Immigrant fund**).

Iznos od 50 centi po svakom putniku trebao je prikupiti vlasnik broda ili kompanija koja dovozi imigrante.

Prikupljeni novac bio je namijenjen podmirenju troškova useljenja na temelju donesenog Zakona o imigraciji, za brigu o imigrantima, za podmirenje troškove useljenika u nevolji te za opće ciljeve koji su bili predviđeni spomenutim *Zakonom*.

O konkretnoj uporabi sredstava Fonda za imigraciju, odlučivao je ministar financija.

2. Ministar financija bio je dužan nadzirati i provoditi odredbe ovoga Zakona kao i cjelokupan posao oko useljenja. U tu je svrhu mogao sklopiti ugovor s Državnom komisijom (**State commission**), čiji je zadatak bio da na temelju ovlaštenja guvernera svake države preuzmu nadzor nad uvjetima pod kojim se imigranti useljavaju i nad njihovim brojem. To je značilo pravo predstavnika Državne komisije da se popne na brod i provjeri poštuju li se propisi, pridržavaju li se brod ili vlasnik svakog od propisanih odredbi u svakoj luci te ima li među imigrantima pripadnika onih grupa čiji je ulazak u SAD zabranjen (osobe kojima je dijagnosticiran određeni psihički poremećaj, osobe koje se ne mogu brinuti o sebi ili oni koji će trebati javnu pomoć). Nakon obavljene inspekcije predstavnici Državne komisije bili su dužni pismenim putem obavijestiti ministra financija o utvrđenom stanju, te iste uručiti osobama zaduženim za praćenje stanja u lukama.

3. Izvješća iz luka davala su pravo ministru financija da donosi mjere *ad hoc* kako SAD, useljenjem neadekvatnih osoba ne bi bio prevaren, a niti time oštećena Državna blagajna.

4. Ministar financija svake pojedine savezne države ponaosob, imao je pravo vratiti osuđenike, osim onih političkih, u zemlju njihova podrijetla, te, u skladu s tim, imao je pravo povremeno mijenjati navedene naputke.

⁶ An act in amendment to the various acts relative to immigration and the importation of aliens under contract or agreement to perform labor. *The Statutes at Large, Treaties, and Proclamations, of the United States of America, from december 1889, to march 1891.*, vol XXVI, Washington 1891., str. 1084-1086.

Ukoliko je neadekvatan imigrant trebao biti vraćen, sredstva za njegov povratak padala su na teret vlasnika broda.

Zakon je stupio na snagu 3. kolovoza 1882. godine, a primjena njegovih odredbi rezultirala je prvim dotokom novca od imigranata, specijalno namijenjenih Fondu za imigraciju, o čijoj je namjeni najčešće odlučivao ministar financija.

3. NADOPUNE ZAKONA KOJE SE ODOSE NA IMIGRACIJU TE UVOZ STRANACA NA TEMELJU POSLOVNIH UGOVORA od 3. ožujka 1891. godine (52 SAZIV KONGRESA)⁷

Potreba za centraliziranjem useljenja u SAD kako bi se ono bolje nadziralo, ne samo zbog prekomjernog i nepoželjnog broja kineskih useljenika, već i zbog istodobne zaštite interesa SAD-a, ali i imigranata, uvjetovala je donošenje nadopune *Zakona od 1882. godine* na 52. sazivu Kongresa.

Prvi akt nadopune odnosio se na proširenje popisa osoba čiji je ulazak zabranjen, a istovremeno je ustanovljena služba specijalnog istražiteljstva - Odbor o imigraciji i zakoni o naturalizaciji (**Committee on Immigration and Naturalization Laws**).

Člankom 1. *Nadopuna*, u lukama je uspostavljena služba specijalnog istražiteljstva koja je, osim pooštrenja zabrana za uvoz radnika iz Kine, kontrolirala i nove propise o zabrani useljavanja određenih kategorija useljenika.

Novim je propisima bila proširena zabrana ulaska u SAD za osobe koje su klasificirane kao: idioti, bolesne osobe, siromašni ili osobe koje trebaju javnu pomoć, osobe koje boluju od zaraznih bolesti, nemoralne osobe, sve osobe čiju je kartu platila neka druga osoba, osim ako ta osoba ne dokaže suprotno ili osobe s radnim ugovorom. Zabrana se nije odnosila na rođake ili bližnje državljanina SAD-a, ako ovi imaju njihov poziv.

Članak 2. *Nadopune* predviđao je da u slučaju nepoštivanja ovih zabrana, useljenik može biti vraćen i bez njegove suglasnosti.

Člankom 3. pod nadzor su stavljeni i ugovori o radu na temelju kojih je osoba pristizala u SAD. Ugovor se smatrao nevažećim, ukoliko je ishodovan obećanjem ili pismenom objavom, napravljenom u stranoj zemlji, ako su se u toj zemlji pojedinci nagovarali na iseljenje u SAD. Od zabrane su bile izuzete države, odnosno Državni uredi za imigraciju (**Immigration Bureaus of States**).

Člankom 4. vlasnicima brodova ili kompanija za prijevoz putnika bilo je zabranjeno da na bilo koji način nagovaraju ili vrbuju u drugim zemljama pojedince na useljenje, osim putem trgovačkih pisama, cirkulara, obavještanjem ili usmeno te putem vlastitih predstavnika, koji su zaduženi za prodaju karata na svojim brodovima u okviru obavještenja o olakšicama za cijenu karata. Za svako kršenje ovih propisa bila je predviđena kazna određena temeljem primjene članka 4. *Zakona od 26. veljače 1885. godine*.

⁷ Isto, vol. XXVII, Washington, 1893., str. 365.

Člankom 5. *Nadopune* pridodano je proširenje zabrane ulaska za pojedine kategorije zanimanja, koje su navedene u članku 1. istog propisa, te je dodano da u SAD ne može ući: «niti svećenik bilo koje religije, niti osobe koje pripadaju nekoj datoj profesiji, niti profesori koledža i seminara». Za svaki prekršaj prekršitelj će biti kažnjen sa 1.000 dolara, dok je članak 6. predviđao za prekršaj ovoga propisa, kaznu od 1.000 dolara ili zatvor do godinu dana ili obje mjere istodobno.

Člankom 7. za službu nadzornika useljenja, predviđeno je da Senat imenuje nadzornika, čija će godišnja zarada iznositi 1.000 dolara. On je bio službenik Ministarstva financija (**Treasury Department**), pod nadzorom ministra financija, kojemu je bio dužan podnositi godišnje izvješće u pisanom obliku o tome što je napravila njegova služba tijekom godine. Sjedište nadzornika useljenja bilo je u Washingtonu. On je bio dužan voditi registracijske knjige, te za ispomoć uzeti jednog pomoćnika. Imao je također pravo i zaposliti jednu osobu kao referenta kartoteke, a njegova je zarada iznosila 2.000 dolara godišnje. Referent je imao pravo zaposliti dva pripravnika.

Članak 8. *Nadopuna* propisivao je da je obveza zapovjednika plovne jedinice, te agenta posade broda ili uplovljavajućeg broda, da dolaskom u bilo koju luku SAD-a popiše svaku osobu po imenu, nacionalnosti, posljednjem mjestu boravka, te adresu na koju se upućuje u SAD, prije nego se iskrcava na tlo SAD-a, te da sve prikupljene podatke preda mjerodavnim tijelima na brodu. Ta tijela zatim izdvajaju svakog imigranta, kako bi ga proučili, nakon čega njegovo iskrcavanje na tlo SAD-a zavisi od rezultata njihove procjene.

Za provođenje zdravstvene kontrole bila je zadužena Lučka bolnica (**Marine Hospital**). Ako iz bilo kojeg razloga nije bilo moguće analizirati zdravstveno stanje useljenika, mogale su ga ispitati civilne službe, ali je tada kompenzacija za svako od medicinskih istraživanja naplaćivana državne blagajne.

Zdravstveno problematičan putnik trebao je biti izdvojen, a njegovo stanje kontrolirano. Zdravstvene službe su mogle donijeti samo privremene odluke, a samo je odluka nadzornika useljenja bila konačna. Svi spomenuti organi mogli su donositi *ad hoc* odluke kako bi se izbjegao bilo kakav problem.

Za nadzor useljenika u SAD odlučeno je da se imenuje referent za svaku oblast: Kanadu, Meksiko i Britansku Kolumbiju, a koji su također imali pravo donošenja *ad hoc* odluka.

Članak 10. *Nadopuna* određivao je da svaki useljenik koji je nezakonito došao u SAD mora biti odmah poslan natrag istim brodom, a troškove povratka mora platiti vlasnik broda. Bilo je predviđeno da ako bilo tko od zaduženih odbije platiti troškove, pa useljenik ostane na kopnu, vlasnik će broda biti osuđen za nanošenje štete SAD-u i bit će kažnjen najmanje sa 300 dolara, te neće imati pravo pristajanja u bilo kojoj luci SAD-a dok ne plati kaznu.

Člankom 11. pravo organa da useljenika vrati u zemlju podrijetla protezalo se na rok od jedne godine, (12). Niti jedan akt započet unutar roka od godinu dana nije mogao spriječiti izručenje useljenika zemlji podrijetla ukoliko je netko bespravno ušao.

Zakon je stupio na snagu 1. travnja 1891. godine.

Iako su sve nadopune, donesene tijekom godina kako bi se stavile pod kontrolu sve radnje u procesu useljavanja u SAD, one ipak nisu ni na koji način izmijenile prvotni stimulirajući *Zakon o poticanju imigracije od 2. srpnja 1864. godine*.

Središnja ustanova, koju je ovaj Zakon inaugurirao bio je **Ured SAD-a za imigraciju**, čiji će opseg posla, značaj, politička i financijska moć nadalje rasti sukladno rastu broja useljenika u SAD. Kako je sjedište Ureda bilo u New Yorku, taj je grad postao sjedištem svih uzročno-posljedičnih procesa povezanih s tako složenom, odgovornom i dinamičnom djelatnosti kakva je bila ona vezana za useljenje u cjelini.

Smještaj Ureda u gradu New Yorku, te politika centraliziranja nadzora useljenja u SAD na jednom mjestu i u što užem krugu dobro plaćenih činovnika, učinila je ovaj grad ne samo ulaznom lukom kroz koju je, do I. svjetskog rata, prošlo 70% svih useljenika u SAD, već mjesto najizraženije vizualizacije svih posljedica i pozitivnih, i negativnih, jedinstvenog fenomena koji se naziva useljevanje u SAD.

4. PROPISI O OPREMANJU ELLIS ISLANDA KAO IMIGRANTSKE LUKE 1894.-1903. godine

Centralizacija kontrole useljavanja, primjena sve strožijih propisa koji se odnose na ljudski faktor, zahtijevali su dodatno opremanje do tada relativno skromne luke za useljenja na Ellis Islandu. Luka je otvorena 1892. godine, a narednih će godina biti opremana, dograđivana, snabdijevana dodatnim zgradama, da bi se osigurali uvjeti za sve rigoroznije propise za useljavanje.

Kako bi se prikupila financijska sredstva, propisom od 3. kolovoza 1892. povećana je visina useljeničke pristojbe po jednom useljeniku sa 50 centi na jedan dolar.

Prikupljani novac stavljan je u blagajnu Ministarstva financija, a ministar financija bio je dužan da na svakom narednom sazivu Kongresa podnese izvješće o tome kako se obavljaju usluge vezane uz useljenje, te kakva je zarada radnika koji te poslove obavljaju.

Preostale luke, koje su nastavile djelovati kao useljeničke i nakon opremanja luke na Ellis Islandu, također su bile pod nadležnošću Ministarstva financija. I u njima je Predsjednik, uz suglasnost Senata, imenovao načelnika za imigraciju na rok od 4 godine.

U skladu s povećanim opsegom posla, ali vjerojatno i zbog financijskih učinaka, te radi onemogućavanja korupcije činovnika, u **Uredu za imigraciju** dvostruko su povećana primanja, sa 2.000 na 4.000 dolara.

Na 55. sazivu Kongresa 1897. godine, donesena je odluka o financiranju izgradnje javnih zgrada i odluka o izgradnji postaje za prijam imigranata na Ellis Islandu. Ta je zgrada trebala biti izgrađena za prihvatanje te liječnički pregled useljenika, a bile su predviđene i spavaonice. Osim toga cijeli prostor luke za prijam imigranata trebao je biti proširen. Donesena je odluka da cijela građevina ne smije prijeći cijenu od 600.000 dolara.

Izdvojen je novac i za financiranje zarada medicinskog osoblja u pomorskoj bolnici. Donesena je odluka i o sumi namijenjenoj zaradama drugih službenika (statističara, daktilografa, stručnjaka za pravne propise o useljenju te drugim stručnjacima vezanim za poslove useljeništa). Sav taj novac trebao se alimentirati iz stalnih sredstava namijenjenih troškovima vezanim uz reguliranje useljenja.

Izdvojen je novac za daljnju gradnju objekata na Ellis Islandu (150.000 dolara) - tunel, dovod vode, kuhinje, uređaj za dezinfekciju, praonice i kupaonice, a sva su sredstva trebala biti preuzeta iz fonda za imigraciju.

U 1899. godini nastavljeni su radovi na proširenju i opremanju stanice na Ellis Islandu. Otvoreno je i predstavništvo **Ureda za imigraciju** u Washingtonu, te su specificirani troškovi i za ovo sjedište **Ureda**.

Usporedno s donošenjem odluka o načinu uporabe financijskih sredstava za odvijanje ovih poslova, donesen je propis o pojačanju kontrole radnih ugovora na temelju kojih je bilo moguće useljenje, te je nadalje produžena zabrana useljenja Kineza.

Sljedećih godina nastavljaju se radovi na stanici na Ellis Islandu, iako su troškovi bili sve veći. Godine 1902. iznosili su više od 600.000 dolara, za druge radove izdvojeno je još 98.000 dolara. Svi su se troškovi podmirivali iz useljeničkog fonda.⁸

Početkom XX. stoljeća usporedno s političkim te sindikalnim kretanjima u Europi, povećava se nadzor ulaza radnika u SAD, iako val useljenja u cjelini opada, a neki se useljenici vraćaju u zemlje svog podrijetla.

Godine 1903. ponovno se pooštavaju propisi, osobito protiv useljavanja Kineza.

Pooštreni su radni ugovori, te su otvorena dva nova ureda – Služba nadgledanja glavnog inspektora te Služba nadgledanja parobroda (Office Supervising Inspector-General, Steamboat-Inspection Service), a zaposleni su i novi radnici.

Svima njima, kao i radnicima u Uredu za imigraciju u Washingtonu znatno su povećane plaće.

Glavni inspektor za useljenje, pored drugih dužnosti koje su predviđene zakonom, na temelju zaduženja ministra financija morao je kontrolirati poštivanje svih propisa vezanih uz useljenje, njemu podređene namještenike, referente i službenike. On je bio zadužen za donošenje propisa, traži sve vrste izvješća, privremeno izdaje naredbe, kako bi ne samo štitio SAD od nepoželjnih useljenika, već i od gubitaka, da pomogne strancu koji se našao u nevolji, a sve to na temelju zaduženja ministra financija. S vremena na vrijeme, trebao je tražiti raspored useljenika po raznim državama, distriktima i gradovima, te kontrolirati one useljenike koji se koriste javnom pomoći.

Glavni inspektor za useljenje morao je provjeravati da netko nije lažno svjedočio o nekom podatku, bilo da se radi o imigrantu ili službeniku.

8 Isto, vol. XXII, Part I., Washington 1903., str. 555.

Ukoliko bi nešto takvo bilo zapaženo, istraživanje slučaja bilo je u nadležnosti specijalne komisije koju imenuje glavni inspektor za useljenje. Komisija se sastojala od tri osobe, a njezini su članovi birani među osobljem koje radi pri komisiji, uz suglasnost glavnog inspektora te ministra financija. Komisija je tijekom rada vodila detaljne zapisnike, a konačnu odluku o useljenju tako ispitivanog useljenika donosio je ministar financija.

Godine 1906. došlo je do strukturalnih promjena u sistemu ustanova zaduženih za provođenje useljenja: ured za useljenje preseljen je u **Odjel za trgovinu i rad**, a donesen je i novi zakon koji je po prvi put bitno promijenio duh *Zakona o poticanju useljenja od 2. srpnja 1864. godine*.

5. ZAKON O UTEMELJENJU UREDA ZA IMIGRACIJU I NATURALIZACIJU

(An act To establish Bureau of Immigration and Naturalisation and to provide for a uniform rule for the naturalisation of aliens throughout the United States)⁹

Ovaj je Zakon donesen na 59. sazivu Kongresa, 26. lipnja 1906. godine. Njime je ustanovljen **Ured za useljenje i naturalizaciju (Bureau of Immigration and Naturalisation)**, te je ostao pri odjelu za trgovinu i rad, a pod nadležnošću ministra za trgovinu i rad.

1. člankom ovoga Zakona određeno je da se postojeći **Ured za useljenje**, koji se nalazio pri Odjelu za trgovinu i rad, sada preimenuje u **Ured za imigraciju i naturalizaciju**, te da je neposredno podređen **tajniku za trgovinu i rad (Secretary of Commerce and Labor)**, kojemu se dosadašnjim obvezama dodaju i nove zakonske obveze koje se odnose na naturalizaciju stranaca. U tu je svrhu svaki Ured bio dužan da za sve useljeničke stanice na tlu SAD-a dopremi zapisnike u kojima će svaki opunomoćenik za imigraciju unositi podatke o svakom strancu i to: ime, dob, zanimanje, osobni opis (visina, tjelesna građa, boja kose i očiju), mjesto rođenja, posljednje boravište, mjesto u SAD-u gdje namjerava stanovati, datum dolaska, luka kroz koju ulazi, ime parobroda. Potvrda s ovim podacima trebala je biti deponirana u Uredu za imigraciju, a jedan je primjerak bio obavezan za samog useljenika.

2. Za sjedište tajnika za trgovinu i rad, koje je smješteno u Washingtonu, predviđeno je otvaranje novih prostorija te zapošljavanje velikog broja suradnika i stručnih radnika.

3. Isključivo pravo jurisdikcije za naturalizaciju stranaca kao državljana SAD-a, određeno je na temelju postojećeg rasporeda sudova (državnih, teritorijalnih i federalnog) na teritoriju SAD-a.

4. Stranac je mogao postati državljaninom SAD-a na temelju izjave pred namještenikom bilo kojeg suda, autoriziranog za provođenje naturalizacije, na teritoriju na kojem stranac živi zadnje dvije godine, ako stranac zadovoljava sljedeće kriterije:

⁹ Isto, vol. XXXIV, Part I., Washington 1907., str. 596-597.

a) da ima više od osamnaest godina života, da izjavi da želi biti državljaninom SAD, da zauvijek odustane od «pripadanja i vjernosti bilo kojem stranom vladaru, državi ili suverenu, te osobito, navodeći posebno ime države, vladara ili suverena zemlje čiji je podanik bio stranac».

Uz izjavu su trebali biti navedeni podatci iz formulara s osobnim podacima koji je bio ispunjen prilikom njegova ulaska u SAD.

Stranac je bio obvezan samo jednom dati izjavu o želji da postane državljaninom SAD-a.

b) U razdoblju od dvije do sedam godina od ulaska u SAD, stranac je bio dužan svojeručno napisati zamolbu za američko državljanstvo i, osim navođenja podataka iz ispunjenog formulara prilikom ulaska u SAD, trebao je navesti i bračno stanje, broj i dob djece. Pored toga, trebao je navesti imena dvaju svjedoka, koji su državljani SAD-a koji bi potvrdili autentičnost navedenih podataka te da ga osobno poznaju.

Osim toga, stranac je morao dati izjavu da se odriče pripadanja svim organizacijama u zemlji podrijetla, te da se neće udruživati u SAD-u u organizacije protivne poretku SAD-a.

c) stranac se morao zakleti na vjernost Ustavu SAD-a, te svim ostalim državnim aktima.

Zakon o utemeljenju Ureda za imigraciju i naturalizaciju, donesen 1906. godine, predstavlja vrlo važan akt.

On ne samo što nadalje detaljno regulira uvjete za prijam stranaca u američko državljanstvo, već zahtijeva od kandidata, zauzvrat, da se potpuno odrekne svih svojih socijalno-političkih uloga koje je, pretpostavljeno, imao u zemlji podrijetla do podnošenja zamolbe za naturalizaciju. Pod ograničenja su došla sindikalna i politička udruženja, te sva ona udruženja koja su, u to doba, već štitila položaj radnika u zapadnoj Europi i radni i politički.

Osim toga, propisima se unaprijed iznuđivala lojalnost Ustavu i uopće političkom sustavu SAD-a, što je bilo predmetom preispitivanja biografije, ali i ponašanja stranca u SAD-u tijekom razdoblja do podnošenja zahtjeva (od 2 do 7 godina), što je jačalo ulogu državnih tijela nadzora, odnosno policije, ali i svih onih institucija čija temeljna funkcija nije bila kontrola pojedinca, ali su sada, u interesu države, to bili prešutno ovlašteni raditi.

Vrlo je zanimljiv način na koji je određeno šaroliko državnopravno uređenje zemalja iz koji su poticali useljenici, a čije se pripadnosti sada imigrant morao odreći («država», «vladar», «suveren»).

Nakon donošenja ovoga Zakona, na 59. zasjedanju Kongresa 20. veljače 1907. godine, izglasan je Zakon kojim su nadopunjeni propisi za ulazak u SAD.¹⁰

Taj zakon je imao 44. članka. Njime se ne samo pooštravaju do tada važeći propisi, već se uvode nova tijela za nove funkcije.

10 Isto, vol. XXXIV, Part I., december 1905-march 1907., Washington 1907., str. 696-597., 900-911., 990.

Člankom 1. najprije je povećana provizija za ulazak u SAD s dva na četiri dolara po osobi. Člankom 2. ponovljeni su propisi o prethodnim zabranama za useljavanje određenih kategorija stranaca, ali je i dodana još jedna kategorija zabrane. Naime, zabrana se odnosila na useljavanje žena i djevojaka «koje se namjeravaju baviti prostitucijom», a ta je procjena bila u djelokrugu ovlaštenja selektora i nadzornika imigracije i prilikom ukrcavanja na brod i prilikom iskrcavanja na tlo SAD-a.

Pod prijetnjom kazne našle su se i sve one osobe koje su, naizgled ili stvarno, nagovarale žene i djevojke na useljenje kako bi se bavile prostitucijom.

Istim su Zakonom pooštrene zdravstvene mjere, te stavljeni pod oštru kontrolu svi radni ugovori, ali i kompanije koje su ih ispostavljale, bilo da rade u SAD-u ili vrubuju radnu snagu u inozemstvu.

Članak 12. predviđao je da useljenik mora imati prilikom ulaska 50 dolara, a ako nema, mora navesti u SAD-u ime i adresu osobe koja će mu dati novac.

Prilikom ispunjavanja listova useljenika u polaznim lukama od strane načelnika, dužina liste bila je ograničena na trideset imena, a na njoj su morali biti navedeni svi osobni i obiteljski podatci, dok je svaki putnik morao dobiti natpis sa svojim imenom, na kojem će biti i njegov broj na putničkoj listi, kako bi dolazak u luku imigracije bio brži i lakši.

Daljnijim člancima istog Zakona (13., 14.) još je više istaknuta nužnost detaljnije zdravstvene kontrole, fizičke i mentalne, kako na brodu tijekom putovanja, tako i na kopnu u pomorskoj bolnici, te u narednim člancima su istaknute kazne za izbjegavanje ili pomanjkanje evidencije o zdravstvenom stanju imigranta.

Pooštavanje kriterija za useljenje svakako je stimuliralo tajno iskrcavanje na obalama SAD-a, te su člankom 18. Zakona predviđene sankcije za takav prekršaj.

Za takav čin bila je predviđena kazna za brodove i njihove vlasnike od 100 do 1.000 dolara, kazna zatvora do jedne godine, a za pojedince zatvor i vraćanje u zemlju podrijetla. Ta se zabrana protezala do tri godine nakon nelegalnog ulaska u SAD. Povratak imigranta padao je na teret vlasnika broda.

Od neposrednog povratka bili su izuzeti useljenici koji su se tijekom prijevoza razboljeli od tuberkuloze ili bi povratak kući u takvom stanju za njih bio fatalan. Tada bi useljenik ostajao na liječenju u Pomorskoj bolnici, a troškovi bi se obračunavali iz «useljeničkog fonda».

S obzirom na ove nadopune, proširena su ovlaštenja glavnog načelnika za useljenje. On nije bio dužan samo kontrolirati ogroman aparat vezan uz praksu useljenja, izvještavati Ministarstvo za trgovinu i rad o provedenim mjerama, već je i izdavao različite propise kako bi zaštitio interese SAD-a, ali i useljenika od različitih zlouporaba i nelegalnih obećanja. Ukoliko iz bilo kojih razloga useljenik ne bi bio analiziran na brodu ili na kopnu u bilo kojoj imigrantskoj luci, bio je zadržan i podložan ispitivanju specijalne komisije.

Ovlaštenja i rad ove komisije navedeni su u članku 25. spomenutog zakona. Komisiju je imenovao u svim useljeničkim lukama tajnik komisije za trgovinu i rad na preporuku glavnog načelnika za useljenje.

Komisija se sastojala od tri člana i odlučivala je o konkretnom useljeniku mora li se vratiti u zemlju podrijetla ili se smije iskrcati.

Intenziviranje svih službi vezanih uz praksu useljavanja, nije samo uvjetovalo fizičko proširenje prostora raznih službi, već i stvaranje novih usluga (članak 30.).

Tako je na Ellis Islandu uvedena mjenjačnica, otvoreni su restorani za imigrante koji čekaju na pregled ili verifikaciju podataka iz putničkog lista, iz kojih je isključena lista pića. Utemeljen je sud unutar same useljeničke baze, čija je uloga bila kontrola i kažnjavanje u slučaju kršenja useljeničkih propisa.

Isti propisi (članak 32. i 34.) o ulasku stranaca primjenjivani su i kod kopnenog prelaska iz Kanade i Meksika, te je autorizirano otvaranje stanice za useljenje u Louisiani, New Orleansu i Kanadi, a istodobno je navedeno da se izraz United States ne odnosi na zonu Istočnog kanala, odnosno Panamskog, čiji stanovnici podliježu zakonskim propisima važećim za bilo kojeg drugog useljenika (članak 33).

Materija koja je regulirana člankom 38. Nadopuna Zakona od 1907. godine, predstavlja ne samo nadopunu kategoriji isključenih subjekata iz prava na useljenje, već i prvu zabranu na temelju atributa političke organiziranosti ili političke afilijacije useljenika, koja je već bila uvedena godinu dana prije propisima o uvjetima koji se moraju zadovoljiti prilikom zahtjeva za prijam u američko državljanstvo.

Tako je izričito zabranjen ulazak anarhistima, odnosno svim onim osobama koje su nelojalne institucijama ili su članovi organizacija koje se bore protiv institucija, poretka i privatnog vlasništva, koji su spremni ubiti predstavnike zakona ili podučavaju nevjeru u institucije.

Za osobu koja pomogne da se takva osoba useli u SAD, predviđena je kazna iznad 5.000 dolara ili kazna zatvora od pet godina ili će se primijeniti obje kazne istodobno.

Kako se početkom XX. stoljeća naglo povećao kontingent useljenika iz srednje i istočne Europe, konkretno Habsburške Monarhije, Rusije i Balkana, narasla je netrpeljivost prema useljenicima iz ovih zemalja.

Broj useljenika iz ovih zemalja početkom XX. stoljeća naglo je narastao. Tako, naprimjer, godine 1882. broj useljenih iz tih područja iznosio je 788.922 osoba, dok je u 1907. godini narastao na 1.285.349 osoba.¹¹

Kongres je, u toj situaciji, bio prinuđen imenovati komisiju koja bi proučila problem. Utemeljenje ove komisije predviđeno je člankom 39. Zakona od 1907. godine. Komisija je sastavljena od tri senatora, koje je imenovao predsjednik Senata, kojima su pridodana još tri člana Predstavničkog doma, koje je imenovao glasnogovornik Predstavničkog doma te tri osobe koje je imenovao predsjednik SAD-a.

Zadatak Komisije bio je provesti «kompletno ispitivanje, analizu i istraživanje» pitanja useljenja i u SAD-u i u inozemstvu zbog čega je predviđeno da članovi Komisije, kao i njihovi savjetnici, putuju i u zemlji i u inozemstvu, susreću se s predstavnicima raznih društvenih sredina, čija bi saznanja bila korisna za sagledavanje problematike useljenja.

¹¹ *Encyclopedia od American History*, nav. dj., vol. VII., str. 128.

Članovi komisije mogli su postati i *ad hoc* koje je postavio predsjednika SAD-a, a koji nisu članovi Kongresa.

Jedan od zadataka Komisije bio je predložiti sklapanje međunarodnih ugovora s pojedinim zemljama na temu imigracije. Obveza Komisije bila je inzistirati na poštivanju prava na ograničavanje ulaska pojedinih kategorija imigranata kako ih je normiralo američko zakonodavstvo.

Komisija je također trebala izvršiti analizu pogodnosti svake pojedine luke za imigriranje te studiju rasporeda imigranata na cjelokupnom teritoriju SAD-a.

Na temelju usvojenih propisa donesen je prijedlog o sastavu Komisije. Na njezinom čelu nalazio se senator William P. Dillingham iz Vermonta, koji je bio predstavnik koncepcije umjerenog pristaše restrikcija.

Kada je Komisija podnijela izvješće o svom radu Kongresu, te prijedlozima za daljnji rad, bila je to opsežna studija od 42 sveska.

Zaključci Komisije bili su suprotni svim statističkim podacima koje su načelnici za imigraciju prikupili tijekom godina u svim imigrantskim lukama SAD-a.

Komisija je koristila te podatke, ali ih je neobjektivno manipulirala i tako prikazala.

Ustvrdila je da su, tzv. *novi imigranti*, podrijetlom iz južne i istočne Europe, bili rasno inferiorni u odnosu na stare imigrante, iz zemalja sjeverne i zapadne Europe, te da kao takvi ne zaslužuju da se koriste sredstvima Američkog fonda.¹²

Zaključci Komisije bili su pokazatelj rasnih predrasuda establišmenta SAD-a, dok im je pitanje podrijetla i broja imigranata bio samo povod.

Dovoljno ilustrativno bilo je i samo smještanje propisa o formiranju komisije (članak 39.) iza članka o zabrani ulaska anarhista te svih protivnika državnih institucija i privatnog vlasništva.

Kada se zna da je početkom XX. stoljeća anarhistički pokret bio najrevolucionarniji pokret upravo u Italiji i Rusiji, onda je smisao, a zatim pravni slijed između članka 38. i 39. Zakona od 1907. godine, samo dokaz jedne državne ideologije koja legislativom štiti svoje državne interese te ideologije na čijim se vrednotama temelji njezin politički poredak.¹³ Uskoro će se ona plastičnije oblikovati tijekom rasprava o pitanju položaja SAD-a s obzirom na Prvi svjetski rat.

Ulazak SAD-a u rat 2. travnja 1917. godine istodobno označava početak društveno-ekonomskih promjena koje su započele mobilizacijom za ulazak u rat (1917. – 1918.).

Mobiliziranje ljudstva te stvaranje vojske, mobiliziranje gospodarstva, radi proizvodnje oružja te mobiliziranje javnosti radi uvjeravanja na nužnost ulaska SAD-a u rat, rezultirali su izmjenom međunarodnog položaja i angažmana SAD-a o kojima se do danas raspravlja među njezinim povjesničarima i politolozima.¹⁴

Narednih će se godina legislativa o imigraciji baviti gotovo isključivo normiranjem površine broda po jednom putniku (19. prosinca 1908. – 60. saziv Kon-

12 Isto, vol. VII., str. 127.

13 George Woodcock, *L' anarchia, Storia delle idee e dei movimenti libertari*, Milano 1979.

14 Robert H. Zieger, *America's Great War, World War and the american experience 2000.*, osobito str. 227-237.

gresa), visini stropa kabine ili potpalublja (26. ožujak 1910. – 61. saziv Kongresa) te produženjem zabrane useljavanja Kineza.

Godine 1913. ponovno je preustrojen Ured za imigraciju i naturalizaciju.

Na 62. zasjedanju Kongresa taj je ured podijeljen na Ured za imigraciju (**Bureau of Immigration**) i Ured za naturalizaciju (**Bureau of Naturalisation**).

Ured za naturalizaciju bio je pod neposrednim djelokrugom tajnika za rad (**Secretary of Labor**) te su se na njega u striktnom smislu aplicirali svi propisi te obveze koje su se odnosile na rad.

S druge strane, Ured za imigraciju radio je sve manje, pritegnut sve restriktivnijim propisima, kako s obzirom na ljudski faktor, tako obzirom na obveze prijevoznika.

Uz to, zemlje srednje i istočne Europe, osobito Habsburška Monarhija, od 1908. godine, tj. od aneksije Bosne i Hercegovine kada je „za dlaku“ izbjegnuto početak šireg rata, koji bi možda bio svjetski, sve više propisima ograničavaju pravo svojih državljana na iseljavanje donošenjem sve strožih propisa o služenju vojnog roka i novačenja.

Početak rata za SAD označava i zaokret u praksi imigracije te pravnom tretiranju imigranata.

Već su, kako smo naprijed naveli, od 1913. godine propisi o naturalizaciji institucionalno vezani uz Sekretara za rad, koji sada manipulira radnim ugovorima iznuđujući od imigranata izjavu da žele postati državljan SAD-a. Ta praksa dostiže vrhunac neposredno prije ulaska SAD-a u rat, kada se traži «amerikanizacija» imigranata, te kada je donesen tzv. *Alien Exclusion Act*, prvi zakon zamišljen, prožet i donesen prema zaključcima Dillinghamove komisije.

Taj je Zakon zabranjivao ulazak imigranata iz Indije, Indokine, Afganistana, arapskih zemalja te zemalja istočne Azije, dok su istodobno ostale zabrane za ulazak Kineza i Japanaca. Iako je u mirnodopsko vrijeme Dillinghamova komisija donijela rasistički zaključak, on je u ratno vrijeme pretočen u prvi i najveći restriktivni federalni zakon o imigraciji, nakon kojeg je restriktivniji bio samo onaj iz 1920. godine.¹⁵

Dugogodišnjim radom brojnih i raznih instanci te komisije za useljenje, prikupljen je ogroman broj različitih podataka koji se odnose na pojedince i obitelji koje su imigrirale u SAD.

Od početka XX. stoljeća traženo je sve više informacija o kandidatima za useljenje te je tako prikupljen veliki broj podataka o useljenicima na temelju kojih su se mogla rekonstruirati geneološka stabla mnogih sadašnjih američkih obitelji. Ti su podaci danas smješteni u nacionalnim arhivima u Washingtonu (**National Archives and Records Administration**) u fondu *Cusstoms Passeneger Lists 1820.-1905. te Immigration Passenger Lists od 1883.-1945.*

Neki podaci su objavljeni u obliku zasebnih lista, a odnose se na najveće grupe imigranata: engleskih, velških i škotskih emigranata (1880.-1914.), te Nijemaca (1850.-1893.). Imigranti iz ruskog carstva (1875.-1914.) vode se na posebnim listama

¹⁵ *Encyclopedia od American History*, nav. dj., vol. VII., str. 128.

i smješteni su u Kongresnoj biblioteci (**Library of Congress**) u Washingtonu.¹⁶

Obrada podataka o imigrantima iz istočnog dijela srednje Europe, koji danas obuhvaća nekadašnje Habsburško carstvo, odnosno Češku, Slovačku, Mađarsku, Poljsku, dio Rumunjske, BiH, Hrvatsku, Sloveniju i Ukrajinu, je na početku, te se istraživačima genealogije i obiteljske povijesti pojedinaca iz ovog dijela Europe preporuča da se obrate matičnim knjigama pri crkvama za podatke koji se odnose na razdoblje prije useljenja konkretne osobe u SAD.¹⁷

Koristeći ove izvore Roger Daniels napravio je tablicu emigracije prema SAD-u tijekom 1901. do 1910. iz Austro-Ugarske, Italije, Rusije i Velike Britanije.¹⁸

Iz tih je podataka vidljivo da je udio imigranata iz tih zemalja naglo porastao što nam daje osnovu za hipotezu da su preporuke Dillinghamove komisije da se uskrati pravo korištenja Fonda za imigraciju doseljenicima iz srednje i istočne Europe diktirane iz samog vrha državne administracije, odnosno Kongresa.

ZEMLJA	BROJ	POSTOTAK
AUSTRO-UGARSKA	2,145,266	26,6
ITALIJA	2,045,877	25,4
RUSIJA	1,597,306	19,8
BRITANIJA	525,590	6,5
NJEMAČKA	341,498	4,2
IRSKA	339,065	4,2
ŠVEDSKA	249,534	3,1
NORVEŠKA	190,605	2,4
GRČKA	167,519	2,1
DRUGE EUROPSKE ZEMLJE	453,780	5,6
UKUPNO EUROPLJANA	8,056,040	

Pooštavanje propisa o imigraciji prebacilo je dio odgovornosti za regrutiranje, te zdravstvenu kontrolu kandidata za imigraciju na američke konzularne službe u tim zemljama. Američki konzularni predstavnici djelovali su na temelju propisa koji su prethodno bili usuglašeni s konkretnom zemljom.

I američki konzul u Rijeci je, na temelju odredbi zakona od 26. lipnja 1906. godine, bio obavezan, za račun Ureda za imigraciju i naturalizaciju, kontrolirati brodove, liste putnika te podatke koje su sadržale liste, a zatim brzojavom obavještavati ured Američkog veleposlanstva u Budimpešti.

16 Library of Congress, *Immigrant Arrivals, A Guide to Published Sources, uvod.*

17 Library of Congress, *East Central European Genealogy and Local History: Sources for Research.*

18 Roger Daniels, *Coming to America: a history of immigration and ethnicity in American Life,* New York, 2002., 2nd ed.

Mađarski iseljenici iz Rijeke putovali su prema New Yorku na temelju ugovora kojeg je mađarska vlada potpisala s linijom *Cunard Line* iz Liverpoola 1903. godine.

Od 4. srpnja 1904. godine *Cunard Line* osiguravao je da svake dvije nedjelje šalje izravno u New York 3 do 4 broda. Za prijevoz putnika od Rijeke do New Yorka, na toj su relaciji vozili njezini brodovi *Laconia*, *Carpathia*, *Ivernia*, *Pannonia* i *Saxonia*.

Sukladno ugovoru, *Cunard Line* ukrcavao je u Rijeci samo imigrante s mađarskim dokumentima. Kontrolu dokumenata vodila je isključivo *Hungarian Tourist Travel Bureau*, koja je s akcionarskim društvom *Adria* činilo *Hungarian Royal Maritimer Navigation Company*.

Godine 1909. godine donesen je u Mađarskoj novi zakon o emigraciji. Mađarska vlada dogovorila se sa Sjevernoatlanskom konferencijom, koja je objedinjavala njemačke, francuske, nizozemske i belgijske linije, da pojeftini cijenu karata.

Mađarski parlament je 1911. godine liberalizirao zakon o emigraciji dopustivši da svi oni koji nisu odslužili vojnu službu mogu emigrirati uz plaćanje kaucije.¹⁹

No, ipak, zbog različitih razloga, od 1912. godine stalan je pad putnika na brodovima *Cunard Line*.

Američki konzul u Rijeci Samuel H. Shank, 29. siječnja 1914. godine prosljedio je izvješće o broju putnika 1912. i 1913. godine američkom veleposlaniku u Budimpešti.²⁰

Prema njegovim podacima, na relaciji Rijeka - New York tijekom 1912. godine otplovalo je:

klasa	odrasli	djeca	mladi	Σ
I. klasa	166	14	-	
II. klasa	1.160	303	43	ukupno: 1.506
III. klasa	18.819	3.676	488	ukupno: 22.983
što ukupno čini	24.669 putnika			

Iste se godine iz New Yorka u Rijeku vratilo 4.764 putnika i to u:

klasa	odrasli	djeca	mladi
I. klasa	135	3	-
II. klasa	170	2	1
III. klasa	4.363	65	28

¹⁹ Emil Lengyel, *Americans from Hungary*, Westport Conn, 1974., c. 1948., str. 132-133.

²⁰ National Archives and Records Administration, Washington, fond US Consular Post, Correspondence 1914., Fiume, Italy, RG NO 84.

Sljedeće, 1913. godine iz Rijeke za New York otputovalo je 23.419 putnika, dakle 1.250 putnika manje.

Rijeka - New York:

klasa	odrasli	djeca	mladi
I. klasa	135	-	-
II. klasa	1.007	257	39
III. klasa	17.054	4.442	485

Iste se godine iz New Yorka vratilo 5.602 putnika, dakle 838 putnika više no prethodne godine u:

klasa	odrasli	djeca	mladi
I. klasa	156	-	-
II. klasa	201	-	-
III. klasa	5.245	-	-

Konzul Shank je u svom komentaru dodao da su statistički podaci preuzeti od službe *Cunard Line* za praćenje putnika.

Pad broja emigranata pripisuje se novom mađarskom zakonu o emigraciji u kojem se zabranjuje emigriranje muškaraca u ratnoj dobi (od 17. do 43. godine).

No, ipak ga je smanjenje broja putnika nagnalo da razgovara s kraljevskim mađarskim povjerenikom za emigraciju (Royal Hungarian Commission of Emigration) Zoltanom Jekelfalassyem o očekivanjima za godinu 1914.²¹

Konzul izvješćuje da mu je Jekelfalassy referirao da su, prema izjavama povratnika, radni uvjeti i zarada u SAD-u pogoršani, te da Mađari sada većinom ostaju u Mađarskoj.

To mu je također potvrdio i John Barr, generalni manager *Cunard Linea* na njegov upit namjerava li *Cunard Line* otvoriti liniju za zapadnu obalu SAD-a, dakle pacifičku.

Barr je izjavio da za tako što nema dovoljno zainteresiranih, te da to pitanje u *Cunard Line* nisu ni razmatrali.²²

Godina 1914. rezultirala je još gorim podacima.

Izvješće američkog konzula od 27. studenog 1914. godine, dakle nakon početka Prvog svjetskog rata, pokazuje da od 22. srpnja 1914. godine u riječku luku nije uplovio niti jedan brod.

Rat, koji će za Austro-Ugarsku Monarhiju biti tragičan, skoro je paralizirao riječku luku. To je stanje potrajalo i nakon završetka Prvog svjetskog rata. Najbolje razdoblje za riječku luku bila je prošlost. Tokovi emigracije, koji su bili značajan dio cjelokupnog lučkog prometa, bili su zaustavljeni ratnim prilikama.

21 Isto.

22 Isto.

ZAKLJUČAK

Zakonski te drugi propisi o imigraciji, koje je SAD donijela u razdoblju 1864.-1917. godine, za istraživače raznih usmjerenja predstavlja zanimljivo štivo.

Zanimanje nije potaknuto samo zbog potrebe sagledavanja povijesti prava SAD-a, već što legislativa ove države predstavlja idealnotipski obrazac pravnog sustava liberalne države i to upravo u vrijeme trijumfa liberalnih načela u mladoj, prostranoj, ekonomski poletnoj i prije svega financijski i resursima bogatoj državi.

U toj i takvoj državi legislativa istodobno štiti vlastiti interes, a zatim interes krupnog kapitala, dok su, u ovom slučaju, zakoni o imigraciji samo zorni pokazatelj što je državni, što interes kapitala, a što interes samog imigranta.

Interes američke države u razmatranom razdoblju bio je useliti što veći broj zdravih, radno sposobnih imigranata, te im naplatiti pristojbu (*duty*), čijim će iznosom raspolagati *Ured SAD-a za imigraciju*, kao složena i moćna državna institucija koja štiti interese SAD-a.

Inzistiranje na *interesu SAD-a* smješteno je unutar mnogih propisa koje smo razmatrali, ali osobito u onom dijelu norme, zakonskog ili podzakonskog članka, koji se odnosi na sankciju. Nabrojene sankcije pokazivale su da bi državni interes bio ugrožen ako se ne bi pridržavali propisa prijevoznici, bili oni američki ili europski.

Državni interes mogao je biti ugrožen i nesavjesnim radom služućeg (državnog) osoblja u imigrantskim lukama, osoblja koje nadzire zdravstveno stanje, te osobne podatke imigranta.

Velika i sve veća suma pristojbi (*duty*) koja je naplaćivana od imigranata, te način na koji se ona koristila, sankcionirana legislativom o organiziranju prihvata imigranata, afirmira američku državu kao **najvećeg i najmoćnijeg poduzetnika na teritoriju SAD-a**, dok je cjelokupni dugogodišnji i sve složeniji ekonomski pothvat koji se naziva «imigracija» u biti državni pothvat.

Država kao poduzetnik dopušta prijevoznicima, uz ograničenja koja stalno pooštrava, ostvarivanje dijela dobiti u ekonomskom pothvatu «imigracija», te u toj domeni regulira i kontrolira sponu državnog i privatnog interesa.

No, kako je politička situacija početkom XX. stoljeća u Europi sve dramatičnija, ekonomski pothvat nazvan «imigracija» prijeti sve više da dovede u pitanje politička načela na kojima počiva američka liberalna država. Tada ona zabranjuje useljavanja anarhista, sindikalno i politički organiziranih imigranata i podvrgava ih dugogodišnjem nadzoru na lokalnoj razini – tamo gdje žive, kako bi od njih iznudila lojalnost načelima liberalne države.

Kroz legislativu u odnosu na imigraciju, američka se država do svog ulaska u Prvi svjetski rat, afirmirala kao *zatvorena trgovačka država*, da upotrijebimo Fichteovu definiciju,²³ koja je, vojno nespemna, nespemna karakterom svoga gospodarstva, nacionalno, kulturno i politički nejedinstvena ušla u rat, da bi iz njega izašla kao zemlja potpuno drugačijeg sustava i gospodarskog i pravnog.²⁴

23 Johan Gotlib Fihte, *Zatvorena trgovačka država*, Beograd, 1979. Robert H. Ziegler, nav. dj., str. 187-225.

24 Robert H. Zieger, nav. djelo.

Summary

THE AMERICAN LEGISLATION ON IMMIGRATION IN THE PERIOD OF 1864 -1917

From declaration of independence in 1776 to present days, the United States of America is a country that has developed a policy to more or less attract immigrants.

From the beginning the policy has been linked to the right to acquire citizenship.

Both rights stimulated the adoption of a complex legislation which was worked out in detail.

At the same time the legislation contained provisions governing the establishment of state institutions to recruit immigrants in the USA as well as through diplomatic missions abroad. Moreover, legal acts regulated the carrying and transportation of immigrants with the aim to safely transport the workforce which was determined to be healthy in country of origin and to arrive as such in the USA.

Although the legislation was created to protect economic interests, it was also used to create policy which would protect ideological interests of a liberal state.

The Alien and Sedition Acts were passed in 1798 as the first series of laws designed to ensure such protection. The Acts extended a residency period for these seeking American citizenship, acknowledged broader rights for immigrants to live the USA and to return to their country of origin and infringed freedom of speech and writing.

Further restrictions imposed with respect to policy to encourage immigration were introduced by the Act in Amendment to the Various Acts Relative to Immigration and the Importation of Aliens under Contract or Agreement to Perform Labour which was approved on March 3, 1891. From that time, immigrating to the USA was only possible for alien immigrants who had guaranteed job offers.

The third restrictive act was the 1906 Act to Establish a Bureau of Immigration and Naturalization. The Act not only prohibited immigration of a certain category of workers, but its provisions also proscribed immigration of persons who shared certain ideological views. According to the Article 39 of the 1907 Act, a special commission was established headed by William P. Dillingham, a senator from Vermont.

The Commission submitted a report on its work to the Congress and recommended further actions in the form of comprehensive study consisting of 42 volumes. The Commission manipulated statistical data collected by directors of immigration service offices during the years in every immigrant harbour in the USA. The Commission's aim was to prove that so called new immigrants with Southern and Eastern European origins were racially inferior with regards to the old immigrants coming from Northern and Western Europe, and being as such they did not deserve to be entitled to receive American fund subsidies.

Key words: *1864 Act to Encourage Immigration, 1906 Bureau of Immigration and Naturalization, Dillingham Commission.*

Zusammenfassung

AMERIKANISCHE EINWANDERUNGSGESETZE VON 1864 BIS 1917

Die Vereinigten Staaten von Amerika waren und blieben seit ihrer Unabhängigkeitserklärung 1776 bis zum heutigen Tage ein von der einwandererfreundlichen Politik geprägtes Land.

Seit ihren Anfängen war diese Politik gleichzeitig mit dem Recht auf Staatsbürgerschaftserwerb verbunden. Diese beiden Rechte trieben die Entstehung einer komplexen und bis ins Detail ausgearbeiteten Legislative an, die sich auch auf die Begründung der staatlichen Behörden bezog, deren Aufgabe die Rekrutierung der Einwanderer vom Territorium der USA sowie mittels diplomatischer Vertretungen aus den anderen Ländern war. Die Gesetze sahen auch die Tätigkeit der Beförderer vor, deren Aufgabe daraus bestand, dass die vor Ort aufgefundene gesunde Arbeitskraft in diesem Zustand auch in die USA gelangt.

Außer dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen, wurde mit Hilfe der Gesetzgebung auch die Politik der Behütung der ideologischen Interessen des liberalen Staates sehr früh geführt.

Das erste Gesetz wurde schon 1798 verabschiedet (Alien and Sedition Act). Dadurch wurde die Erwerbsfrist der amerikanischen Staatsangehörigkeit verlängert, das Recht der Entfernung und Zurückführung der Einwanderer in ihre Herkunftsländer sowie der Verbot der Schreib- und Redefreiheit erweitert.

Der nächste restriktive Schritt in der Politik der Einwandererlockung bezieht sich auf die Ergänzung des Einwanderungs- und Ausländereinführungsgesetzes auf Grund der Geschäftsverträge vom 03. März 1891. Die Einwanderung war nur gegen eine garantierte Anstellung erstattet.

Das dritte restriktive Gesetz ist das Gesetz über die Gründung des Amtes für die Einwanderung und Einbürgerung von 1906. Dieses Gesetz untersagt die Einwanderung nicht nur bestimmter Kategorien von Arbeitern, sondern auch der Einwanderer bestimmter Meinungsrichtungen. Durch den Artikel 39 des Gesetzes von 1907 wurde ein Ausschuss unter der Leitung des Senators William P. Dillingham aus Vermont gegründet.

Der Ausschuss unterbreitete dem Kongress einen Bericht über seine Arbeit und trug Entwürfe in Form einer umfassenden Studie von 42 Bänden vor. Der Ausschuss missbrauchte die statistischen Daten, die die Leiter für Einwanderung im Laufe der Jahre in sämtlichen Einwanderungshäfen der USA erhoben hatten, um zu zeigen, dass die sogenannten neuen Einwanderer, die aus süd- und osteuropäischen Ländern stammten im Vergleich zu den alten, aus nord- und westeuropäischen Ländern stammenden Einwanderern rassistisch unterlegen sind und dass sie als solche nicht verdienen, die Mittel des Amerikanischen Fonds in Anspruch zu nehmen.

Schlüsselwörter: *Einwanderungsgesetz 1864, Amt für Einwanderung und Einbürgerung von 1906, Dillingham-Ausschuss.*

Riassunto

**LA LEGISLAZIONE AMERICANA IN MATERIA DI
IMMIGRAZIONE DAL 1864 AL 1917**

Dalla dichiarazione d'indipendenza del 1776 fino ad oggi, gli Stati Uniti sono un paese, il quale, benché con alcune oscillazioni, si contraddistingue per una politica di richiamo degli immigrati.

Detta politica sin dagli inizi fu contestualmente legata al diritto all'ottenimento della cittadinanza. Entrambi i diritti condussero alla creazione di una legislazione complessa e sviluppata nei dettagli.

Al tempo stesso tale legislazione si ricollegava anche alla nascita di istituzioni statali che si occupassero del reclutamento degli immigrati, e ciò, tanto sul territorio statunitense, quanto, a mezzo delle rappresentanze diplomatiche, in altri paesi. Alla legislazione in commento fu, altresì, subordinata l'attività dei trasportatori deputata affinché la forza lavoro valutata sana giungesse tale fino agli Stati Uniti.

Tuttavia, accanto alla tutela degli interessi economici, attraverso detta legislazione assai presto si sviluppò anche una politica di tutela degli interessi ideologici di un paese liberale.

La prima legge del genere venne emanata già nel 1798 (Alien and Sedition Act). Con la medesima venne prolungato il termine per l'ottenimento della cittadinanza americana, venne ampliato il diritto all'allontanamento ed al rientro degli immigrati nel paese d'origine, come pure il divieto della libertà di scrivere e parlare.

Il successivo passo restrittivo nella politica di richiamo dell'immigrazione si riferì all'integrazione della legge sull'immigrazione ed importazione degli stranieri in base a contratti commerciali del 3 marzo 1891. A quei tempi la possibilità di insediamento era ammessa soltanto unitamente alla garanzia di un impiego.

La terza legge restrittiva fu quella sull'istituzione dell'Ufficio per l'immigrazione e la naturalizzazione del 1906. Con detta legge venne vietato lo stabilimento, non solo di determinate categorie di lavoratori, ma anche di immigrati di un determinato orientamento ideologico. Con l'art. 39 della legge del 1907 venne istituita la commissione con a capo il senatore William P. Dillingham del Vermont.

La commissione presentò al Congresso la relazione del proprio operato, avanzando proposte per il futuro sotto forma di studio in 42 allegati. La commissione manipolò i dati statistici, i quali venivano raccolti nel corso dell'anno dai funzionari in tutti i porti immigratori degli Stati Uniti, al fine di dimostrare come i c.d. nuovi immigrati, originari dai paesi dell'Europa meridionale ed orientale fossero di razza inferiore rispetto ai vecchi immigrati, originari dai paesi settentrionali ed occidentali dell'Europa, e che come tali non meritassero di fruire dei mezzi del Fondo americano.

Parole chiave: *Legge sul richiamo dell'immigrazione del 1864, Ufficio per l'immigrazione e la naturalizzazione del 1906, Commissione di Dillingham.*

PRIZNANJE, TRAJANJE I UČINCI ŽIGA PREMA NOVOM ŽIGOVNOM PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Mr. sc. Dragan Zlatović, viši predavač
Veleučilište u Šibeniku

UDK: 347.772(497.6)
Ur.: 31. kolovoza 2011.
Pr.: 28. listopada 2011.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

*Žigovno pravo, kao dio pravnoga sustava Bosne i Hercegovine, predstavlja skup pravnih pravila koja nalazimo u pravnim izvorima ili vrelima, koji mogu biti izvori u materijalnom i formalnom smislu, izravni ili neizravni izvori, zakonski i podzakonski, te nacionalni i međunarodni izvori. Moderne tendencije u razvitku žigovnog prava, posebice na međunarodnoj razini te u okvirju Europske unije i WIPO-a, utjecale su na potrebu daljnjeg usklađivanja zakonodavstva u Bosni i Hercegovini glede prava intelektualnog vlasništva, što je rezultiralo donošenjem prvog posebnoga **Zakona o žigu iz 2010. godine** koji regulira materiju žigova na čitavom području Bosne i Hercegovine. U ovom radu autor obrazlaže modalitete stjecanja prava na žig, njegovo trajanje, ograničenja korištenja te učinke koje ovo subjektivno apsolutno pravo proizvodi.*

Ključne riječi: žig, žigovno pravo, iscrpljenje, međunarodna registracija.

1. POJAM ŽIGA

Prema čl. 1. st. 2. **Zakona o žigu Bosne i Hercegovine** (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 53/2010: dalje: ZOŽ BiH), **žig je pravo kojim se štiti znak koji u privrednom prometu služi za razlikovanje robe, odnosno usluga jednog fizičkog ili pravnog lica od iste ili slične robe, odnosno usluga drugog fizičkog ili pravnog lica.** Radi usporedbe prema zakonodavstvima u bližoj regiji, navodimo i definiciju žiga iz hrvatskog Zakona o žigu (Narodne novine, br. 173/03, 54/05, 76/07 i 30/09, dalje: ZOŽ RH). U čl. 2. ZOŽ-a RH regulirano je kako se žigom štiti svaki znak koji se može grafički prikazati (**formalni aspekt definicije**), pod uvjetom da je prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga jednoga poduzetnika od proizvoda ili usluga drugoga poduzetnika (**sadržajni aspekt definicije**)¹. Formalni aspekt

1 Usp. ZLATOVIĆ, D., *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008., str. 39.-40. Takve definicije poznaje i inozemna doktrina. V. MOLLET-VIÉVILLE, T., *Absolute Grounds for Refusal*, u

definicije žiga sadržan je i u odredbi čl. 4. **Uredbe Vijeća (EZ) o žigu Zajednice.**² I u novom se ZOŽ BiH napustilo starije pristupe koji su uključivali u definiciju žiga isključivo sadržajni aspekt definicije. Tako je u čl. 4. ZOŽ BiH propisano da se žigom može zaštititi znak koji je prikladan za razlikovanje iste ili slične robe ili usluga u privrednom prometu i koji se može grafički prikazati.³

Dakle, prema ovoj zakonskoj definiciji žig je **subjektivno pravo** iz područja industrijskog i intelektualnog vlasništva, koje za predmet zaštite uzima znak kojim nositelj žiga označava svoje robe ili usluge u gospodarskom prometu, čineći ih različitim od iste ili slične robe ili usluga drugog sudionika u gospodarskom prometu.⁴ Žig predstavlja zaštićeni znak pravne ili fizičke osobe kojoj pripada isključivo pravo stavljanja u promet proizvoda označenih žigom ili korištenja žigom pri obavljanju uslužne djelatnosti. Žig je samostalno **imovinsko dobro i monopolno pravo** koje njegovom nositelju jamči ekskluzivno pravo korištenja znaka zaštićenog žigom za označavanje svojih proizvoda ili usluga, odnosno zabranu drugim osobama neovlaštenog korištenja istog ili sličnog žiga za označavanje iste ili slične vrste proizvoda ili usluga. Istodobno, žig je **apsolutno pravo**, jer ga njegov nositelj može istaknuti prema svakoj osobi koja bi pokušala koristiti njegov žig za označavanje svojih proizvoda ili usluga.

Žigom se mogu štititi znakovi, koji se mogu sastojati posebice od riječi, uključujući osobna imena, crteža, slova, brojeva, slika, oblika proizvoda ili njihovog pakiranja, rasporeda boja, trodimenzionalnih oblika ili kombinacije tih elemenata.⁵ Uz ove znakove usporedna praksa i legislativa priznaju zaštitu i drugim znakovima koji nisu izričito navedeni – tzv. nekonvencionalnim žigovima, ako

European Community Trade Mark, Commentary to the European Community Regulations, Hague, 1997., str. 184.

2 Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark ((OJ EC No L 11 of 14.1.1994, p. 1.).

3 Sličnu definiciju žiga sadrži i čl. 15. Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (TRIPS), gdje se navodi da se žigom smatra svaki znak ili svaka kombinacija znakova, koji su sposobni za razlikovanje roba ili usluga jednog poduzetnika od drugog poduzetnika. Takvi znakovi, poglavito riječi uključujući osobna imena, slova, brojke, figurativne elemente i kombinacije boja kao i kombinacije takvih znakova, mogu se registrirati kao žigovi. Na kraju, s obzirom na harmonizacijske postupke domaćeg zakonodavstva na području prava intelektualnog vlasništva s europskim pravom, navodimo i definiciju žiga Zajednice. Tako se Žig Zajednice (Community Trade Mark, CTM) definira kao svaki znak sposoban da bude reprezentiran grafički, naročito riječi, uključujući osobna imena, dizajn, brojke, slova, oblike proizvoda ili njihovih pakovanja, pod uvjetom da su ti znakovi kadri razlikovati proizvode ili usluge jednog poduzetnika od one drugog poduzetnika. Očito je naš zakonodavac u cijelosti pratio pojmovno određenje žiga iz europskog prava. Detaljnije vidi kod PAGENBERG, J., MUNZINGER, P. J., *Manual on the European Community Trade Mark*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996., str. 3.

4 Usp. MARKOVIĆ, S., *Pravo intelektualne svojine*, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 144.

5 Vidi njem. podjelu žigova - *Wortmarken* (žigovi sastavljeni od riječi, osobnih imena, više velikih slova), *Wortbildmarken* (kombinacije riječi i slika) te *Bildmarken* (žigovi koji ne sadrže slova).

ispunjavaju formalni i sadržajni aspekt definicije žiga, kao što su zvučni, mirisni, okusni i drugi žigovi (npr. pokret). Međutim, nije dostatno da određeni znak ispunjava navedena dva aspekta definicije žiga, traži se da ne postoje zakonom propisani razlozi za odbijanje žigovne zaštite takvom znaku. Znak je prikladan za razlikovanje ako određenim proizvodima ili uslugama u usporedbi s istovjetnim ili sličnim proizvodima ili uslugama daje poseban, razlikovni karakter.

Prema **načelu jedinstva žiga**, žig čini znak koji je njime zaštićen, kao i proizvodi ili usluge na koje se taj znak odnosi. Prema **načelu specijaliteta žiga** znak koji je zaštićen žigom pokriva samo određene proizvode ili usluge za koje je zaštićen, osim kod tzv. čuvenih ili renomiranih žigova. Prema **načelu teritorijalnosti** pravo na žig priznaje se u načelu za područje određene države, izuzev slučajeva međunarodne registracije, odnosno žiga Zajednice (EU žig) kada se radi o postizanju zaštite u više država, odnosno u okrilju određene supranacionalne regionalne zajednice država.⁶ Prema **načelu specijalnosti** pravo na žig kao isključivo pravo odnosi se na točno određene kategorije roba ili usluga za koje je žig registriran. To znači da paralelno može postojati više istih ili sličnih žigova, ali za različite vrste roba ili usluga, osim u slučaju proširene zaštite čuvenih (glasovitih, renomiranih) žigova koji se štite neovisno o kategorijama roba ili usluga za koje su formalno registrirani sukladno pravilima žigovnoga prava i prava nelojalne utakmice (nepošteno tržišno natjecanje).

Nositelj žiga ima sukladno odredbama čl. 1. st. 3. i 49. ZOŽ BiH isključivo pravo na obilježavanje žigom proizvoda ili usluga za koje je žig priznat i isključivo pravo uporabe žiga za te proizvode ili usluge. Nositelji žiga mogu biti pravne ili fizičke osobe koje se bave registriranim gospodarskom, proizvodnom i/ili uslužnom djelatnošću.⁷

U području intelektualnog vlasništva nazivlje nije u cijelosti ujednačeno, na legislativnom planu i u sudskoj praksi i teoriji, što prije svega proizlazi iz pravno-povijesnih odrednica, kao i jezično-kulturološke baštine.

U komparativnom pravu nazivlje je relativno ustaljeno i precizno. Tako primjerice njemačko pravo naziva žig pojmovima *Marke* (**marka**) ili *Warenzeichen* (**robni znak**), ne praveći bitnu razliku između navedena dva pojma. Francusko pravo također poznaje pojam *marquee*. U Italiji i Španjolskoj rabi se termin *marca*, a u zemljama anglosaksonskoga i američkoga pravnog kruga uvriježen je izraz *trade mark*™. Pojam marke u smislu žiga u našem pravu nije nikad posebno zaživio, neovisno o utjecaju njemačkog i austrijskog prava, već se više rabi kao pojam u suvremenom marketingu, kao ime, simbol, znak ili dizajn proizvođača ili grupe proizvođača, zaštićen registracijom, koji služi identifikaciji proizvoda zbog razlikovanja od proizvoda konkurentskih tvrtki, komuniciranju s tržištem i promotivnim

6 MANIGODIĆ, M., MANIGODIĆ, Đ., *Komunitarni žig*, Draganić, Beograd, 2004., str. 11.; MEŠEVIĆ, I. R., *Proširenje Evropske unije i njegov uticaj na sistem komunitarnog žiga*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XLIX – 2006., str. 229.

7 Detaljnije ČIZMIĆ, J., ZLATOVIĆ, D., *Komentar zakona o žigu*, Faber & Zgombić, Zagreb, 2002., str. 35.

aktivnostima poduzetnika.⁸

Pojam žiga nužno je odvojiti i razlikovati od pojma *branda*. *Brand*, sam po sebi, definira se na način da uključuje niz elemenata, koji ne trebaju biti isključivi, nego mogu podrazumijevati i naziv *branda*, njegov izgled, izgled ambalaže, dizajn pakiranja, etiketu, oblik ili sastav, reklamne i promotivne teme te emocionalne i neopipljive aspekte *branda*. Različite definicije *branda*, koje koriste marketinški stručnjaci, mogu biti promatrane tako da, s jedne strane, spadaju u krug *brandova* definiranih u prvenstveno tjelesnome smislu, a koje su srodne definiciji žiga, dok su im dvije ključne svrhe identifikacija porijekla i razlikovanje. S druge strane, *brand* se definira u smislu neopipljivih vrijednosti, prvenstveno usmjerenih na odnos između potrošača i proizvođača. Ako bi se utemeljilo pravo *branda*, onda će se žig smatrati osnovnim identifikatorom podrijetla. Naime, jedna od temeljnih funkcija žiga je upravo funkcija označavanja podrijetla, odnosno označavanje žigom znači utvrđivanje određenog mjesta proizvodnje, pri čemu se jamči da svaka jedinica proizvoda dolazi iz istog izvora, iz istoga poduzeća.⁹ Žig izražava činjenicu da njime označena roba potječe iz nekog poduzeća koje ne mora biti pobliže individualizirano. Žig mora biti sposoban razlikovati proizvode ili usluge jednog poduzetnika u odnosu na proizvode ili usluge drugog poduzetnika.¹⁰ U svakom slučaju treba naznačiti da je *brand* različit i širi pojam od žiga, koji može u svojoj ukupnosti uključivati i žig, ali uz ovaj znak razlikovanja, kako smo već obrazložili, kod *branda* se radi o marketinškom pojmu određenom ukupnošću različitih vrijednosti i određenja proizvoda.¹¹ Pojam *branda* nije još našao svoju normativnu potvrdu u zakonskim tekstovima, pa još ne možemo niti govoriti o posebnom pravu *branda*. Naziv *branda* je gotovo uvijek i sam žig, ali svaki žig ne predstavlja naziv *branda*.¹²

Žig je ne samo simbol robe ili usluga za koje je zaštićen, već je i simbol reputacije koju jedan poduzetnik uživa kod publike, odnosno konzumenata. Tako se pojam žiga znatno približava pojmu iz anglosaksonskog prava poznatom kao *goodwill*. Pod pojmom *goodwill* kojim se podrazumijeva reputacija u vođenju poslova i kvaliteta robe koju jedan poduzetnik stječe vremenom, posredstvom jednog, ili većeg broja obilježja s pomoću kojih se javnost upoznaje s određenom robom, odnosno s njenim proizvođačem. Također dojam o žigu često presudno

8 Cit. ROCCO, F. (gl.ur.) i dr., *Rječnik marketinga*, Masmedia, Zagreb, 1993., str. 245. Usp. TOPIĆ, Ž., *Industrijsko vlasništvo – gospodarstveno – razvojni aspekti*, Hrvatski patentni glasnik, Zagreb, br. 2-3., 1994.

9 O pojmu žiga i njegovoj zaštiti opširnije kod ČIZMIĆ, J., ZLATOVIĆ, D., *op. cit.*, str. 57. i dalje.

10 O funkcijama žiga detaljnije kod VLAŠKOVIĆ, B., *Pravna zaštita slavnihih žigova*, SZP & Pronalazaštvo, Beograd, 1992., str. 7. i dalje.

11 Detaljnije u ZLATOVIĆ, D., *Intelektualno vlasništvo i marketing – pravni aspekti suvremenog marketinga*, InMag, Zagreb, 2010., str. 39.,

12 Tako i BIRCH, A. L., STEWART, R. C., KOLASCH, J. A., BIRCH, T. C., *Trademark Protection in the United States*, str. 7., objavljeno na internet stranici www.bsksb.com/pdf/tps04ch1txt.pdf.

utječe na izbor potrošača, odnosno na ukupnu sliku o određenom poduzeću, pa se pojam žiga bitno približava i pojmu *image*. *Image* podrazumijeva mišljenje, stavove i utiske koje pojedinac ima o određenom objektu, a koji objekt može biti i sam žig, uz samo poduzeće i proizvod.¹³

2. PRIZNANJE ŽIGA

U inozemnim nacionalnim žigovnim pravima postoje uglavnom dva sustava stjecanja žiga: po jednom, žig se stječe upisom u žigovni registar uprave za žigove (konstitutivni sustav), a po drugom, žig se stječe samom uporabom bez nužne registracije takvoga žiga (deklaratorni sustav).¹⁴ Zakonodavstvo BiH prihvaća prvi sustav konstitutivnosti registracije žiga.

Postoje i drugi, doduše rijetki, sustavi stjecanja žiga, npr. sustav deponiranja žiga (*deposition system*, npr. u Angoli i Kambodži), prema kojem se žig stječe samim deponiranjem znaka kod nadležnog tijela, koje provodi samo formalno ispitivanje postojanja uvjeta zaštite, odnosno sustav oglasne objave (*cautionary notice system*, npr. u Etiopiji, gdje postoji svojevrstan hibrid između ovoga sustava i sustava registracije te u Maldivima), prema kojem se zaštita ostvaruje objavom formalnog oglasa u lokalnom tisku kojim nositelj prava upozorava druge osobe na oprez izjavom da na tom žigu polaže pravo.¹⁵ Ovakvi sustavi obično su zastupljeni u državama koje ne pridaju bitnu važnost žigovnoj zaštiti, gdje su žigovi kao nematerijalna dobra gotovo rijetkost u trgovinskoj praksi, pa često ne postoji ni posebno žigovno zakonodavstvo (npr. u Myanmaru).

U Bosni i Hercegovini žig se stječe donošenjem odluke u obliku rješenja **Instituta za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine**¹⁶ o priznanju žiga sukladno odredbi čl. 38. st. 4. ZOŽ BiH, odnosno upisom žiga u registar žigova.

Dakle da bi nositelj žiga stekao određeni prijavljeni žig potrebno je kumulativno ispuniti sljedeće preduvjete:

- 13 Pojam *image* uveo je 1955., Sidney Levy. O tome šire TOPIĆ, Ž., *Poslovni aspekti robnih – uslužnih žigova i upotreba žigovnih informacija u poduzeću*, Informator, br. 4443, od 5.10.1996., str. 18.
- 14 Imamo i primjere onih zakonodavstava koja kombiniraju ova dva glavna pristupa. Tako je u paragrafu 4. njemačkoga Zakona o žigu određeno da se zaštita žiga ne stječe samo postupkom registracije, već i korištenjem znaka u poslovnom prometu. Vidi kod BERLIT, W., *Das neue Markenrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1999., str. 14.
- 15 V. MATANOVAC, R., RAČKI MARINKOVIĆ, A., *Registri prava intelektualnog vlasništva*, u: JOSIPOVIĆ, T. (op. red.) et al., *Hrvatsko registarsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 169.
- 16 Institut je utemeljen sukladno Zakonu o osnivanju Instituta za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 43/2004). Sjedište Instituta je u Mostaru. U području zaštite prava industrijskog vlasništva Institut obavlja poslove vođenja upravnog postupka za stjecanje, održavanje, promet i prestanak prava na robni i uslužni žig, u skladu s odredbama međunarodnih konvencija, ugovora i sporazuma kojima je pristupila, odnosno koje je ratificirala Bosna i Hercegovina i zakona i provedbenih propisa kojima se uređuje ova materija.

- da je u zakonom propisanom postupku nadležno državno tijelo odobrilo priznanje žiga,
- da je prethodno plaćena pristojba (taksa) i naknada troškova postupka održavanja za prvo desetgodišnje razdoblje održavanja žiga u vrijednosti, te
- da je žig potom upisan u registar žigova.¹⁷

Žig se stječe u jednom strogo formalnom pravnom postupku kojeg provodi nadležno tijelo – Institut za intelektualno vlasništvo Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Institut).¹⁸ Prva formalnost toga postupka ogleda se u podnošenju prijave žiga, kojom se pokreće postupak za priznanje žiga. Pod **prijavom žiga** podrazumijeva se podnesak koji sadržava zahtjev za priznanje žiga i druge bitne sastojke propisane u čl. 15. i 16. ZOŽ-a. Prijava je dakle podnesak stranke u upravnom postupku, kojim stranka traži od nadležnog državnog tijela priznanje određenog žiga. Elementi prijave, njena forma i sadržaj podrobnije su propisani odredbama čl. 15. ZOŽ BiH i čl. 7. i 8. **Pravilnika o postupku za priznanje žiga** (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 105/10).

Prvenstvo podnošenja prijave jedno je od temeljnih načela žigovnog prava regulirano odredbom čl. 19. ZOŽ BiH. Ako je prijava žiga podnesena sukladno čl. 15.-18. ZOŽ BiH, podnositelj prijave stječe **pravo prvenstva** na temelju datuma podnošenja prijave u odnosu na svakoga drugoga podnositelja koji kasnije podnese prijavu žiga za istovjetan ili sličan znak kojim se žele zaštititi istovjetni ili slični proizvodi ili usluge. Pravo prvenstva proizlazi i iz svake prijave koja je podnesena prema multilateralnim ugovorima čija je Bosna i Hercegovina stranka. U čl. 20. i 21. ZOŽ BiH regulirano je unijsko i izložbeno (sajamsko) prvenstvo.

Kod **unijskog prvenstva**, ako je podnositelj prijave žiga prvi put podnio prijavu u nekoj državi članici Pariške unije za zaštitu industrijskog vlasništva ili u državi članici Svjetske trgovinske organizacije - WTO, može se, prilikom podnošenja prijave za isti žig u BiH, pozvati na datum prvog podnošenja, pod uvjetom da prijavu u BiH podnese u roku od 6 mjeseci od datuma prvog podnošenja. Onaj tko se poziva na ovo pravo međunarodnog prvenstva u podnesenoj prijavi mora navesti bitne podatke o prijavi na koju se poziva (datum, država, broj prijave) te priložiti prijepis prve prijave koju je ovjerilo nadležno tijelo države članice Pariške unije ili države članice Svjetske trgovinske organizacije, najkasnije u roku od tri mjeseca od dana podnošenja zahtjeva za priznanje prava prvenstva te prijevod prve prijave na jednom od jezika u službenoj uporabi u BiH. Podnositelj prijave može zahtijevati priznanje višestrukog prava prvenstva na temelju ranije podnesenih prijava u jednoj ili više zemalja članica Pariške unije ili WTO-a pod uvjetima iz čl. 20. ZOŽ BiH.

Kod **izložbenog (sajamskog) prvenstva**, ako je podnositelj prijave za registraciju žiga izlagao proizvode ili usluge obilježene određenim znakom na

17 Za raniju situaciju prema ZIV-u BiH vidi kod ČEHAJIĆ, Lj., *Žig sticanje, sadržaj i zaštita robnih i uslužnih žigova*, ZIPS, Privredna štampa, Sarajevo, br. 1153, od 16. 10. 2008., str. 16.

18 O razlikama kod stjecanja patenta kod MARKOVIĆ, S. M., *Patentno pravo*, Nomos, Beograd, 1997., str. 161.

službenoj ili službeno priznatoj međunarodnoj izložbi u BiH, u nekoj od država članica Pariške unije ili u državi članici Svjetske trgovinske organizacije, može zahtijevati da mu se kao datum prve prijave prizna datum prvoga dana izlaganja proizvoda ili pružanja usluga, pod uvjetom da prijavu u BiH podnese u roku od tri mjeseca od dana zatvaranja izložbe. Podnositelj prijave koji se poziva na izložbeno pravo prvenstva dužan je uz prijavu podnijeti potvrdu izdanu od strane nadležnoga tijela države članice Pariške unije ili države članice Svjetske trgovinske organizacije iz koje su vidljivi podaci o vrsti izložbe, mjestu njezina održavanja, datumu otvaranja i zatvaranja i prvom danu izlaganja proizvoda ili usluga navedenih u prijavi.¹⁹ Uvjerenje da je izložbi, odnosno sajmu održanom u BiH, službeno priznat međunarodni karakter izdaje **Vanjskotrgovinska komora Bosne i Hercegovine**.

Kako se ovim podneskom inicira upravni postupak priznanja žiga, prijava žiga je po svojoj procesnopravnoj prirodi akt u upravnom postupku. Procesnopravni učinci podnesene prijave kojoj je priznat datum podnošenja prijave i koja je upisana u registar prijava, sastoji se u tome što je time pokrenut postupak stjecanja žiga, i što se od tog datuma računaju određeni procesni rokovi, primjerice rok za dostavu prijepisa prve prijave u svezi ostvarivanja unijskog prava prvenstva. Prijava žiga, uz navedenu procesnopravnu prirodu, ima i kompleksnu materijalnopravnu prirodu, i javnopravnu i građanskopravnu. Samim podnošenjem uredne prijave žiga, podnositelj stječe pravo prvenstva zaštite žiga na temelju datuma podnošenja prijave u odnosu na sve druge osobe koje poslije njega podnesu prijavu žiga za istovjetan ili sličan znak kojim se žele zaštititi istovjetni ili slični proizvodi ili usluge (čl. 19. ZOŽ BiH). Nastupanje ovih materijalnopравnih posljedica podnošenja prijave žiga ovisi o urednosti same prijave i ispunjavanju uvjeta zaštite žiga. Ako uvjeti zaštite nisu ispunjeni, ili rješenje o priznanju žiga bude proglašeno ništavim, može se smatrati da, *stricto sensu*, nisu nastupile ni materijalnopравne posljedice podnošenja prijave žiga.

Kada Institut provede potpuni postupak ispitivanja materijalnih uvjeta za priznanje žiga, i to onih **apsolutnih uvjeta** iz čl. 6. ZOŽ BiH po službenoj dužnosti, a onih **relativnih uvjeta** iz čl. 7. ZOŽ BiH²⁰ povodom **prigovora na objavljenu prijavu žiga**,²¹ te utvrdi da su u cijelosti ispunjeni svi zakonom propisani uvjeti za priznanje žiga, Institut registrira žiga na ime osobe koja je prva podnijela prijavu,

19 Detaljnije ZLATOVIĆ, D., *Pravo međunarodnog prvenstva uz naznake glede prava izložbenog prvenstva*, IN – glasnik, Rijeka, 1997., X-XII, br. 11-12., str. 23.

20 Cf. CORNISH, W., LLEWELYN, D., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London, 2003., str. 697.; ZLATOVIĆ, D., *Zabrane u žigovnom pravu (Apsolutni i relativni razlozi za isključenje)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2001., vol. 22., br. 2., str. 735-761.; RAČKI MARINKOVIĆ, A., *Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga*, u MATANOVAC, R. (op.red.) et al., *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 5. i 32.; KITCHIN, D., LLEWELYN, D., MELLOR, J., MAEDE, R., MOODY-STUART, T., KEELING, D., *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, London, 2005., str. 227.

21 O prigovoru detaljnije ZLATOVIĆ, D., *Opozicijski postupak u novom hrvatskom žigovnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, R 2001., vol. 22., br.1., str. 261.-288.

odnosno koja ima pravo prvenstva u odnosu na traženi predmet zaštite.²² Sam čin **registracije žiga** očituje se u **upisu žiga u registar žigova**. Naime, čl. 39. st. 3. ZOŽ BiH regulirano je kako je datum upisivanja rješenja o priznanju žiga u registar žigova istodobno datum rješenja o priznanju žiga. Registracijom žiga mijenja se pravni položaj podnositelja prijave, tako da isti postaje nositelj žiga. Samom registracijom žiga određuje se opseg zaštite prema priznatom znaku i popisu proizvoda i usluga u odnosu na koje je zaštita zatražena i postignuta.

ZOŽ BiH u čl. 6. uređuje **apsolutne razloge za odbijanje prijave žiga**. Tako se žigom ne može zaštititi znak:

- a) koji je protivan javnom poretku ili moralu,
- b) koji se ne može grafički prikazati,
- c) koji je istovjetan starijem žigu ili ranije prijavljenom znaku za istu robu ili uslugu,
- d) koji po svom ukupnom izgledu nije prikladan za razlikovanje robe, odnosno usluga u privrednom prometu, za onu robu ili usluge za koje je podnesena prijava žiga,
- e) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kvalitete, količine, namjene, vrijednosti, geografskog porijekla proizvoda, vremena ili načina proizvodnje robe ili pružanja usluga, ili za označavanje nekih drugih obilježja robe ili usluga,
- f) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji su postali uobičajeni u svakodnevnom govoru ili stručnom govoru, ili u dobroj vjeri i ustaljenoj trgovačkoj praksi, za označavanje određene vrste robe ili usluge,
- g) koji je isključivo oblik određen vrstom proizvoda ili oblik proizvoda potreban za postizanje određenog tehničkog rezultata ili oblik koji proizvodu daje bitnu vrijednost,
- h) koji svojim izgledom ili sadržajem može obmanuti javnost, posebno u odnosu na geografsko porijeklo, vrstu, kvalitetu ili neko drugo obilježje robe ili usluge,
- i) koji sadrži službene znakove za kontrolu ili garanciju kvalitete ili ih podržava,
- j) koji sadrži državni ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili skraćenicu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije, kao i njihovo podržavanje, osim po odobrenju nadležnog tijela te zemlje ili organizacije,
- k) koji sadrži naziv ili skraćenicu, grb, amblem, zastavu ili drugi službeni znak BiH ili njenih entiteta, kantona, Distrikta ili ih podražava, osim uz odobrenje nadležnog tijela,
- l) koji predstavlja ili podražava nacionalni ili vjerski simbol,

²² Tako i BESAROVIĆ, V., *Pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, NIO Poslovna politika, Beograd, 1984., str. 96.

m) koji je znak za vino i koji sadrži ili se sastoji od geografske oznake koja služi za označavanje vina ili koji je znak za jako alkoholno piće koji sadrži ili se sastoji od geografske oznake koja služi za označavanje jakih alkoholnih pića, u odnosu na vina ili jaka alkoholna pića koja nisu toga geografskog porijekla,

n) koji je isključivo ime porijekla međunarodno registrirano da važi za teritorij BiH.²³

Znak naveden pod toč. d), e) i f) može se zaštititi žigom ako podnositelj prijave dokaže da je ozbiljnim korištenjem znak postao prikladan za razlikovanje u prometu robe, odnosno usluga na koje se odnosi.

U odredbi čl. 7. ZOŽ BiH, razrađuju se **relativni razlozi za odbijanje prijave žiga**. Tako se na temelju podnesenoga prigovora, žigom neće zaštititi znak:

a) koji je istovjetan ranije zaštićenom znaku druge osobe za sličnu robu, odnosno usluge, ili sličan ranije zaštićenom znaku druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga, ako postoji vjerojatnost da zbog te istovjetnosti, odnosno sličnosti nastane zabuna u prometu, što uključuje i vjerojatnost asocijacije s ranije zaštićenim znakom,

b) koji je isti ili sličan za istu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga, znaku druge osobe koji je poznat u BiH, u smislu čl. 6. *bis* Pariške konvencije o zaštiti industrijskog vlasništva (općepoznati znak),

c) koji, u skladu s čl. 16. st. 3. TRIPS-a (Ugovor o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva), bez obzira na robu, odnosno usluge na koje se odnosi, predstavlja reprodukciju, imitaciju ili transliteraciju zaštićenog znaka druge osobe ili njegovog bitnog dijela, koji je kod sudionika u prometu u BiH nesumnjivo poznat kao znak visoke reputacije (čuveni žig), kojim svoju robu, odnosno usluge, obilježava druga osoba, ako bi se korištenjem takvog znaka nelojalno izvlačila korist iz stečene reputacije čuvenog žiga ili bi se štetilo njegovom distinktivnom karakteru, odnosno reputaciji,

d) koji svojim izgledom ili sadržajem vrijeđa starije autorsko pravo ili geografsku oznaku ili ranije zaštićeni industrijski dizajn,

e) čije bi korištenje vrijeđalo pravo na osobno ime poznatog lica ili lik bilo koje druge osobe, ako su nastali prije datuma prijave žiga ili priznatog prava prvenstva zatraženog u prijavi žiga,

f) koji je istovjetan ranijem žigu ili sličan ranijem žigu koji je bio registriran za istu ili sličnu robu ili usluge, a koji je prestao važiti zbog neproduženja registracije, ako je prošlo manje od dvije godine od dana prestanka ranijeg žiga, osim ako nositelj ranijeg žiga nije dao svoju suglasnost za priznanje kasnijeg žiga ili nije koristio svoj žig te

g) koji je podnesen suprotno načelu dobre vjere, savjesnosti i poštenja.

23 O apsolutnim razlozima za isključenje od zaštite žiga opširnije ZLATOVIĆ, D., *Zabrane u žigovnom pravu (Apsolutni i relativni razlozi za isključenje)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2001., vol. 22., br. 2., str. 735-761.

Zaštićenim znakom u toč. a) i c) smatra se znak koji je zaštićen žigom za područje BiH, a zaštićenim znakom iz toč. a) smatra se i znak koji je predmet prijave za priznanje žiga na području BiH pod uvjetom da žig po toj prijavi bude priznat.²⁴

Uvjet priznanja žiga i upisa u registar žigova je **prethodno plaćanje propisane naknade troškova za održavanje žiga u vrijednosti** tijekom prvoga desetogodišnjeg razdoblja i za objavu podataka o žigu. To znači da je Institut dužan po završetku postupka o tomu izvijestiti podnositelja prijave i pozvati ga na plaćanje odgovarajuće takse i naknade, kako bi se potom, po dostavi dokaza o izvršenom plaćanju, provelo donošenje rješenja o priznanju žiga, odnosno registracija žiga. Ako naknade troškova za održavanje za prvo desetogodišnje razdoblje održavanja žiga u vrijednosti, odnosno za objavu žiga, ne budu plaćene, sukladno odredbi čl. 38. st. 2. ZOŽ BiH smatrat će se da je podnositelj prijave žiga odustao od prijave i Institut će donijeti zaključak o obustavljanju postupka.

Žigovni registar je javna knjiga koja sadrži podatke i isprave o prijavama žigova, registriranim žigovima i žigovnim zastupnicima, za koje je upis reguliran zakonom, a koju Institut vodi u elektroničkom obliku (čl. 11. ZOŽ BiH).²⁵ Registrirani žig s propisanim podacima objavljuje se u službenom glasilu **Glasniku intelektualnog vlasništva**, čiji je nakladnik Institut.

3. UČINCI, OGRANIČENJA I UPORABA ŽIGA

3.1. Prava koja proizlaze iz žiga

Žig je **isključivo subjektivno monopolno pravo**, jer registrirani žig nositelju daje isključiva prava koja proizlaze iz toga žiga.²⁶

Tako prema čl. 49. ZOŽ BiH nositelj žiga ima **pravo spriječiti** (*ius prohibendi*) sve treće strane da bez njegova odobrenja u trgovačkom prometu rabe:

a) znak koji je istovjetan njegovom žigu u odnosu na robu ili usluge koje su istovjetne robi ili uslugama za koje je žig registriran,

b) znak koji je istovjetan ili sličan njegovom žigu u odnosu na robe ili usluge koje su iste ili slične robi ili uslugama za koje je žig registriran ako postoji vjerojatnost da javnost može biti dovedena u zabludu, što uključuje vjerojatnost dovođenja u svezu s tim znakom i žigom,

24 O relativnim razlozima za isključenje od zaštite žiga opširnije RAČKI MARINKOVIĆ, A., *Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga*, u MATANOVAC, R. (op. red.) et al., *Hrvatsko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji*, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006.

25 Opširnije ZLATOVIĆ, D., *Registri po Zakonu o žigu*, Pravo i porezi, TEB, Zagreb, 2000., br. 4.; MATANOVAC, R., RAČKI MARINKOVIĆ, A., *Registri prava intelektualnog vlasništva*, u JOSIPOVIĆ, T. (op. red.) i dr., *Hrvatsko registarsko pravo – registri pravnih osoba, nekretnina, pokretnina i prava*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 171.

26 O drugim pravima industrijskog vlasništva kao subjektivnim pravima, posebice o patentnom pravu detaljnije kod FIŠER, S., *Patent kao subjektivno pravo*, Pravni fakultet Novi Sad, 2007., str. 104.

c) znak koji je istovjetan ili sličan njegovom žigu u odnosu na robe ili usluge koje nisu slične onima za koje je žig registriran kada taj žig ima ugled u BiH i kada korištenje tog znaka bez opravdanog razloga nelojalno koristi razlikovni karakter ili ugled žiga ili im nanosi štetu (čuveni žig).²⁷

Ukoliko nije odobrio, nositelj žiga može zabraniti i sljedeće:

a) stavljanje zaštićenog znaka na robu, njeno pakiranje ili sredstva za obilježavanje robe,

b) nuđenje robe, njeno stavljanje u promet ili njeno skladištenje u te svrhe ili obavljanje usluga pod zaštićenim znakom,

c) uvoz, izvoz ili tranzit robe pod zaštićenim znakom,

d) korištenje zaštićenog znaka u poslovnoj dokumentaciji ili u reklamama.²⁸

Prava koja proizlaze iz žiga imaju učinak prema trećim stranama od datuma upisivanja žiga u Registar žigova.

Ako **navođenje žiga u rječniku, enciklopediji ili sličnim publikacijama**, uključujući i one u elektroničkom obliku, ostavlja dojam da je taj žig generički naziv za proizvode ili usluge za koje je registriran, na zahtjev nositelja žiga izdavač mora osigurati, najkasnije u sljedećem izdanju određene publikacije, da navođenje žiga bude popraćeno napomenom da je žig registriran (**oznaka R**). Ovaj institut podsjeća na institut ispravka informacije iz medijskog prava te osigurava precizno i točno informiranje javnosti, u ovom slučaju stručne i zainteresirane javnosti.²⁹ Ovim se sprječava gubljenje distinktivnosti žiga koji je naveden u rječniku, udžbeniku, tisku i sličnim publikacijama. Naime, relativno su česte situacije kad je nužno navesti ili reproducirati tuđi žig u kontekstu određene znanstvene ili stručne publikacije, čime se ne vrijeđa tuđe pravo, ali može dovesti do opasnosti za titularove interese. Posebice se ta opasnost ogleda u povećanom stupnju vjerovatnosti da žig izgubi svoju razlikovnost, odnosno da u svijesti sudionika u prometu može biti okarakteriziran kao generički znak. Stoga se nositelj žiga ovlašćuje da zatraži ispravak u sljedećem izdanju uz nedvojbeno navođenje kako se radi o registriranom zaštićenom žigu.

3.2. Ograničenja u svezi prava iz žiga

Odredbom čl. 52. ZOŽ BiH predviđena su **ograničenja učinaka žiga**.³⁰ Nositelj žiga ne može zabraniti drugoj osobi da pod istim ili sličnim znakom stavlja u promet svoju robu ili usluge ako taj znak predstavlja **poslovno ime ili naziv te osobe** koji je na savjestan način stečen prije priznatog datuma prvenstva žiga.

27 Vidi čl. 6. bis st. 1. Pariške konvencije i čl. 5. st. 1. Prve direktive EU.

28 Usp. ZLATOVIĆ, D., *Pravni aspekti oglašavanja*, Godišnjak 10. Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2003., str. 573.- 614.

29 Usp. ZLATOVIĆ, D., *Ostvarivanje prava na ispravak i odgovor prema novom Zakonu o medijima*, Hrvatska pravna revija, god. VI., br. 10., 2006., str. 46-53.

30 Vidi čl. 6. Prve direktive i čl. 12. Uredbe o žigu Zajednice.

Sukladno načelima jedinstva i specijaliteta žiga, žig ne daje nositelju pravo zabraniti trećoj strani uporabu u trgovačkom prometu: njezina imena ili adrese, podataka koji se odnose na vrstu, kakvoću, količinu, namjenu, vrijednost, zemljopisno podrijetlo, vrijeme proizvodnje proizvoda ili pružanja usluge, ili podataka koji se odnose na druge karakteristike proizvoda ili usluga. Žig ne daje nositelju pravo zabraniti trećoj strani uporabu žiga u trgovačkom prometu kad je tim žigom potrebno naznačiti **namjenu proizvoda ili usluge**, posebno ako je riječ o priboru ili rezervnim dijelovima, pod uvjetom da se taj znak rabi u skladu s ustaljenom i poštenom praksom u industrijskoj ili trgovačkoj djelatnosti i poštenim tržišnim natjecanjem. Također, žig ne daje nositelju žiga pravo zabraniti trećoj strani da u trgovačkom prometu rabi **ranije pravo** koje se odnosi samo na određeni lokalitet, ako je predmet zaštite kolektivnog žiga ili žiga garancije, znak koji ukazuje na određeni zemljopisni lokalitet s kojeg potiče roba ili usluga označena njime te ako se taj znak koristi u skladu s dobrim poslovnim običajima.

Nositelj žiga ne može zabraniti drugoj osobi da isti ili sličan znak koristi za obilježavanje robe ili usluga druge vrste, osim ako je u pitanju čuveni žig.

Do ograničenja žigovnih prava može doći i uslijed toleriranja određenih ponašanja u smislu odredbe čl. 69. st. 2. ZOŽ BiH. Kad nositelj ranijega žiga u **neprekinutom razdoblju od pet godina svjesno trpi uporabu kasnijega žiga**, nema više pravo na temelju ranijega žiga podnijeti zahtjev za proglašavanje rješenja o priznanju kasnijega žiga ništavim ili se usprotiviti uporabi kasnijega žiga u odnosu na proizvode ili usluge za koje se rabi kasniji žig, osim ako je prijava za registraciju kasnijega žiga podnesena u zloj vjeri.³¹ U ovim slučajevima, nositelj

31 Prema stajalištima ranije njemačke sudske prakse i pravne doktrine, za podnošenje prigovora, tzv. *Verwirkung*, kojim se tuženik protiv tužbenom zahtjevu, nužno je postojanje pretpostavke prema kojoj je tužitelj kao nositelj žiga duže vremena trpio tuženikovu uporabu spornog znaka kojim se vrijeđa njegov žig, temeljem čega je tuženik mogao zaključiti kako tužitelj nema interesa za zaštitu svog prava. Uz ovu temeljnu pretpostavku, nužno je istodobno postojanje i druge pretpostavke prema kojoj je tuženik u istom razdoblju nositelj znaka koji ima svoju potvrđenu vrijednost te mu se ne može oduzeti a da se istodobno ne povrijedi načelo poštenja i savjestnosti u pravnom prometu. Tuženik, uz to, mora biti *bona fide* glede svoga prava na uporabu znaka, odnosno barem *bona fide superveniens*, odnosno da je tuženik, iako prvotno nesavjestan glede svoje uporabe vlastitog kolidirajućega znaka, radi statičnog ponašanja tužitelja pretpostavio kako se ovaj neće protiviti daljnjem korištenju znaka. Uspješno ulaganje ovog prigovora ima za posljedicu negativnu poziciju za tužitelja koji više ne može podnositi tužbeni zahtjev prema tuženiku, ali tužitelj uživa i dalje sva prava na žig kao apsolutnog prava u odnosu na sve druge osobe. V. GIEFERS, H.-W., *Markenschutz*, 4. Auflage, R. Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 1995., 143.

U odnosu na *Verwirkung* u njemačkom pravu, institut *Estoppel* ima u anglosaksonskom pravu šire značenje, te se primjenjuje u gotovo cijelom području privatnog prava. Na području prava industrijskog vlasništva *Estoppel* se određuje kao prekluzija na strani nositelja određenog prava u svezi sa zahtjevom u odnosu na neku drugu osobu. Kao pretpostavke za valjanost ovog prigovora traži se da titular prava nije poduzeo nikakve radnje glede povrede svog prava, štoviše takve je povrede svjesno trpio (*Estoppel in pais*), odnosno da titular prava nije izjavio svoju volju u određenoj formi, bilo pismenoj ispravi ili sudskom zapisniku ili dr. (*Estoppel by record*). Ipak, ovo se pravilo ne primjenjuje samo na temelju objektivnih pretpostavki, nego se traži i subjektivna pretpostavka, odnosno nije samo dovoljno da postoji evidentiran

kasnije registriranoga žiga nema pravo usprotiviti se uporabi ranijega prava, iako se nositelj ranijega prava na to pravo više ne može pozvati protiv kasnijega žiga. Ovom odredbom uređen je institut, tzv. **trpljenja uporabe žiga**, odnosno **slučaj koezistiranja dvaju istih ili sličnih žigova**, kada je nositelj ranijeg žiga kroz duže vremensko razdoblje tolerirao uporabu kasnijeg žiga. Radi se o svojevrsnoj prekluziji *inter partes* zbog tolerancije.

Čini se logičnim s gledišta pravnog načela savjesnosti i poštenja, generalne klauzule i opće smjernice o zabrani proturječnog ponašanja (*venire contra factum proprium*), uvođenje određenih štetnih posljedica za neaktivnog nositelja žiga, koji je duže vrijeme trpio povredu svoga žiga uporabom žiga od strane nositelja kasnijeg prava. Začetke ovog pravila nalazimo već u starijoj žigovnoj teoriji te u zakonodavnoj i sudskoj praksi.³² Međutim, da bi došlo do gašenja prava na pravna sredstva zaštite žiga, mora se uz pasivnost nositelja žiga u odnosu na radnju povrede kroz duže vrijeme, kumulativno utvrditi da se isti nositelj suglasio sa uporabom žiga od druge osobe.³³

U suvremenom žigovnom pravu ovo načelo sadržano je i u europskom žigovnom pravu. Tako prema odredbi čl. 9. st. 1. Prve direktive Vijeća od 21. prosinca 1988. godine, kojom se približavaju propisi država članica o žigovima (89/104/EEZ), kada u državi članici nositelj ranijeg žiga dopusti da se, u neprekidnom trajanju od pet godina, rabi žig koji je u toj državi članici kasnije zaštićen, i u saznanju je za tu uporabu, isti neće više imati pravo, na temelju ranijeg žiga, ni zahtijevati proglašenje kasnijeg žiga nevažećim, niti se protiviti uporabi kasnijeg žiga za proizvode ili usluge za koje je kasniji žig uporabljen, osim ako je prijava za kasniji žig podnesena u zloj namjeri. Slično rješenje sadržano je i u suvremenom poredbenom pravu.³⁴

Bilo bi suprotno dobrim običajima i načelu poštenja u poslovnom prometu, kada bi se priznavalo pravo traženja obustavljanja djelovanja onoj osobi – nositelju prava koji je dopuštao konkurentu da radi duže vremena bez prigovora protivljenja, ulaže znatna sredstva u tu djelatnost i da njegov žig prihvati tržište. Ako nositelj žiga ne zahtijeva u primjerenom roku obustavljanje te djelatnosti, vrijedi pravno načelo, da gubi svoje pravo zbog toga, što ga nije dugo vremena odnosno pravodobno iskoristio. Naime, ne može se nakon što stranke duže vremena usporedno upotrebljavaju

protek određenog vremena radi gašenja prava na tužbu, nego se iz ponašanja tužitelja mora zaključiti kako je on bio suglasan sa takvom uporabom istog ili sličnog žiga. V. CORNISH, W.R., *Intellectual Property*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 75.-77. ; MIDDLEMISS, S., WARNER, S., *Attacking a Trade Mark: The Crucial Choice of Where and When*, E.I.P.R., vol. 32., issue 6., 2010., p. 298.

32 Konkretnije kod POPOVIĆ, A. S., *Zaštita robnih i uslužnih žigova u jugoslavenskom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1969., str. 92.

33 Vidi kod CORNISH, W. R., *Intellectual Property*, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str. 76.

34 Odredbom čl. L. 716-5. st. 4. francuskoga Zakona o intelektualnom vlasništvu predviđeno je da je nedopuštena tužba zbog povrede žiga kasnije registriranim žigom čija je uporaba tolerirana pet godina, osim ako je podnositelj prijave bio nesavjestan. Ipak, nedopuštenost je ograničena samo na proizvode i usluge u odnosu na koje je uporaba tolerirana.

svoje iste ili slične žigove, odnosno nakon što nositelj starijeg žiga da mogućnost nositelju kasnijeg žiga da stječe na tržištu i među potrošačima i korisnicima ugled, tek onda omogućiti nositelju poduzimanje pravnih radnji radi zabrane uporabe kasnijeg žiga.

Da bi uopće došlo do primjene odredbi čl. 69. st. 2. ZOŽ BiH, mora se raditi o dva u to vrijeme punopravna nositelja žiga, odnosno o dva registrirana suprostavljena žiga, a nikako o koliziji ranijeg neregistriranog znaka i kasnijeg žiga, odnosno ranijeg žiga i kasnijeg neregistriranog znaka.

Pretpostavke, koje moraju biti kumulativno ispunjene, za primjenu instituta trpljenja uporabe žiga je su:

- a) postojanje suprostavljenih žigova – ranijeg i kasnijeg žiga;
- b) svjesno trpljenje uporabe kasnijeg žiga tijekom pet uzastopnih godina te
- c) kasniji žig ne smije biti zaštićen zlonamjerno.³⁵

3.3. Iscrpljenje prava

Odredbom čl. 51. ZOŽ BiH predviđeno je da se žig stavljanjem u promet od strane nositelja žiga ili uz njegovu izričitu suglasnost bilo gdje u svijetu proizvoda koji je obilježen tim žigom, **iscrpljuju za područje Bosne i Hercegovine isključiva prava koja proizlaze iz žiga** u odnosu na taj proizvod, osim ako postoje opravdani razlozi na temelju kojih nositelj žiga pridržava isključiva prava koja proizlaze iz žiga. Opravdani razlozi da se nositelj žiga usprotivi daljnjoj komercijalizaciji proizvoda postoje osobito onda kada je stanje proizvoda promijenjeno ili pogoršano nakon što je proizvod stavljen u promet.

Ovom odredbom u žigovnom zakonodavstvu BiH predviđeno je da nositelj žiga nema pravo zabraniti uporabu žiga za proizvode ili usluge koje je upravo on sam stavio na tuzemno tržište, odnosno na svjetsko tržište ili su iste robe ili usluge stavljene na tržište uz njegovu suglasnost. Međutim, on ipak može zabraniti takvu uporabu ukoliko dođe do bitnih promjena na proizvodima ili do pogoršanja svojstava ili promjene naravi proizvoda ili usluga nakon njihova stavljanja na tržište.³⁶ Radi se, dakle, o ograničenju ovlaštenja na stavljanje u promet proizvoda obilježenih žigom.

Ta je odredba proistekla iz tzv. doktrine «iscrpljivanja prava» (*exhaustion of rights*).³⁷ Prema toj doktrini dostano je za iscrpljenje prava da se puštanje u promet

35 Savjesno ili zlonamjerno stjecanje žiga razlikuje se prema subjektivnom uvjerenju kasnijeg nositelja zna li ili bi iz postojećih okolnosti morao znati da je žig koji mu je priznat već zaštićen na ime i u korist druge osobe - ranijeg nositelja, tj. radi li se o ispričivoj ili neispričivoj zabludi o svom pravu na žig, koje subjektivno uvjerenje treba da je ujedno i objektivno opravdano.

36 Vidi čl. 7. st. 2. Prve smjernice 89/104. Vidi i odluku u predmetu C-337/95 Parfums Christian Dior SA I Parfums Christian Dior BV v. Evora Bv (1997.) ECR I-6013.

37 Pojam "iscrpljenje prava" ECJ je prvi put uporabio u sporu IHT Internationale Heiztechnik v. Ideal Standard, C-9/93. O iscrpljenju prava kao snažnom oružju u borbi za ostvarenje načela

robe obilježene žigom dogodilo bilo gdje, neovisno je li do toga došlo u tuzemstvu ili na inozemnom tržištu (**tzv. međunarodno iscrpljenje**).³⁸ To znači da određeni nositelj domaćeg žiga priznatog u određenoj zemlji, ne može zabraniti trećoj osobi uvesti u tu zemlju proizvod označen tim žigom, koju je ova u inozemstvu kupila od nositelja žiga ili osobe koju je on ovlastio. Radi se, dakle, o implementaciji u pravo BiH instituta koji je saživio u europskom pravu³⁹ i međunarodnoj poslovnoj praksi.

Žigovni režim u Europskoj uniji, uspostavljen s Prvom direktivom Vijeća iz 1989. (89/104/EEC) utemeljen je na sustavu, tzv. *Community exhaustion*, po kojem roba označena žigom može biti prodavana u bilo kojoj državi članici onda kada je stavljena na zajedničko tržište. To predstavlja opoziciju doktrini, tzv. *international exhaustion*, gdje roba obilježena žigom može biti prodavana u bilo kojoj zemlji članici ako je stavljena na tržište bilo gdje na svijetu. Neki nositelji žiga koriste, tzv. *Community exhaustion* radi prevencije paralelnog uvoza u Uniju roba obilježenih njihovim žigovima.

U čl. 13. Uredbe EU br. 40/94 određeno je da pravo iz žiga Zajednice ne ovlašćuje njegovog nositelja zabraniti njegovu uporabu na proizvodima koji su stavljani u promet u Europskoj uniji s tim žigom od strane njegova nositelja ili uz njegovo odobrenje. Primjena navedene odredbe isključena je kada zakoniti razlozi opravdavaju da se nositelj žiga protivi naknadnom puštanju u promet proizvoda, posebno kada je stanje proizvoda izmijenjeno ili pogoršano nakon stavljanja u promet. Ovo međunarodno iscrpljenje odnosi se samo na stavljanje u promet proizvoda označenih žigom u zemljama članicama EU-a, odnosno točnije EEA (European Economic Area – Europsko gospodarsko područje), ali ne i u zemljama izvan toga područja. Uvoz bez suglasnosti nositelja žiga iz neke države izvan EEA čini povredu žiga.⁴⁰

slobodnog prometa robe unutar Zajednice, uz puno očuvanje integriteta prava industrijskog vlasništva i njihovog neprikosnovenog nacionalnog karaktera detaljnije kod KRNETA, S., *Evropsko pravo intelektualnog vlasništva*, Pravni centar Fonda otvoreno društvo BiH, Sarajevo, 1996., str. 18.

38 Međunarodno iscrpljenje nije prihvaćeno u rješidbama europskih sudskih tijela, odnosno načelo unijskog iscrpljenja konzumira i načelo nacionalnog iscrpljenja, dok za države članice Unije ne vrijedi načelo međunarodnog iscrpljenja. Prema stajalištu ECJ-a načelo iscrpljenja prava ne primjenjuje se kada se radi o proizvodima porijeklom iz država izvan članica Europske unije, odnosno Ugovora o EEA. Vidi predmet *Silhouette International v. Hartlauer*, C-335/96, Zbirka 1998, I-4799, 18. Nositelj robnog žiga može svoje isključivo pravo koristiti za to da spriječi uvoz tim robnim znakom označenog proizvoda iz neke treće zemlje u zajednicu (vidi odluku ECJ, C-51/75, Zbirka 1976, 811 – EMI). Detaljnije kod PECOTIĆ, J., *Pravo žiga u pravu EZ: temeljni pojmovi i sudska praksa*, Pravo i porezi, Zagreb, br. 7., 2003., str. 71.; te MATANOVAC, R., *Proturječje između prava intelektualnog vlasništva i slobode kretanja roba, pružanja usluga i tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu Europske unije, razvoj načela unijskog iscrpljenja prava te prilagodba hrvatskog prava europskom*, u MATANOVAC, R. (op.red.), et al., *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 38.

39 NERA: Trade Mark exhaustion – Study on the economic consequences of alternative regimes, na internet stranici http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop, posjećena 11. ožujka 2002.

40 Tako MANIGODIĆ, M., *Robni i služni žigovi*, Beograd, 2001., str. 155.

Koncepcija doktrine, tzv. iscrpljenja (**konzumacije**) prava je u suštini sasvim jednostavna, mada ponekad teško shvatljiva. Kada nositelj žiga prvi put stavi u promet robu označenu žigom, a treća osoba stekne vlasništvo na određenim primjercima te robe, isključivo ovlaštenje nositelja žiga na stavljanje u promet iscrpljuje (konzumira) se na tom primjerku robe.⁴¹ Tržišni monopol nositelja žiga u pogledu robe označene tim žigom nespojiv je samoj funkciji žiga, koja se ostvaruje već prvim stavljanjem u promet takve robe. Primjerice ako netko plasira proizvod pod registriranim žigom na tržište u neku zemlju EU-a onda netko drugi koji je kupio taj proizvod od njega može ga zakonski uvoziti u bilo koju drugu zemlju u EU, čak ako je i tamo registriran. Tako, ako neka tvrtka proizvodi određeni proizvod obilježen konkretnim žigom, primjerice, u Velikoj Britaniji, a druga tvrtka kupi određenu količinu tog proizvoda od nje da bi je prodavala primjerice u Nizozemskoj, gdje je također taj žig registriran ali postiže znatno veću cijenu, proizvođač odnosno nositelj žiga ne može ništa učiniti da to spriječi. Tako se kaže da je pravo proizvođača na robu s registriranim žigom iscrpljeno čim je plasirana na tržište bilo gdje u EU.

Roba koja se tako uvozi opisuje se kao **paralelni uvoz** (naime uvozi se paralelno s robom originalnog proizvođača – op. aut.). Taj se naziv ne upotrebljava ekskluzivno za Europsku uniju. Može se dogoditi da nositelj žiga u Velikoj Britaniji, primjerice, licencira proizvođaču u Indiji da proizvede određenu količinu robe pod tim žigom, a da je u Indiji raspoloživa roba uvezena možda iz Singapura, te se tako natječe sa izvornim britanskim proizvodom. Britanski nositelj žiga ovo će eventualno pokušati spriječiti na način da uvede restriktivne klauzule u licencijski ugovor, ali će doktrina iscrpljenja prava isključiti takve restrikcije unutar EU. Tržište takvih proizvoda ponekad se naziva «**sivo tržište**». Roba «sivog tržišta» se često pojavljuje u diskontnoj prodaji, a može se prepoznati po neznatno različitoj ambalaži ili natpisima na stranom jeziku. Roba «sivog tržišta» može biti proizvedena u inozemstvu pod licencom i uvezena u zemlju izvornog proizvođača od treće osobe.

Kako bi se ilustrirala europska praksa na ovom području navodimo poznati slučaj *Centrafarm v. Winthrop* (1974). Winthrop je bila nizozemska dopunska tvrtka za britansku tvrtku koja je marketirala na tržište određeni lijek zaštićen žigom. Winthrop je imao žigovno pravo na naziv lijeka «Negram» u Nizozemskoj, kao i britanska kompanija za područje Velike Britanije. Centrafarm je plasirao na tržište jednu količinu tog lijeka pod latinskim nazivom *acidum nalidixicum*, a preostalu količinu tog lijeka pod markom Negram. Europski sud pravde presudio je u korist Centrafarma, uz objašnjenje da je pravo vlasnika žiga spriječiti prodaju u zemlji članici proizvoda obilježenog žigom koji je već plasirana na područje druge zemlje članice od strane vlasnika žiga ili s njegovom dozvolom inkompatibilno s pravilima Ugovora EU-a koji uređuje slobodnu cirkulaciju robe unutar EU-a. Tako Winthrop nije mogao spriječiti da Centrafarm plasira na nizozemsko tržište žigom obilježen

41 Cf. MARKOVIĆ, S., *Pravo intelektualne svojine*, Službeni glasnik, Beograd, 2000., str. 159.

lijek. Ipak njemački partner Centrafarma je otišao predaleko kada je prepakirao drugi lijek Valijum u veća pakovanja za prodaju u Njemačkoj, plasirajući tako žig uz novo pakovanje - *Hoffman La Roche v. Centrafarm* (1978). Slično je postupio i Centrafarm u drugom slučaju kada je prepakirao lijek za nizozemsko tržište zamjenjujući različiti zaštitni znak koji je vlasnik rabio u Nizozemskoj za onaj rabljen u Velikoj Britaniji, *Centrafarm v. American Home Products* (1978). U oba slučaja lijek je izvoran, a takav je i žig, ali zadnji kupac je imao pravo znati da je žig vezan uz izvornog vlasnika žiga.⁴²

Prema čl. 7. st. 1. Prve direktive 89/104 odobrenje nositelja žiga na stavljanje na tržište EEA proizvoda koji su već ranije stavljeni na tržište izvan EEA mora biti nedvojbeno, bilo u vidu izričite izjave, ili se iz činjenica i okolnosti koje se odnose na stanje prije, tijekom i poslije stavljanja proizvoda na tržište izvan EEA mora isčitati nedvojbeno volja nositelja kako odustaje od protivljenja stavljanju proizvoda na tržište EEA.⁴³ Posebno je problematična situacija kod paralelnog uvoza lijekova koji u državi uvoza uživaju žigovnu zaštitu. Novo pakiranje nakon prepakiranja tiče se jamstva podrijetla povezanog sa žigom. Europski sud (ECJ) stoga je u rješidbama iz ranije sudske prakse uvjetovao stavljanje u promet unutar Zajednice prepakiranih lijekova uz neke dodatne uvjete. Radi se o slučajevima kada uvoznik plasira na tržište lijek u novoj vanjskoj ambalaži ili izvornu vanjsku ambalažu izmijeni, ali ostavi žig proizvođača. Ovlašteniku se iscrpljivanje žiga može prigovoriti ako:

- je prepakiranje stvarno traženo radi tržišnog plasmana u državu uvoznicu i ako bi pozivanje na žig vodilo umjetnoj izolaciji tržišta;
- ne utječe se na izvorno stanje proizvoda u ambalaži;
- na novoj ambalaži razvidno su naznačeni proizvođač kao i poduzetnik koji je obavio prepakiranje;
- novo pakiranje ne utječe na ugled žiga i njegovog nositelja te
- uvoznik izvijesti nositelja žiga prije tržišnog plasmana prepakiranog lijeka te mu na njegov izričit zahtjev dostavi uzorak prepakiranog proizvoda.⁴⁴

Kod paralelnog uvoza proizvoda zaštićenih žigom, primjenjuju se prvenstveno nacionalni propisi o zaštiti žiga i propisi o pitanjima zaštite tržišnog natjecanja. Sa stajališta hrvatskih propisa koji uređuju zaštitu tržišnog natjecanja, nema zapreke za paralelni uvoz putem pasivne prodaje na tržište na kojem već djeluje poduzetnik koji je ekskluzivni distributer istih proizvoda.

Zaštita žiga u članicama Europske unije uređena nacionalnim zakonodavstvom ne može biti sredstvo kojim se ograničava paralelni uvoz istih proizvoda iz drugih zemalja članica. Naglašavamo ranije iskazani stav Europskog suda koji prednost

42 Tako MARETT, P., *op. cit.*, str. 195.

43 Vidi sporove C-414, 415, 416/99, *Zino Davidoff SA v. A&G Imports Ltd i Levi Strauss & Co. i dr. v. Tesco Stores Ltd i dr.*, od 20. studenog 2001., ECR I-8691. Cit. prema PECOTIĆ, J., *op. cit.*, str. 71.

44 Stav temeljen na odredbama čl. 30. Ugovora o EZ-a, te čl. 7. Prve direktive o pravu žiga 89/104/EEZ. Vidi odluke ECJ, C-71/94, C-72/94 I C-73/94, *Zbirka 1996*, I-3607, t.42 i dalje, *EURIM-PHARM*. Cit. prema Herdegen, M., *Europsko pravo*, Pravni fakultet u Rijeci, 2003., str. 206.

daje pravu tržišnog natjecanja, odnosno slobodi kretanja robe između država članica, jer drži da zaštita žiga u jednoj državi članici, sukladno nacionalnim propisima te države članice, ne može biti sredstvo kojim se ograničava ili isključuje paralelni uvoz istih proizvoda iz drugih zemalja članica Europske unije. Takvo stajalište Europski sud pravde posebno je zauzimao u slučajevima ako su cijene proizvoda zaštićenih žigom u pojedinoj državi članici Europske unije znatno veće od cijena istih proizvoda u nekoj drugoj državi članici Europske unije. Na taj način primjena nacionalnih propisa o zaštiti žiga potrošače te zemlje članice Europske unije stavlja u nepovoljniji položaj od ostalih zemalja članica Europske unije. Međutim, temeljni uvjet koji mora biti ispunjen za takvo stajalište suda značajan je utjecaj na trgovinu između zemalja članica Europske unije koji je posljedica primjene nacionalnih propisa o zaštiti intelektualnog vlasništva.

Za očekivati je da na zasadama europske legislative i judikature ovaj institut zaživi u poslovnoj i sudskoj praksi Bosne i Hercegovine, kao još jedan iskorak prema harmonizaciji našeg pravnog sustava s europskim žigovnim režimom, koji se temelji na konceptu tzv. **posebnog sadržaja** (*specific subject matter*), koji implicira pravo stavljanja proizvoda na tržište Unije i EEA po prvi put, kao i pravo sprječavanja povrede prava od strane trećih osoba koje nisu povezane s nositeljem prava.⁴⁵

3.4. Uporaba žiga

Prema čl. 54. ZOŽ BiH nositelj žiga ima isključivo pravo, ali i obvezu rabiti svoj žig u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran.⁴⁶ Uz to, nositelj žiga ima i tzv. *ius prohibendi*, odnosno pravo da svakoga trećeg spriječi od korištenja prava koja proizlaze iz žiga, tj. od neovlaštene uporabe žiga.⁴⁷

Uporabom žiga smatra se i sljedeće:

1. uporaba žiga u obliku koji se razlikuje u elementima koji ne mijenjaju razlikovni karakter žiga u odnosu na oblik u kojem je registriran te

2. obilježavanje proizvoda žigom ili njihovih pakiranja u Bosni i Hercegovini samo radi izvoza.⁴⁸

Uporaba žiga s odobrenjem nositelja ili neke osobe ovlaštene za uporabu kolektivnog ili garancijskog žiga smatrat će se uporabom nositelja.

Odredbom čl. 54. ZOŽ BiH nije propisano da se sve robe, odnosno usluge u poslovnom prometu moraju obilježiti žigom, nego samo one za koje je žig priznat. Naime, to je ostavljeno na volju samom poduzetniku, koji ovisno o gospodarskim ili

45 Detaljnije kod PECOTIĆ, J., *op. cit.*, str. 67.

46 Za njemačku teoriju i praksu SCHMITZ, H., *Warenzeichenrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterrecht und Geschmacksmusterrecht*, Carl Heymanns Verlag Kg, Köln, 1988., 20-21.

47 Usp. ČEHAJIĆ, Lj., *Žig – sticanje, sadržaj i zaštita robnih i službenih žigova*, ZIPS, Sarajevo, br. 1153., od 16.10.2008., str.16.

48 Vidi čl. 10. i 11. Prve direktive i čl. 15. Uredbe o žigu Zajednice.

subjektivnim okolnostima može svoju robu ili usluge obilježiti znakom kojem nije osigurao žigovnu zaštitu (fakultativna uporaba znaka) ili ipak isti registrirati kao žig. Kada se raspravlja o obveznoj ili fakultativnoj uporabi zaštićenog žiga, predmet iste rasprave nije u tome mogu li se robe ili usluge moraju označiti žigom, nego obveza i sankcije nepoštivanja obveze korištenja registriranog žiga za namjenu koja je utvrđena samom registracijom.⁴⁹

Usporednopravna rješenja upravo govore o raširenosti navedenog rješenja sadržanog u ZOŽ-u BiH. To se ne odnosi samo na rješenja anglo-američkog prava⁵⁰ gdje je uporaba žiga glavni uvjet stjecanja prava na žig, već i na zakonodavstva zemalja europskog kontinentalnog pravnog kruga motivirana gospodarskom funkcijom žiga i praktičkim razlozima kao npr. relativnom limitiranošću mogućih kombinacija riječi,⁵¹ kao i činjenicom pretrpanosti registara žigovima koji su izvan uporabe (tzv. „**groblja žigova**“).⁵²

Razlog za takvo istovjetno pravno rješenje u brojnim zakonima dovoljno je jasno razvidan. Naime veliki broj registriranih novih znakova svake godine (npr. u Francuskoj cca 30.000 ili u Japanu oko 150.000) ukazuje na stalno borbiranje mogućnosti oblikovanja novih znakova. Također na to rješenje utječe činjenica da je veliki broj zemalja u Uniji za zaštitu industrijskog vlasništva, odnosno da su ratificiranjem Pariške konvencije obvezane na odgovarajuću implementaciju članka 5. točka c)1. ove Konvencije u svoje zakone.

Opseg korištenja žiga u korelaciji je s vrstom proizvoda koji su tim žigom obilježeni i za koje je žig priznat te posebnim okolnostima, kao što su broj konkurenata, vrijednost proizvoda, ponuda i potražnja za tim proizvodima ili uslugama i slično. Pri tomu treba uzeti u obzir okolnosti da se u pravilu skupi proizvodi proizvode u manjim količinama, dok se proizvodi široke potrošnje proizvode i stavljaju u promet u velikim serijama.

Kada se govori o prostoru upotrebe, napominjemo da se ovdje ne radi o uporabi u svezi s notornošću znaka ili njegovom razlikovnošću, pa je dostatno da u konkretnom slučaju postoji stvarna uporaba na određenom području. Pri tome se ne traži uporaba na cijelom području jedne, prvenstveno domicilne države, već se pretpostavlja da uporaba žiga postoji kada se isti rabi na jednom užem državnom području.⁵³ Drugačije tumačenje imalo bi brojne negativne refleksije, pa se tako

49 Tako i VERONA, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str.173.

50 Za američko pravo vidi *The Lanham Act, of July 5, 1946, as amended*, Matthew Bender & Co., Inc., Rel.37-4/97, Pub. 726.

51 O vidicima uporabe kombinacija unutar abecede i o praktičnoj neupotrebljivosti velike većine tih kombinacija kao razloga za prevladavajuće gledište zakonodavca glede obvezne primjene registriranog žiga opširnije kod PLASSERAUD, Y., *Choisir, proteger et gerer vos marques*, Paris, Les editions d'organisation, 1977., 69.

52 Tako FRANCHESCHELLI, R., *Trattato di Diritto Industriale*, Milano, Giuffre,1960., te SPADA, P., *La nullita del marchio*, in AA.VV., *Marchi e modelli: nuova disciplina dei marchi e prospettive comunitarie*, Parma,1993.

53 Za stariju jugoslavensku praksu koja je vrijedila na ovim prostorima vidi presudu Vrhovnog privrednog suda br. Sl-1087/73 od 28.5.1973. godine u svezi s opozivom žiga broj 19655.

onda ne bi smatralo upotrebom žiga obilježavanje znakom proizvoda namijenjenih isključivo izvozu, čime bi bilo negirano pravilo apozicije, ne bi se vodilo računa o posebnim potrebama pučanstva određenih područja ili određenih gospodarskih subjekata.⁵⁴

Brojni su oblici upotrebe žiga. Temeljni modalitet upotrebe je apozicija žiga na proizvodu, dok su ostali oblici *per se* sporni.⁵⁵

4. TRAJANJE I PRODUŽENJE VRIJEDNOSTI ŽIGA

Jedno od ključnih načela žigovnog prava u BiH je i **načelo vremenskog (temporalnog) ograničenja trajanja vrijednosti žiga** (čl. 66. st. 1. ZOŽ BiH).⁵⁶ Ovo načelo u uskoj je vezi s **načelom isključivosti** koje je sadržano u odredbi čl. 7. ZOŽ BiH.

Uz ovo načelo, kao ograničavajuće načelo u žigovnom pravu vrijedi i **načelo teritorijalnog ograničenja**, po kojem učinak žiga vrijedi na području one države koja je prijavitelju priznala žig.

Vremensko ograničenje trajanja vrijednosti žiga jedno je od osnovnih korektiva u odnosu na eventualne negativne posljedice koje bi mogle nastati kada priznata prava ne bi bila vremenski ograničena.⁵⁷

Za razliku od, primjerice patenata koji imaju vremenski određen i ograničen rok trajanja, trajanje žiga nije vremenski ograničeno u vidu maksimalnog temporalnog limita, ali ga moramo održavati svakih 10 godina.⁵⁸ To znači da žig može trajati neograničeno. Dakle, vezano uz njegovo trajanje i održavanje, prema čl. 66. ZOŽ BiH, **žig traje 10 godina**, s tim što se njegovo važenje **može obnavljati neograničeno puta**. Odgovornost održavanja žiga na samom je nositelju.⁵⁹

54 Ovdje postoje različiti stavovi glede uporabe žiga na proizvodima koji se prodaju isključivo u free-shopovima, pa tako njemačka praksa prihvaća takovu upotrebu (BGH "Wurstwaren", GRUR 81,523), dok ima drugačijih gledišta unutar zemalja članica EZ-a s obzirom na manju mrežu tih shopova u tim državama.

55 Za talijansku praksu je karakteristično da *token use* nije dovoljno za održavanje žiga na snazi (presuda Vrhovnog suda br. 4434 od 17.10.1977.), da *advertising per se* ne predstavlja upotrebu žiga (odluka Apelacijskog suda u Bologni od 20.12.1956.), a ni upotreba žiga samo na sajmu ne predstavlja ozbiljnu upotrebu. Usp. VANZETTI, A., Di CATALDO, V., *Manuale di diritto industriale*, Milano, 1993.

56 Za talijansku doktrinu detaljnije kod GALLI, C., *Il Diritto Transitorio dei Marchi*, Giuffrè Editore, Milano, 1994., str. 1. i 9.

57 Cf. PUHARIĆ, K., KRISPER-KRAMBERGER, M., UDE, L., ZABEL, B., *Zakon o industrijski lastnini s komentarjem*, ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1994., str. 118.

58 TRIPS u čl. 18. određuje da početna registracija, i svako obnavljanje registracije žiga ne može biti na kraći rok od sedam godina. Registracija žiga može se obnavljati neograničen broj puta. Njemačko pravo kao i ZOŽ BiH rok vrijednosti žiga određuje na razdoblje od 10 godina. V. BERLIT, W., *Das neue Markenrecht*, 3. Aufl., Verlag C.H. Beck, München, 2008., str. 176.

59 Tako i KATULIĆ, T., *Uvod u zaštitu intelektualnog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, CARNet, Zagreb, 2006., str. 35.

Dok se god za zaštitu upisanog žiga podnose zahtjevi za održavanjem, odnosno uredno podmiruju pristojbe i naknade troškova postupka, zaštita žiga nesmetano traje.⁶⁰ Novo razdoblje zaštite žiga započinje danom isteka prethodnog desetogodišnjega razdoblja zaštite. Vrijednost žiga moguće je produžiti za sljedeće zakonsko razdoblje u cijelosti ili djelomično, ovisno za koje se proizvode ili usluge održavanje traži. Naime, moguće je zahtijevati obnavljanje žiga za sve proizvode ili usluge za koje je u prethodnom razdoblju vezana registracija žiga, kada govorimo o cjelovitom obnavljanju žiga. Odnosno žig se može obnoviti samo za neke od do tada upisanih roba ili usluga na koje se zaštita odnosila, kada govorimo o djelomičnom obnavljanju vrijednosti žiga. Produženje registracije žiga upisuje se u žigovni registar.

5. MEĐUNARODNA REGISTRACIJA ŽIGOVA

Žig se u inozemstvu može zaštititi na tri načina:

- može se u svakoj zemlji u kojoj se želi zaštititi žig, putem lokalnoga zastupnika, podnijeti prijava uredu nadležnom za prava intelektualnoga vlasništva u toj zemlji;
- može se podnijeti prijava za međunarodnu registraciju žiga putem Madridskoga sustava za međunarodnu registraciju žigova i
- može se podnijeti prijava za registraciju žiga Zajednice ili drugim regionalnim sustavima registracije i zaštite žigova.⁶¹

Madridski sustav za međunarodnu registraciju žigova je sustav koji obuhvaća dva međunarodna ugovora - **Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova** i **Protokol koji se odnosi na Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova**, koji omogućava međunarodnu registraciju žigova. Podnošenjem jedne prijave ostvaruje se međunarodna registracija koja osigurava zaštitu žiga u više zemalja i organizacija, koje su članice Madridske unije.

Prije nego što žig postane predmet prijave za međunarodnu registraciju mora biti prijavljen (prema Protokolu) ili registriran (prema Sporazumu) za iste proizvode i usluge u Bosni i Hercegovini. Ako su kao zemlje registracije naznačene članice Madridske unije prema kojima se primjenjuje Madridski sporazum, prema kojemu temelj za međunarodnu registraciju mora biti domaća registracija, prijava za međunarodnu registraciju žiga može se podnijeti, ali će se datumom podnošenja prijave za međunarodnu registraciju žiga smatrati datum registracije žiga u Bosni i Hercegovini. Prijava ili registracija žiga u Bosni i Hercegovini temelj je za podnošenja prijave za međunarodnu registraciju žiga i prvih je pet

60 Cit. VERONA, A., *Pravo industrijskog vlasništva*, Informator, Zagreb, 1978., str. 178.

61 Prijava žiga Zajednice bit će u primjeni prijamom Bosne i Hercegovine u punopravno članstvo Europske unije.

godina međunarodna registracija ovisna o registraciji u Bosni i Hercegovini na kojoj se temeljila.⁶² Ako je međunarodna registracija nastala na temelju domaće prijave, međunarodna registracija je ovisna o toj prijavi, te ukoliko domaća prijava bude odbijena ili odbačena, prestaje vrijediti i međunarodna registracija koja se na njoj temelji. Nakon međunarodne registracije žiga Institut postaje ured podrijetla te registracije. Dakle, međunarodna registracija temelji se na osnovnoj prijavi, a prijava međunarodne registracije obvezno se podnosi preko ureda zemlje podrijetla žiga.

Zahtjev (prijava) za međunarodnu registraciju žiga i zahtjevi za upis promjena u međunarodnom registru podnose se Institutu kako je propisano Madridskim sporazumom, Protokolom, Zajedničkim pravilnikom Madridskoga sporazuma i Protokola, odredbama ZOŽ BiH i Pravilnikom o postupku za priznanje žiga.

Obrasci zahtjeva za međunarodnu registraciju žiga ispunjavaju se na jeziku zahtjeva koji je propisan Zajedničkim pravilnikom Madridskoga sporazuma o međunarodnoj registraciji žigova i Protokola koji se odnosi na Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova:

- na francuskom jeziku, ako se primjenjuje Madridski sporazum
- na engleskom ili francuskom ili španjolskom jeziku, ako se primjenjuje Protokol.⁶³

Sukladno odredbi čl. 43. ZOŽ BiH i čl. 22. Pravilnika o postupku za priznanje žiga nositelj žiga iz BiH, odnosno podnositelj prijave u BiH može podnijeti zahtjev za međunarodno registriranje žiga, kao i zahtjev za upisivanje promjena u Međunarodnom registru u skladu s Madridskim sporazumom (aranžmanom) i Madridskim protokolom.

Ako je zahtjev za međunarodnu registraciju žiga podnesen sukladno zakonu i ako su uplaćene propisane takse i naknada troškova, Institut prosljeđuje zahtjev **Međunarodnom uredu (birou) Svjetske organizacije za intelektualno vlasništvo (WIPO)**. Ukoliko podnositelj zahtjeva za međunarodnu registraciju žiga ili zahtjeva za upis promjena u međunarodnom registru u propisanom roku ne postupi prema pozivu Instituta i ne ukloni utvrđene nedostatke, zahtjev za međunarodnu registraciju žiga odbacuje se zaključkom.⁶⁴ Nositelj međunarodno registriranog žiga može podnijeti zahtjev za teritorijalno proširenje međunarodnog žiga na BiH, s time da se taj zahtjev može odnositi na svu robu i usluge za koje je žig registriran ili na jedan njihov dio.

62 Vidi čl. 6. st. 2. Madridskog sporazuma.

63 Usp. KLJAJIĆ, J., *Međunarodna registracija žigova i novi Zakon o žigu*, Materijali sa savjetovanja, DZIV, Zagreb, 1.-3. prosinca 2003.

64 Kolizije međunarodnog žiga i nacionalnog žiga česti su predmet žigovnih sporova. Za stariju sudsku praksu navodimo slučaj u kojem sud nije smatrao da postoji sličnost između međunarodnog registriranog žiga UHU i nacionalnog žiga OHO, posebice imajući u vidu kako je žig OHO zaštićen u kombinaciji boja, za razliku od žiga UHU – presuda VPS, od 6. svibnja 1969. Cit. prema JANJIĆ, M., *Privredna reklama i pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1980., str. 145.

Međunarodna registracija žiga traje 10 godina od datuma registracije, ali se može produžiti neograničen broj puta za daljnja razdoblja od 10 godina, uz uvjet da se Međunarodnom uredu plati odgovarajuća pristojba.

Madridski sustav karakterizira jednostavnost, fleksibilnost i ekonomičnost, odnosno ovaj sustav:

- Omogućava jednostavan postupak registracije: podnosi se jedna prijava (zahtjev), jednom zavodu, na jednom jeziku (francuskom kada se primjenjuje Sporazum ili engleskom/francuskom/španjolskom kada se primjenjuje Protokol ili i Protokol i Sporazum), plaća se jedna pristojba i ne mora se imati zastupnika. Također, podnosi se samo jedan zahtjev za upis promjene koja se odnosi na cijelu registraciju ili na neki njezin dio (prijenos prava, promjene imena i adrese itd.) i samo jedan zahtjev za produženje vrijednosti međunarodne registracije žiga.

- Jamči da razdoblje za moguće odbijanje žiga u članicama Madridske unije u kojima se traži zaštita neće biti duže od 12 mjeseci prema Sporazumu (ili mogućih 18 prema Protokolu).

- Omogućava podnošenje naknadnih zahtjeva za proširenje zaštite međunarodno registriranoga žiga na druge članice Madridske unije.

Primjenom Madridskog sustava olakšava se zaštita žigova u inozemstvu, te se time nositeljima žigova bitno pomaže u jednostavnijem i učinkovitijem plasiranju njihovih proizvoda i usluga na globalnom tržištu.⁶⁵

6. ZAKLJUČAK

Bosna i Hercegovina postigla je veliki napredak u području građanskopravne, kaznenopravne i upravnoopravne zaštite intelektualnog vlasništva na području legislativnog usklađivanja nacionalnog zakonodavstva s europskim žigovnim pravom i međunarodnim pravnim vrelima u ovom području. Ipak, većina mjera predviđenih u odgovarajućim zakonima nedovoljno se provodi u praksi, bez obzira što su tijela za zaštitu prava intelektualnog vlasništva općenito svjesna važnosti toga područja. Nadalje, neizostavno je potrebno osigurati široku infrastrukturu i kompetencije raznih državnih tijela (žigovni zavod, sudovi, državno odvjetništvo, carina, policija, porezna tijela i dr.) radi sprječavanja povreda i osiguravanja visoke razine zaštite žiga kao jednog od ključnih čimbenika tržišne utakmice. Ipak, raste svijest o potrebi registracije žiga kao važnog dijela intelektualnog kapitala suvremenog poduzetništva i neizostavnog čimbenika marketinškog nastupa na tržištu. Modeli registracije žiga u BiH na zakonodavnoj razini prate suvremena stremljenja, posebice TRIPS kao sporazum u okviru WTO-a i Ugovora o pravu žiga. Nužno je što prije napraviti

⁶⁵ Upućujemo podnositelje zahtjeva za međunarodnu registraciju žiga koja uključuje primjenu i za SAD, na obrazac MM18(E) – Declaration of intention to use the mark – United States of America, koji mora biti priložen takvoj prijavi, koja ne smije biti izmijenjena u bilo kojem aspektu u odnosu na izvorno napisan oblik.

i analitički pregled i ocjenu usklađenosti nacionalnog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije (*tzv. screening*) i međunarodnim ugovorima u području prava intelektualnog vlasništva. Također, predlaže se poduzimanje mjera glede sustavnog praćenja provedbe prava intelektualnog vlasništva, odnosno osiguranje dostatnih administrativnih kapaciteta za provedbu prava kada je riječ o borbi protiv krivotvorenja, što uključuje i predviđanja zadovoljavajućih tijekova istrage, kaznenog progona i sudskog postupanja u slučaju povrede prava. U tom smislu bilo bi potrebno izraditi metodologiju praćenja statističkih podataka o povredama prava intelektualnog vlasništva, što uključuje i posebno praćenje povreda žiga i drugih znakova razlikovanja, i to za sva tijela provedbe prava intelektualnog vlasništva (Institut za intelektualno vlasništvo BiH, upravna tijela zadužena za statistiku, ministarstva pravosuđa, ministarstva policije, ministarstva financija, carinske uprave, porezne uprave, tužiteljstva, inspeksijskih tijela i dr.).

Summary

RECOGNITION, DURATION AND EFFECTS OF A TRADEMARK ACCORDING TO THE NEW TRADEMARK LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Trademark law, as a segment of a legal system in Bosnia and Herzegovina, represents a set of legal rules which can be found in different sources of law including the sources in the material as well as in the formal sense; for example direct or indirect legal sources, legal acts or sub-law regulations, national and international legal sources. Modern tendencies in trademark law development, especially these on the international level and within the European Union and WIPO, have influenced the emergence of necessity to further harmonise legislation governing the right to intellectual property in Bosnia and Herzegovina. This resulted with the enactment of the first, special 2010 Trademarks Act in Bosnia and Herzegovina containing provisions that regulate different trademark issues in the whole territory of Bosnia and Herzegovina. The author in the article elaborates on modalities to acquire the trademark rights and as well as on their duration. He pays a special attention to limitations in use and to special effects arising from the absolute, subjective legal rights conferred by a trademark.

Key words: *trademark, trademark law, exhaustion of the trademark rights, international registration.*

Zusammenfassung

ANERKENNUNG, LAUFZEIT UND WIRKUNGEN DER MARKEN GEMÄß NEUEM MARKENRECHT BOSNIEN UND HERZEGOWINAS

Das Markenrecht als Teil des Rechtssystems Bosniens und Herzegowinas stellt eine Sammlung von Rechtsnormen dar, die in verschiedenen Rechtsquellen zu finden sind, Quellen im materiellen und formalen Sinne, bzw. in mittelbaren und unmittelbaren Quellen, Gesetzen und Verordnungen, innerstaatlichen und völkerrechtlichen Quellen. Die modernen Tendenzen der Entwicklung des Markenrechts, besonders auf internationalem Niveau und in Zusammenhang mit der Europäischen Union und WIPO, haben Einfluss auf die Notwendigkeit einer weiteren Harmonisierung der Gesetzgebung in Bosnien und Herzegowina in Bezug auf geistiges Eigentumsrecht ausgeübt, in Folge dessen 2010 das erste spezielle Gesetz über den Schutz von Marken verabschiedet wurde, das das Gebiet der Marken in ganz Bosnien und Herzegowina geregelt hat. In dieser Arbeit begründet

der Autor die Modalitäten der Erlangung des Markenrechts, seine Laufzeit, Nutzungsbeschränkungen und Wirkungen, die dieses subjektive absolute Recht erzeugt.

Schlüsselwörter: Marke, Markenrecht, Erschöpfung, internationale Registrierung.

Riassunto

RICONOSCIMENTO, DURATA ED EFFETTI DEL MARCHIO SECONDO IL NUOVO DIRITTO AL MARCHIO IN BOSNIA ED ERZEGOVINA

Il diritto al marchio, quale segmento del sistema giuridico della Bosnia ed Erzegovina, rappresenta un insieme di regole giuridiche rinvenibili nelle fonti giuridiche. Le fonti possono essere tali in senso materiale o formale oppure possono essere dirette o indirette. Possono avere efficacia di legge o di atti subordinati alla legge. Infine, possono essere fonti nazionali od internazionali. Le moderne tendenze di evoluzione del diritto al marchio, specie sul piano internazionale, come anche nell'ambito dell'Unione europea e dell'OMPI, hanno influito sulla necessità di un'ulteriore uniformazione della legislazione della Bosnia ed Erzegovina con riferimento al diritto della proprietà intellettuale; ciò ha condotto all'emanazione della prima legge speciale sul marchio nell'anno 2010, la quale ha regolato la materia del marchio su tutto il territorio della Bosnia ed Erzegovina. Nel presente lavoro l'autore illustra le modalità di acquisto del diritto al marchio, la sua durata, le limitazioni al suo utilizzo e gli effetti che derivano da questo diritto soggettivo assoluto.

Parole chiave: marchio, diritto al marchio, esaurimento, registrazione internazionale.

DIREKTIVA O AUDIOVIZUALNIM MEDIJSKIM USLUGAMA U PRAKSI EUROPSKOG SUDA

Mr. sc. Žana Pedić
Ministarstvo financija
Zagreb

UDK:347.836:339.923(4-67EU)
Ur.: 31. kolovoza 2011.
Pr.: 10. studenoga 2011.
Stručni rad

Sažetak

U radu se definiraju audiovizualne medijske usluge, navodi povijesni razvoj zakonodavstva EU-a i analizira važeći pravni okvir Europske unije vezan uz audiovizualne medijske usluge s posebnim naglaskom na Direktivu o audiovizualnim medijskim uslugama i Direktivu „Televizija bez granica“. Također, analiziraju se temeljna načela vezana uz audiovizualne medijske usluge poput načela zemlje podrijetla i slobode primanja usluga, pravila vezana uz oglašavanje, prikriveno oglašavanje i sponzorstvo, analizira se pojam europskoga djela, načela i pravila vezana uz zaštitu maloljetnika, zabranu poticanja i širenja mržnje i diskriminacije te pravila vezana uz pristup uslugama osobama s invaliditetom. Isto tako, rad daje prikaz predmeta relevantne prakse Europskog suda vezane uz audiovizualne medijske usluge.

Ključne riječi: *audiovizualne medijske usluge, načelo zemlje podrijetla, oglašavanje, prikriveno oglašavanje, europsko djelo, praksa Europskog suda.*

I. UVOD

Povijest i početci spominjanja audiovizualnih¹ medijskih usluga u pravu EU sežu u 1973. godinu, kada je Europski sud² po prvi put potvrdio status ovim uslugama u smislu unutar članka 56. Ugovora o funkcioniranju Europske unije -

1 Direktiva o audiovizualnim medijskim uslugama, u točki 22. preambule navodi da se pojam „audiovizualno“ odnosi na pomične slike sa ili bez zvuka, što obuhvaća nijeme filmove, ali ne i radijske usluge ili usluge prijenosa zvuka.

2 Europski sud u Luksemburgu najviše je sudsko tijelo Europske zajednice i Europske unije čija je nadležnost definirana člankom 220. UEZ prema kojemu je zadaća Europskog suda osigurati poštivanje prava u interpretaciji i primjeni Ugovora. (Prema Rodin, S., Čapeta, T., Goldner Lang, I. Izbor presuda Europskog suda, Novi informator, Zagreb, 2009.)

UFEU (bivši članak 49. Ugovora o EZ) i to presudom u predmetu *Italian State v. Giuseppe Sacchi* (predmet C -155/73).³

Pravnu podlogu za djelovanje Europske unije u audiovizualnoj politici daje članak 167. Glave XII. UFEU-a (bivši članak 151. Ugovora o EZ-u), u kojemu se navodi da će Europska unija poticati suradnju između država članica i po potrebi podupirati i dopunjavati njihovo djelovanje u području umjetničkog i književnog stvaralaštva, uključujući i ono u audiovizualnom sektoru. Osim toga, uz Ugovor iz Amsterdama potpisan je i Protokol o sustavu javne radiodifuzije u državama članicama koji je potvrdio značaj javne radiodifuzije čime se utječe na funkcioniranje demokratskog društva, ispunjavanje socijalnih i kulturnih potreba građana te na medijski pluralizam.⁴

Donošenje odluka u EU u području audiovizualnih usluga vrši se u procesu suodlučivanja Vijeća EU-a i Europskog parlamenta uz savjetodavnu ulogu Odbora regija, pri čemu se odluke u Vijeću donose jednoglasno i isključuju usklađivanje zakona i drugih propisa država članica.⁵

Povijesni razvoj sekundarnog zakonodavstva EU-a u području audiovizualne politike započeo je 1989. godine, donošenjem Direktive „Televizija bez granica“⁶ i Konvencije Vijeća Europe o prekograničnoj televiziji čiji je tekst gotovo identičan. Zbog ubrzanog razvoja tehnologija i novih vrsta proizvoda i usluga u audiovizualnom sektoru ova je Direktiva izmijenjena i dopunjena 1997. godine. Direktiva „Televizija bez granica“ dala je minimum standarda za harmonizaciju dok su države mogle primjenjivati i stroža pravila. Neka od područja kojima se bavila su promicanje europskoga djela, oglašavanje, zaštita maloljetnika i sl. Jedno od najznačajnijih načela koje je uspostavila ova Direktiva, načelo zemlje podrijetla, koje podrazumijeva da je država podrijetla dužna osigurati da sve audiovizualne medijske usluge koje potječu iz te jurisdikcije zadovoljavaju kriterije i pravila iz Direktive, a druge države (eventualne primateljice takvih usluga) nemaju pravo sekundarne kontrole osim u iznimno navedenim slučajevima. Ovime se nastojala izbjeći mogućnost da jedna usluga bude provjeravana i do 27 puta, odnosno u svakoj državi članici u kojoj bi se eventualno emitirala te se ograničavanjem kontrole na državu podrijetla, nastojalo doprinijeti slobodi i većoj efikasnosti kretanja usluga na unutarnjem tržištu EU-a jer Direktiva „Televizija bez granica“ slijedi načela slobode pružanja usluga i poslovnog nastana, a članak 2. Direktive eksplicitno jamči ove slobode.⁷ Uz to što je doprinio slobodi pružanja usluga, ovakav pristup

3 Slučaj opisan u dijelu III.

4 EnterEurope - Vodič kroz informacije o Europskoj uniji, Audiovizualna politika, <http://www.entereurope.hr> (28. kolovoza 2011.).

5 EnterEurope, Audiovizualna politika EU <http://www.entereurope.hr/page.aspx?PageID=78>, (27. kolovoza 2011.).

6 Directive 89/552/EEC of the European Parliament and of the Council of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services, Official Journal of the European Union, L 95/1.

7 Burri-Nenova, M ; Cultural Diversity and the EC Audiovisual Media Services Directive: Beyond the Handsome Rhetoric, University of Bern Law School, 2009, str. 1-27.

imao je i svoju lošu stranu jer su sve druge dimenzije audiovizualnih usluga, osim ekonomske, bile zanemarene.

Zbog daljnjeg ubrzanog tehničkotehnološkog napretka i nastanka velikog broja novih i do tada nepoznatih audiovizualnih usluga, pojavila se potreba za novom cjelovitom regulacijom te je 2007. godine donesena Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o audiovizualnim medijskim uslugama (AVMS Direktiva), koja je zamijenila Direktivu „Televizija bez granica“ i o kojoj će biti riječi u ovom radu.

II. DIREKTIVA O AUDIOVIZUALNIM MEDIJSKIM USLUGAMA

Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća o audiovizualnim medijskim uslugama (AVMS Direktiva) predstavlja recentni doprinos regulaciji ovih usluga na tržištu Europske unije. Direktiva je usvojena 29. studenog 2007. godine, s rokom implementacije do kraja 2009. godine, dok je konzultacijski postupak za njeno donošenje započeo još 2003. godine.

Kao što je navedeno ranije, razlog za donošenje nove AVMS Direktive bila je nužnost da se u području audiovizualnih usluga odgovori na zahtjeve digitalne ere te da se reguliraju usluge koje prethodno nisu postojale, a koje su posljedica tehničkotehnološkog napretka u novije vrijeme. Zato se doseg nove Direktive proteže izvan okvira tradicionalnih načina emitiranja programa⁸ i tradicionalnih medijskih usluga. Ovakvo proširenje djelokruga na sve audiovizualne medijske usluge te manje zahtjevna pravila vezana uz oglašavanje, najznačajnije su promjene koje je donijela AVMS Direktiva.

Proširenje djelokruga na sve audiovizualne medijske usluge podrazumijeva da se Direktiva odnosi na linearne⁹, tj. tradicionalne medijske usluge (koje se emitiraju na temelju utvrđenog plana i programa i koje su definirane u članku 1(e)) te nelinearne medijske usluge¹⁰ (usluge „na zahtjev“, definirane u članku 1(g) Direktive).

Isto tako bitna je promjena i da AVMS Direktiva promatra audiovizualne usluge iz jednog novog kuta te im osim nesporne ekonomske dimenzije koja im je dana prethodnom Direktivom „Televizija bez granica“, daje i značajnu ulogu u razvoju demokracije, slobodi informiranja, medijskom pluralizmu, edukaciji, kulturološkom razvoju, zaštiti maloljetnika i sl.

8 Eccles, Richard, *The Audiovisual Media Services Directive*, Bird & Bird, UK, 2008., str. 1-24.

9 Linearne audiovizualne medijske usluge osigurava pružatelj medijskih usluga za istodobno gledanje programa na osnovi rasporeda programa. Drugim riječima, linearne audiovizualne usluge predstavljaju klasičan televizijski ili radio program.

10 Nelinearno emitiranje ili emitiranje na zahtjev predstavlja usluge koje pružatelj medijskih usluga pruža na individualni zahtjev korisnika na osnovi kataloga programa koji odabire pružatelj medijskih usluga. Vrijeme emitiranja određuje korisnik usluge.

Članak 1(a) Direktive koji daje definiciju audiovizualnih medijskih usluga govori o šest elemenata koji karakteriziraju ovu vrstu usluga:¹¹

- definiranost člancima 49. i 50. Ugovora o EZ-u,
- odgovornost za emitiranje snosi pružatelj usluga,
- glavna svrha je emitiranje programa koji se sastoji od pokretnih slika i može biti sa ili bez zvuka ,
- cilj je ovih usluga informirati, zabaviti ili educirati,
- namijenjene su široj javnosti te
- pružaju se putem mreže elektroničke komunikacije.

Iz navedenoga je vidljivo da su preduvjeti, da bi određena usluga uopće bila u dosegu AVMS Direktive, namijenjenost širokom krugu korisnika, odnosno znatnom dijelu opće javnosti te ekonomska narav usluga. Stoga su iz kruga usluga na koje se direktiva odnosi isključene one usluge koje su primarno neekonomske naravi, primjerice privatne internetske stranice i usluge koje generiraju privatni korisnici za potrebe korištenja i razmjene informacija internetom (e-mailovi ograničenom broju primatelja, blogovi i sl.), kao i neke druge vrste sadržaja poput igara na sreću, elektroničkih verzija novina i časopisa te usluga koje su isključivo vezane za audio sadržaj.

AVMS Direktiva je, kao i prethodna Direktiva „Televizija bez granica“, odredila minimum zahtjeva za harmonizaciju dok države članice mogu usvojiti i primjenjivati i stroža pravila.

S obzirom na postojanje različitog stupnja kontrole i mogućnosti izbora kod nelinearnih u odnosu na linearne usluge, Direktiva je odredila dvije razine pravila. Tako se na usluge „na zahtjev“ primjenjuje niža razina regulacije, odnosno osnovni paket pravila zbog toga što korisnik ima veću mogućnost nadzora nad izborom sadržaja i vremenom emitiranja, dok su pravila za linearne usluge stroža i detaljnija.

Osnovna pravila koja se primjenjuju na sve usluge obuhvaćaju načelo zemlje podrijetla i slobodu primanja usluga, suradnju nacionalnih regulatornih tijela, kvalitativna pravila vezana za oglašavanje, sponzorstvo i prikriveno oglašavanje, kvote vezane uz europsko djelo, identifikaciju pružatelja usluga, dio pravila vezan uz zaštitu maloljetnika, zaštitu od poticanja na mržnju te dostupnost usluga osobama s invaliditetom. Dodatna pravila za linearne televizijske usluge su: kvantitativna pravila vezana uz oglašavanje, ekskluzivna prava, pravo reprodukcije te stroža pravila o zaštiti maloljetnika i zaštita kulturoloških raznolikosti. Najvažniji pojmovi i pravila iz Direktive objašnjeni su u nastavku.

11 Audiovizualne usluge definirane su kao; 1.(a) usluge sukladno članku 49. i 50. Osnivačkog ugovora koje su u nadležnosti pružatelja usluga i čija je primarna svrha emitiranje programa radi informiranja, zabave ili educiranja šire javnosti elektroničkom komunikacijskom mrežom u smislu članka 2(a) Direktive 2002/21/EC. Takve audiovizualne medijske usluge su ili televizijsko emitiranje ili emitiranje na zahtjev te audiovizualna komercijalna komunikacija.

1. Načelo zemlje podrijetla i sloboda primanja usluga

Načelo zemlje podrijetla iz Direktive „Televizija bez granica“, zadržan je i u AVMS direktivi (članak 2.) kao esencijalni kriterij za uspostavu jedinstvenog tržišta koji se primjenjuje na sve audiovizualne usluge kako bi se osigurala pravna sigurnost pružatelja usluga.¹² Načelo zemlje podrijetla u Direktivi „Televizija bez granica“, bio je međutim nedovoljno jasan i precizan (što je pokazao i predmet *Commission v. United Kingdom*, C-222/94, opisan u dijelu III.). AVMS Direktiva definira načelo zemlje podrijetla na način da samo jedna država članica (zemlja podrijetla usluge) ima sudsku nadležnost nad pojedinačnim pružateljem audiovizualnih medijskih usluga. Zemlja podrijetla mora kontrolirati uslugu u smislu usklađenosti s pravilima iz Direktive (članak 2.) dok, zemlja primateljica usluge, ne može vršiti sekundarnu kontrolu osim u iznimnim slučajevima. Ovo načelo podrazumijeva da pružatelj usluga, čiji je poslovni nastan u jednoj državi članici mora poslovati u skladu s pravilima upravo te države članice čak i kada su primatelji njegovih usluga u drugoj zemlji članici.¹³ Osim što ovo načelo omogućuje brži protok usluga i doprinosi razvoju zajedničkoga tržišta EU-a, on potencijalno stvara i mogućnost zloraba poslovnog nastana na način da određeni pružatelji medijskih usluga mogu migrirati u jurisdikcije čija su pravila manje zahtjevnja.¹⁴ Ipak, Direktiva predviđa mehanizme kontrole u takvim slučajevima čime je olakšan posao Europskog suda.

Načelo zemlje podrijetla nije uvijek bio dobro prihvaćen te ga je 2005. godine, čak 13 zemalja članica osporavalo, Međutim, unatoč tomu, nova ga je Direktiva potvrdila i izrijekom navela u preambuli: „temeljno načelo Direktive 89/552/EEC, naime, načelo zemlje podrijetla i zajedničkih minimalnih standarda potvrdili su svoju vrijednost i kao takvi trebaju biti zadržani“.¹⁵

Također, države primateljice audiovizualnih usluga nisu, zbog postojanja načela zemlje podrijetla potpuno nemoćne pred eventualnim nepoštivanjem svojih pravila. One mogu ograničiti ili čak zabraniti emitiranje programskih sadržaja kojima se krše njihova nacionalna pravila, ali samo ukoliko se ujedno radi i o kršenju pravila iz Direktive te ukoliko je do povrede došlo najmanje dva puta u prethodnih 12 mjeseci. U slučaju kada je programski sadržaj temeljen na rasnoj, seksualnoj, vjerskoj ili nacionalnoj netrpeljivosti ili se radi o povredi prava maloljetnika, država primateljica usluga također može ograničiti ili zabraniti emitiranje.

12 Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting services, Official Journal of the European Union, L 332/27.

13 Valcke, Peggy, *The new AVMS Directive*, IES Spring Lecture Series Rethinking European Media and Communications Policies, ICRI K.U. Leuven-IBBT, 2008, str. 127-164.

14 Le Goueff, S. : *The Proposed Audiovisual Media Services Directive: challenges to the country of origin principle*, Avocat à la Cour, Luxembourg / Lawyer, Luxembourg, 2007, str. 1-11.

15 Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting services, Official Journal of the European Union, L 332/27.

2. Kvalitativna i kvantitativna pravila vezana uz oglašavanje, prikriveno oglašavanje i sponzorstvo

AVMS direktiva detaljno definira pravila vezana uz oglašavanje.¹⁶ Novina koju je Direktiva donijela jest ublažavanje kvantitativnih ograničenja. Direktiva liberalizira i modernizira postojeća pravila te donosi tehnička pravila koja predstavljaju minimum zahtjeva koje države članice EU-a moraju ispunjavati. Direktiva poziva pružatelje medijskih usluga da razviju kodekse ponašanja prema djeci kako bi se zabranili sadržaji koji štetno utječu na taj dio populacije. U pogledu tehničkih pravila vezanih uz razmak između dva bloka reklama, nova je Direktiva povoljnija za poduzetnike (razmak između dva bloka reklama smanjen je sa 45 na 30 minuta). Ukinuto je i ograničenje od tri sata reklama na dan dok je ograničenje od 12 min po satu ostalo na snazi. Zahtjevi u pogledu oglašavanja koji se odnose na sve usluge navedeni su u člancima 9., 10. i 11. Direktive, a države članice mogu uvesti i stroža pravila ukoliko to smatraju potrebnim.

U članku 9. navedeno je da se oglašavanje mora moći prepoznati kao takvo i ne smije se služiti subliminalnim tehnikama ili predrasudama, ne smije promicati diskriminaciju bilo koje vrste ili ohrabrivati predrasude.

Isto tako, oglašavanje duhanskih proizvoda i lijekova koji se izdaju na recept je zabranjeno, a oglašavanje alkoholnih pića ne smije biti namijenjeno maloljetnicima ili ih ohrabrivati na konzumaciju.

Sukladno točki 102. preambule, svaka fizička ili pravna osoba čije pravo bude povrijeđeno emitiranjem neprikladnih (diskriminirajućih i sl.) sadržaja, ima pravo prigovora ili drugog ekvivalentnog pravnog lijeka.

Dok je Direktiva „Televizija bez granica“ zabranjivala **prikriveno oglašavanje** („product placement“), odnosno pojavljivanje robe, usluga, imena, zaštitnog znaka proizvođača robe ili pružatelja usluga u programima i propisivala da oglašavanje mora biti strogo odijeljeno od sadržaja programa, AVMS Direktiva dopušta prikriveno oglašavanje, ali pod strogo određenim uvjetima i u određenom tipu emisija (definicija prikrivenog oglašavanja dana je u članku 1.a.(ii): (j) i (m)).¹⁷

16 AVMS Direktiva definira „audiovizualnu komercijalnu komunikaciju“ u članku 1(1)(h) kao slike sa ili bez zvuka koje su oblikovane za izravno ili neizravno promicanje roba, usluga ili imidža fizičke ili pravne osobe koja se bavi gospodarskom aktivnošću. Takve slike prate ili su uključene u program u zamjenu za plaćanje ili sličnu naknadu ili radi samopromidžbe. Oblici audiovizualne komercijalne komunikacije uključuju, između ostalog, televizijsko oglašavanje, sponzorstvo, teletrgovinu i plasman proizvoda.

17 'Prikrivena audiovizualna komercijalna komunikacija' označava predstavljanje riječima ili slikom robe, usluga, imena, zaštitnog znaka ili djelatnosti proizvođača robe ili pružatelja usluga u programima, kada je namjera pružatelja medijske usluge koristiti takvo predstavljanje kao oglašavanje što može zavarati javnost u pogledu njegovog karaktera. Takvo se predstavljanje smatra namjernim, posebno ako je izvršeno u zamjenu za plaćanje ili sličnu naknadu. „Plasman proizvoda“ podrazumijeva bilo koji oblik audiovizualne komunikacije koji se sastoji od uključivanja proizvoda u program ili upućivanja na proizvod, uslugu ili trgovačku marku u zamjenu za novčanu ili drugu naknadu.

Prikriveno oglašavanje i dalje je zabranjeno u informativnom, dječjem, dokumentarnom i savjetodavnom programu te se njime ne smiju reklamirati duhanski proizvodi, lijekovi koji se izdaju na recept i alkohol (u emisijama namijenjenim maloljetnim osobama), a dopušteno je u filmovima, serijama, sportskom i zabavnom programu. Gledatelji međutim moraju biti obaviješteni o tomu da emisija sadrži prikriveno oglašavanje na početku i kraju emisije te nakon bloka reklama. Ovakvo oglašavanje može biti plaćeno u novcu ili sličnoj naknadi (rekviziti, nagrade).

Obveze i pravila vezana uz prikriveno oglašavanje, ne primjenjuju se na program koji europske televizijske kuće nisu same proizvele nego su ga uvezle iz drugih zemalja u kojima ne postoji ovakva obveza. U potonjem slučaju, radi zaštite svojih gledatelja, zemlje članice EU-a imaju pravo zabraniti prikriveno oglašavanje, tj. primijeniti strože mjere od onih u Direktivi.¹⁸

Dok se kod prikrivenog oglašavanja, proizvodi, usluge, logo i sl. pojavljuju u sklopu programa, **sponzorstvo** (definirano u članku 1.a.(ii) (k))¹⁹ i **teletrgovina** (definirana člankom 1.a. (ii) (l))²⁰ plaćeni su vidovi promidžbe koji nisu ugrađeni u sadržaj programa. Sukladno članku 10. Direktive, sponzori ne smiju utjecati na sadržaj programa tako da ugroze odgovornost i neovisnost pružatelja usluga. Sponzorirani programi ne smiju izravno poticati na kupnju ili iznajmljivanje proizvoda i usluga, moraju biti identificirani kao takvi. Duhanski proizvodi i lijekovi koji se izdaju na recept ne smiju se pojavljivati u sponzoriranim programima. Sponzorstvo i prikriveno oglašavanje ne smiju utjecati na odgovornost i uredničku neovisnost pružatelja usluga.

3. Europsko djelo

Europska unija zadržala je i u novoj AVMS direktivi kvote koje obvezuju televizijske kuće da, kada god je to moguće, emitiraju europski program (ovo pravilo ne odnosi se na informativni, sportski i zabavni program te oglašavanje).

U smislu AVMS Direktive, članak 1.n, (1) Europska djela su: (i) djela koja potječu iz država članica Europske unije, (ii) djela koja potječu iz europskih država koje su članice Europske konvencije o prekograničnoj televiziji te ispunjavaju uvjete propisane stavkom 3. ovoga članka, (iii) djela koja su proizvedena u koprodukciji u okviru sporazuma koji se odnose na audiovizualni sektor i koji su sklopljeni između Europske unije i trećih zemalja te koja ispunjavaju uvjete definirane u svakom od tih sporazuma. (2) Odredbe stavka 1. podstavka 2. i 3. ovoga članka odnose se samo

18 EnterEurope - Vodič kroz informacije o Europskoj uniji: EU u fokusu, Usvojena nova direktiva o audiovizualnim uslugama, <http://www.entereurope.hr> (01. rujna 2011.)

19 'Sponzorstvo' označava svaki doprinos javnog ili privatnog trgovačkog društva ili fizičke osobe koja nije uključena u pružanje audiovizualnih medijskih usluga ili produkciju audiovizualnih djela, financiranju audiovizualnih medijskih usluga ili programa radi promicanja svog imena, zaštitnog znaka, imidža, svoje djelatnosti ili proizvoda.

20 'Teletrgovina' podrazumijeva izravne ponude koje se u zamjenu za plaćanje emitiraju javnosti radi nabave roba ili usluga, uključujući nepokretnu imovinu, prava i obveze.

na države u kojima audiovizualna djela koja potječu iz država članica Europske unije nisu predmetom diskriminacijskih mjera. 3) Djela iz stavka 1. podstavka 1. i 2. ovoga članka su ona koja su ostvarili pretežito autori i radnici s prebivalištem u državi ili državama iz stavka 1. podstavka 1. i 2. ovoga članka ako udovoljavaju jednom od sljedećih uvjeta: ako su proizvođači tih djela osnovani u jednoj ili više navedenih država, ili ako je pojedino djelo nastalo pod stvarnim nadzorom jednoga ili više proizvođača koji su osnovani u jednoj ili više navedenih država, ili ako je doprinos koproducenta iz navedenih država prevladavajući u odnosu na ukupne troškove koprodukcije, a koprodukciju ne nadzire jedan ili više proizvođača osnovanih izvan navedenih država.

Djela koja se ne smatraju europskim djelima u smislu stavka 1. ovoga članka, a nastala su u okviru bilateralnih koprodukcijskih ugovora sklopljenih između država članica Europske unije i trećih država, smatrat će se europskim djelima ako većinski dio ukupnih troškova proizvodnje snose koproducenti iz Europske unije, a proizvodnju ne nadzire jedan ili više proizvođača osnovanih izvan područja država članica Europske unije.

Države članice moraju osigurati promicanje europskoga djela i to ne samo pružatelja linearnih, nego i nelinearnih usluga („na zahtjev“). Europska djela moraju činiti većinu objavljenog programa na godišnjoj razini, a minimalan udio europskih djela na godišnjoj razini mora iznositi najmanje 10% vremena emitiranja programa. Prilikom računanja vremena emitiranja, ne ubraja se vrijeme namijenjeno vijestima, sportskim događanjima, igrama, oglašavanju, teletekstu i teletrgovini.

4. Zaštita maloljetnika, zabrana poticanja i širenja mržnje ili diskriminacije, pristup uslugama osobama s invaliditetom

Zaštita maloljetnika regulirana je člancima 27. i 12. Direktive. Zabrana poticanja i širenja mržnje ili diskriminaciju na temelju rase, etničke pripadnosti, boje kože, spola, jezika, vjere, političkog ili drugog uvjerenja, nacionalnog ili socijalnog podrijetla i drugih obilježja regulirana je člankom 6., a pristup uslugama osoba s invaliditetom člankom 7.

Mjere je potrebno pažljivo uskladiti s temeljnim pravom na slobodu izražavanja, a u slučaju zaštite maloljetnika veliku ulogu igra sustav filtriranja i označavanja. Pružatelji medijskih usluga moraju poštivati odredbe Okvirne odluke Vijeća 2004/68/PUP od 22. prosinca 2003. o borbi protiv spolnog iskorištavanja djece i dječje pornografije.²¹

Mjere za zaštitu maloljetnika kod linearnih usluga nalaze se u članku 27. koji striktno navodi da programski sadržaji ne smiju sadržavati bilo kakve sadržaje koji utječu na fizički, mentalni ili moralni razvoj maloljetnika, posebice pornografiju ili nasilje. S druge strane, na nelinearne usluge odnosi se članak 12. koji navodi da takvi sadržaji mogu postojati, ali ne smiju biti dostupni maloljetnicima.

²¹ European Commission, Application and Implementation, http://ec.europa.eu/avpolicy/reg/twvf/implementation/index_en.htm (30. kolovoz 2011.)

Članak 6. o zabrani diskriminacije navodi da audiovizualne medijske usluge ne smiju sadržavati nikakav oblik poticanja na rasnu, seksualnu, vjersku ili nacionalnu mržnju.

U pogledu osoba s invaliditetom, članak 7. Direktive navodi da su države članice dužne ohrabriti pružatelje usluga da osiguraju dostupnost usluga osobama s oštećenjima vida i sluha.

5. Suradnja država članica

Suradnja država članica Europske unije po pitanju provođenja Direktive potencijalno je problematična jer, kao i kod ostalih direktiva, država članica može izabrati način implementacije, a isto tako i stupanj odnosno snagu pojedinih mjera kod kojih je određen minimum zahtjeva. Stoga se u praksi mogu pojaviti problemi kada države imaju različitu razinu sankcija za pojedine prekršaje i sl. Ovakve situacije mogu potaknuti pružatelje usluga da svoje sjedište imaju u onoj zemlji čija im pravila potencijalno „najviše odgovaraju“ i sl. Međutim, kod ocjene takvih postupaka pred Europskim sudom, u obzir se uzima nivo prihoda od oglašavanja, jezik na kojemu se program emitira i druge vrste komercijalnih usluga koje se pružaju kako bi se utvrdilo u čijoj je zapravo nadležnosti pojedini pružatelj audiovizualnih usluga.

6. Identifikacija pružatelja usluga

Jasna identifikacija pružatelja audiovizualne usluge predstavlja minimum zahtjeva koji mora biti ispunjen kod svih vrsta audiovizualnih medijskih usluga. Pri tomu identifikacija uključuje; ime, adresu, kontakt podatke pružatelja usluga te regulatornu i nadzornu instituciju tamo gdje je to moguće. Ovo pravilo navedeno je u članku 5. Direktive.

7. Pravo na informaciju

Još jedna novost koju je donijela AVMS direktiva jest pravo na informaciju događajima bitnim za širi krug ljudi putem kratkih isječaka (članci 14. i 15. Direktive). Ovo pravilo podrazumijeva da je televizijski kanal, koji ima ekskluzivno pravo emitiranja određenih događaja značajnih za širok krug gledatelja, dužan dopustiti prikazivanje kratkih isječaka radi pripreme općih vijesti i drugim pružateljima usluga, po pravednim, razumnim i nediskriminirajućim uvjetima. Ekskluzivni nakladnik dužan je te uvjete priopćiti prije emitiranja događaja od velikog interesa i dati dostatno vremena drugima za ostvarivanje prava na informaciju.

III. RAZVOJ PRAKSE EUROPSKOG SUDA U PODRUČJU AUDIOVIZUALNIH MEDIJSKIH USLUGA

Sudska praksa prije donošenja direktiva

Predmet Italija v. Sacchi C -155/73 datira u rane 1970-te godine kada je javna televizija RAI bila monopolist u Italiji i jedina autorizirana za emitiranje programa. Giuseppe Sacchi, bivši urednik na televiziji RAI, pokrenuo je 1971. godine prvu slobodnu televizijsku postaju Telebiella u Bielli te započeo s emitiranjem programa u travnju 1972. Televizijska postaja emitirala je vijesti i informacije. Međutim, talijanska vlada je zatražila od Sacchia ukidanje Telebielle. Predmet je završio na sudu i talijanski sud uputio je prethodno pitanje Europskom sudu je li postojanje isključivo državne televizije u suprotnosti s tržišnim slobodama u Europskoj uniji. Europski sud je ovdje po prvi put ustvrdio da je **emitiranje programa ekonomska aktivnost koja spada u područje slobode pružanja usluga iz osnivačkog ugovora (Rimski ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice)**, a ne javna usluga koju isključivo pružaju državne organizacije. Europski sud prihvatio je postojanje državne televizije jer članak 86. Ugovora izravno ne zabranjuje državnu televiziju, međutim, državna televizija nije izuzeta od pravila konkurencije osim u slučaju ispunjavanja neke određene misije koju joj može dati država.

Procureur du Roy v. Marc J.V.C. Debauve, C-52/79- Debauve case - U ovom predmetu radilo se o tri francuska kabela operatera koji su emitirali oglašavanje gledateljima kabela televizije u Belgiji. Belgijsko zakonodavstvo iz toga vremena branilo je oglašavanje, no francusko zakonodavstvo ga je dopuštalo. Sud je zaključio da **tvrtke iz inozemstva koje emitiraju ovakav program moraju biti usklađene s njihovim domaćim zakonodavstvom, a ne zakonodavstvom zemlje primateljice usluge**. Ova je presuda pokazala u kojem smjeru će ići razvoj europskog zakonodavstva te je bila izravna podloga za donošenje Direktive „Televizija bez granica“ i uvođenje načela zemlje podrijetla.²²

Predmeti nakon donošenja Direktive „Televizija bez granica“

Za Direktivu „Televizija bez granica“ može se reći da je bila dosta općenita i neprecizna, a jedno od najvažnijih načela koje je uspostavila bilo je načelo zemlje podrijetla iz članka 2. stavak 2. ove Direktive te se sudska praksa iz tog vremena većinom svodila na predmete u kojima je dominantan problem bio vezan uz primjenu ovoga načela. S obzirom da je Direktiva bila više naklonjena ekonomskim interesima, a manje njegovala kulturološku dimenziju pravila vezanih uz audiovizualne usluge, presude iz tog vremena (prije AVMS Direktive) donošene su većinom u korist države podrijetla, odnosno protiv države primateljice usluga.²³

22 Harcourt, A. *Institution-Driven Competition: The Regulation of Cross-Border Broadcasting in the EU*, European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European Forum Series. Italy, 2004., str. 293-317.

23 Haug, T. W.; *The new Audiovisual Media Services Directive as a missed opportunity in view of the protection of children and young people against harmful influences of advertisement in nowadays media*, European Law EUoparecht, 2008., str. 1-7.

Commission of the European Communities v. Kingdom of the Netherlands, C-353/89 – prvi je predmet nakon donošenja Direktive „Televizija bez granica“. Sukladno tada važećem zakonodavstvu u Nizozemskoj, stranim pružateljima medijskih usluga bilo je zabranjeno emitirati programe s nizozemskim reklamama namijenjene nizozemskim gledateljima. Presuda je donesena protiv Nizozemske jer je njeno zakonodavstvo predstavljalo izravno kršenje obveza iz članka 59. Ugovora²⁴ te je morala pristupiti promjenama zakonodavstva i većoj liberalizaciji. No, i novi zakon koji je Nizozemska donijela 1991. ostao je poprilično striktan.

Iako se načelo zemlje podrijetla činilo neprikosnovenim, zbog mogućih zloraba u smislu osnivanja tvrtke u državi članici s jednostavnijim propisima, a fokusiranjem svojih aktivnosti i emitiranjem programa u drugim državama članicama, Europski sud je u predmetu **TV10 SA v. Commissariaat voor de Media, C-23/93**, zaključio da **države članice mogu poduzeti mjere protiv tvrtki osnovanih u drugoj državi članici**, ukoliko se aktivnosti te kompanije, u cijelosti ili u glavini odvijaju izvan zemlje u kojoj su osnovane ili kada je osnivanje tvrtke u drugoj državi članici motivirano izbjegavanjem pravila. U tom slučaju, država u kojoj tvrtka djeluje, može primjenjivati ista pravila koja primjenjuje na nacionalne tvrtke.

Nadalje, u predmetu **Commission v. United Kingdom, Case C-222/94**, radilo se o tomu da je zakonodavstvo u UK sadržavalo definiciju domaćih i stranih satelitskih usluga. Stoga je Komisija morala pred Europskim sudom dati potpunu i točnu interpretaciju Direktive „Televizija bez granica“.

Komisija je smatrala da je određivanje nadležnosti za satelitsko emitiranje suprotno članku 2(1) Direktive te da određivanje nadležnosti po načelu *ratione personae* može dovesti do preklapanja zakona i pravnih praznina, jer i onda kada je određena tvrtka osnovana u više država, i dalje samo jedna država članica ima nadležnost nad tom tvrtkom. Problem je pričinjavala nejasna definicija načela zemlje podrijetla u Direktivi „Televizija bez granica“ te se Europski sud pozvao na članak Ugovora o EZ -u koji govori o pravu na poslovni nastan, kako bi se izbjegla sekundarna provjera usluge²⁵ (u zemlji primateljici usluge). **Europski sud je zaključio da države članice moraju imati međusobno povjerenje jedna u drugu u smislu nadzora nad poštivanjem odredaba iz Direktive.**

Slučaj Commission v. Belgium, C-11/95, ponovno je potvrdio načelo zemlje podrijetla iz Direktive. U ovom slučaju, belgijsko je zakonodavstvo (i flamanško i valonsko) zahtijevalo da pružatelj usluge, čije je sjedište izvan Belgije, prije emitiranja mora ishoditi prethodno odobrenje koje je izdala država u kojoj ima sjedište. Europski sud je donio presudu protiv Belgije uz obrazloženje da zemlja primateljica nije ovlaštena provoditi ovakav vid nadzora te da ona može samo iznimno zabraniti pružanje usluga u posebnim slučajevima navedenim u Direktivi.²⁶

24 EEC Treaty - Ugovor o osnivanju Europske zajednice (Rimski ugovor).

25 Little, V.; Audiovisual Media Services Directive: Europe's Modernization of Broadcast Services Regulations, 2008., str. 1-14.

26 Korthals Altes W. F., Television Without Frontiers in the European Union: The Commission Moves Broadcasting to new Grounds, 16 Media L. & Pol'Y, 2007., str. 1-30.

Nadalje, nekoliko slučajeva koji su završili pred Europskim sudom a vezani su uz primjenu Direktive „Televizija bez granica“ bilo je povezano s pitanjima zaštite djece od neprimjerenog oglašavanja (većinom se radi o slučajevima skandinavskih zemalja).

Povezani predmeti E-8/94 i E9/94 – Forbrukerombudet v. Mattel Scandinavia A/S i Lego Norge A/S (1996). U ovim predmetima radilo se o TV kući TV3 sa sjedištem u Ujedinjenom Kraljevstvu, koja je u Norveškoj emitirala reklame namijenjene djeci tvrtki Mattel i Lego. Pravobranitelj je zatražio od tvrtki Mattel i Lego da prekinu emitiranje svojih reklama, a nakon što su one to odbile, pravobranitelj se obratio tržišnom vijeću Norveške (Markedstradet) pozivajući se na norveški Zakon iz 1992. koji je zabranjivao reklame u dječjem programu i reklame namijenjene djeci. Tržišno vijeće obratilo se EFTA sudu (za nečlanice EU-a) tražeći mišljenje o interpretaciji Direktive te je li potrebno poduzimati mjere protiv tvrtki Mattel i Lego. Sud je rekao da je glavna svrha Direktive osigurati slobodu pružanja usluga te da se Direktiva temelji na načelu zemlje podrijetla. Stoga je država podrijetla usluge dužna osigurati da je televizijsko emitiranje koje potječe iz te države članice u skladu s pravilima iz Direktive. Sud je zaključio da bi ograničavanje oglašivača predstavljalo ujedno i ograničavanje pružatelja usluga emitiranja kojim se oglašavač oglašava. Isto tako, Sud je zaključio da ukoliko usluge zadovoljavaju pravila zemlje podrijetla, ograničavanje emitiranja od strane primateljice suprotno je pravilima iz Direktive. Stoga je odvratio Norvešku od poduzimanja mjera protiv Mattela i Lego-a uz napomenu da bi mjere bile dozvoljene samo ako bi se radilo o zavaravajućem oglašavanju.

U predmetu Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) ForlagAB C-34/95 radilo se o zabrani oglašavanja namijenjenog djeci mlađoj od 12 godina i nepoštenog oglašavanja u Švedskoj.

Predmeti su vezani uz televizijsko oglašavanje proizvoda za njegu kože i deterdženata djeci mlađoj od 12 g. u Švedskoj. Oglašavanje se odnosilo na tvrtku De Agostini čije je sjedište bilo u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Švedska je, kao i Norveška, imala stroža pravila vezana za oglašavanje. Iako je već bio donio odluku protiv tvrtke De Agostini, Trgovački sud Švedske povukao je odluku i uputio Europskom sudu prethodna pitanja:

- zabranjuje li članak 2(2) Direktive 89/552/EEC poduzimanje mjera države primateljice usluge oglašavanja protiv oglašivača
- mogu li se švedska pravila o oglašavanju primijeniti na oglašavanja čije je podrijetlo u drugoj državi članici, a emitirana je od pružatelja usluge čije je sjedište izvan Švedske.

Sud je odgovorio da se švedska pravila o oglašavanju mogu primijeniti na oglašavanje iz drugih zemalja podrijetla samo ukoliko nisu suprotna slobodi kretanja usluga i dodao da Direktiva „Televizija bez granica“ sadrži pravila o oglašavanju usmjerenom djeci. U slučaju kada bi Švedska primjenjivala svoja pravila i provjeravala oglase pristigle iz drugih zemalja članica EU-a, radilo bi se o sekundarnoj kontroli koja je suprotna načelu zemlje podrijetla iz Direktive. Ujedinjeno Kraljevstvo

je država članica EU-a, implementirala je Direktivu i ima neovisnu Komisiju koja je zadužena za ovaj vid nadzora.

Oglašavanje koje je izvršila u Švedskoj tvrtka De Agostini, nije subjekt švedskog zakona, nego zakona zemlje podrijetla što je u ovom slučaju bilo Ujedinjeno Kraljevstvo. Europski sud ovime je potvrdio mišljenje EFTA suda.

Iz prethodne dvije presude proizlazi da je Europski sud temeljio svoju praksu prvenstveno na zaštiti ekonomskih interesa i osiguranju nesmetanog kretanja usluga dok je manje ulazio u zaštitu prava pa čak i maloljetnih osoba.

U predmetu **Mediakabel BV/Commissariaat voor de Media, C-89/04**, nizozemski pružatelj audiovizualnih usluga Mediakabel, nudio je usluge *pay-per-view* (plati koliko pogledaš) pod imenom Filmtime. Usluga se nudila tako da je ponuđen katalog filmova iz kojih korisnik usluge može izabrati film (telefonom ili daljinskim upravljačem). Nakon identifikacije i plaćanja usluge, primatelj usluge bi dobio zaporku koja mu je omogućavala izbor jednog od 60 filmova koliko je bilo ponuđeno svakoga mjeseca. Commissariaat voor de Media smatrao je ove usluge televizijskim programom u smislu Direktive „Televizija bez granica“ budući da je namijenjen širokom krugu gledatelja, jer se neprestano emitira pa se ne može smatrati uslugom na zahtjev i na taj način je dio televizijskog programa te je tražio od Mediakabela pribavljanje licence za emitiranje ovakvog programa. Mediakabel se žalio na tu odluku te naveo da se radi o interaktivnoj usluzi koja se pruža na zahtjev i spada u kategoriju usluga informacijskog društva (IT usluga) za koje nije potrebno licenciranje. S obzirom na neuobičajenost usluge, postavilo se pitanje koja je ispravna definicija ovakvih usluga te jesu li one u djelokrugu Direktive „Televizija bez granica“. Prethodno pitanje poslano je Europskom sudu koji je zaključio da takva usluga, koja uključuje televizijski prijenos usmjeren gledanju nedefiniranog broja korisnika predstavlja uslugu televizijskog emitiranja i kao takva je predmet regulacije Direktive „Televizija bez granica“. Način na koji se emitiranje vrši nije presudan element za donošenje ove prosudbe. Kasnije, donošenjem nove AVMS Direktive, ovakva pitanja više nisu bila dvojbena jer se nova Direktiva odnosi na sve vrste medijskih usluga pa tako i usluge „na zahtjev“.

U članku iz 2007. godine, Korthals Altes²⁷ međutim postavlja pitanje zašto je nova AVMS Direktiva razlikovala primjenu pravila kada se radi o linearnim odnosno nelinearnim uslugama, tj. zašto su pravila vezana za nelinearne usluge („na zahtjev“) blaža, odnosno za linearne usluge stroža.²⁸ Komisija je smatrala da je veći regulatorni teret stavljen na linearne usluge logičan. Usluge „na zahtjev“ blaže su regulirane jer se većinom radi o novim vrstama usluga, često ih pružaju male ili srednje tvrtke koje možda nisu u mogućnosti nositi se sa snažnijom regulacijom ili kao rezultat strože regulacije mogu otići iz Europe. Stoga je namjera bila staviti teži teret na pružatelje usluga koji su bili obuhvaćeni i Direktivom „Televizija bez granica“.

27 Korthals Altes, W. F., op.cit. u bilj. 27, str. 16

28 AVMS Direktiva sadrži osnovni set pravila koja se primjenjuju na sve usluge te dodatnu regulaciju koja se primjenjuje samo na linearne usluge.

Još jedno od problematičnih područja je prikriveno oglašavanje. Dok je Direktiva „Televizija bez granica“ zabranjivala ovaj vid oglašavanja, nova AVMS Direktiva ga dopušta uz poštivanje posebnih pravila. Slučaj vezan uz ovu temu je **predmet Eleftheri Tileorasi AE „Alter Channel“ C-52/10**, u kojemu je grčki sud uputio Europskom sudu prethodno pitanje o tomu treba li Direktivu interpretirati na način da je plaćanje usluge nužan preduvjet da bi se radilo o prikrivenom oglašavanju.

Pozadina slučaja je ta da je privatni TV kanal „Alter Channel“ prilikom prikazivanja programa, prikazao zubni tretman pacijenta s tri sekvence, prije, tijekom i nakon tretmana pri čemu je voditelj razgovarao sa stomatologom koji je ustvrdio da se radi o svjetskoj inovaciji. Nacionalno vijeće Grčke za radio i televiziju odredilo je kaznu od 25000 EUR tvrtci, koja je vlasnik TV kanala (Eleftheri tileorasi) i predsjedniku tvrtke. S obzirom da je protuargument kažnjenih bio da za ovu uslugu emitiranja nije plaćena naknada, grčki sud je uputio gore navedeno prethodno pitanje. U svom odgovoru, Europski sud je naglasio da je cilj Direktive osigurati zaštitu interesa gledatelja te da oglašavanje mora ispunjavati minimum pravila iz Direktive. Prikriveno oglašavanje mora ispunjavati određene kriterije i gledatelji moraju biti obaviješteni o ovom vidu oglašavanja. Nepostojanje plaćanja može biti indikativno, ali ono ne znači nužno da nije postojala namjera prikrivenog oglašavanja.

U posljednje vrijeme, u središtu zanimanja su i usluge od javnog interesa čije emitiranje ne smije biti ograničeno zbog važnosti emitiranja za široki krug gledatelja/slušatelja. U predmetu **FIFA v Commission T-385/07**, Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo sastavili su popis televizijskih prijenosa koje su smatrale važnima za svoje društvo. U slučaju Belgije, radilo se o svim utakmicama Svjetskog prvenstva u nogometu koje su u domeni FIFA-e, a u slučaju Ujedinjeno Kraljevstvo, o svim utakmicama Svjetskog prvenstva (FIFA) i Europskog prvenstva - EURO (UEFA). AVMS Direktiva dopušta državama članicama ovakvo postupanje u slučajevima kada procijene da su određeni događaji iznimno važni za njihovo stanovništvo (pravo na informaciju) i zabranjuje ekskluzivno emitiranje događaja od važnosti za široku javnost. Komisija je zahtjev Belgije i Ujedinjenog Kraljevstva smatrala kompatibilnim s Direktivom, međutim, FIFA i UEFA slučaj su dovele pred Europski sud tvrdeći da se ne mogu sve utakmice ova dva natjecanja smatrati relevantnim za gledateljstvo u ove dvije zemlje. Europski sud je ustvrdio da u odsustvu potpune harmonizacije na nivou EU-a koja bi definirala koji se točno događaji mogu smatrati relevantnima za države članice, princip je individualan, odnosno, neke zemlje mogu smatrati da su samo prime i gala utakmice²⁹ od općeg značaja za njihovo gledateljstvo dok druge države članice mogu smatrati da su od opće važnosti također i one koje nisu prime i gala utakmice te da i njih treba uvrstiti na popis. Iz toga razloga, Sud je zaključio da Komisija nije učinila grešku dopuštajući da Belgija i Ujedinjeno Kraljevstvo sastave listu uvrštavajući sve utakmice EURO-a, odnosno Svjetskog prvenstva u relevantne događaje za njihovo gledateljstvo.

29 Prime utakmice - polufinale, finale i utakmice u kojima igra nacionalni tim; gala utakmice: utakmica kojom se otvara prvenstvo i finalna utakmica.

IV. ZAKLJUČAK

Potaknuto razvojem tržišta i pojavom novih audiovizualnih medijskih usluga, razvijalo se i zakonodavstvo Europske unije. Taj razvoj nije baš uvijek tekao usporedno te je bilo manjih i većih raskoraka, odnosno u određenim etapama postojale su pravne praznine u zakonodavstvu Unije koje su ostavljale određene dvojbe i otežavale posao Europskom sudu. Međutim, kao i u drugim područjima koja regulira zakonodavstvo Europske unije, Sud je u takvim situacijama ne samo provodio nego i stvarao novo pravo EU te nudio logična rješenja koja su bila podloga za nadogradnju pravnih pravila.

Tek donošenje AVMS Direktive omogućilo je popunjavanje pravnih praznina koje su bile posljedica nepokrivenosti dijela područja audiovizualnih usluga bilo kakvim vidom regulacije. Budući da se nova Direktiva odnosi na sve vrste AVMS usluga, i linearne i nelinearne te da usluge nisu pojedinačno definirane čime je ostavljen prostor za pojavu novih usluga, ovaj je problem riješen. Prema nekim autorima, i nova Direktiva ostavlja određene dvojbe, npr. različitu razinu regulacije linearnih i nelinearnih usluga. Međutim, stroža regulacija linearnih usluga čini se posve logičnom ne samo zbog obrazloženja o novim tvrtkama kojima treba dati vremena za prilagodbu kako ne bi otišle s teritorija EU-a, nego i zbog toga što pojedinac uistinu ima veći nadzor nad sadržajima usluga „na zahtjev“ i vremenom emitiranja istih, dok su linearni sadržaji „nametnuti“ širokom krugu gledateljstva te oni moraju poštivati načela na kojima se temelji Europska unija.

Općenito, razvoj sudske prakse u području audiovizualnih medijskih usluga poprilično je dosljedan i logičan za razliku od nekih područja prava EU gdje je Sud dosta „vrludao“ u svojim ocjenama te ponekad donosio i dijametralno suprotne odluke, odnosno u potpunosti mijenjao smjer. U ovom je području, Sud korak po korak dosljedno gradio svoj sustav vrijednosti. Jedina promjena koja se uočava u praksi Europskog suda jest prijašnja veća koncentracija na osiguranje tržišnih sloboda i današnje „skretanje“ prema zaštiti nekih drugih interesa (kulturološke razlike, zaštita maloljetnika i sl.). Što će biti s daljnjim razvojem sudske prakse nakon što je doseg nove Direktive proširen na sve audiovizualne medijske usluge, a za čiju je implementaciju rok bio do kraja 2009. godine, tek ostaje za vidjeti jer se sudska praksa još uvijek temelji na problemima iz Direktive „Televizija bez granica“.

Vezano uz prikriveno oglašavanje, nejasno je zašto ga AVMS Direktiva dozvoljava (Direktiva „Televizija bez granica“ ga je zabranjivala) te se argumenti poput daljnje liberalizacije usluga čine neopravdanim imajući u vidu potencijalne štete i kompliciranost utvrđivanja postojanja, odnosno nepostojanja prikrivenog oglašavanja. Iako, državama članicama ostaje mogućnost uvođenja strožih pravila i potpune zabrane ovakvog vida oglašavanja.

Potencijalni prostor za manipulacije kod prikrivenog oglašavanja svakako je i taj da se pružatelji usluga mogu jednostavno registrirati izvan Europske unije i time izbjeci pravila iz Direktive, što je posebice „atraktivno“ za pružatelje usluga „na zahtjev“.

Unatoč tomu, može se zaključiti da AVMS Direktiva donosi dosta pozitivnih novina u funkcioniranju tržišta audiovizualnih medijskih usluga poput jačanja prava na informaciju, zaštite djece od neprikladnih reklamnih sadržaja i sl., a primjena Direktive i smjerovi razvoja tržišta pokazat će i koje su slabe točke koje će trebati doraditi i ažurirati.

Summary

AUDIOVISUAL MEDIA SERVICES DIRECTIVE IN THE EUROPEAN COURT PRACTICE

In the article, the author presents a definition of audiovisual media services and analyses the historical development of the EU regulative framework. Moreover, she scrutinises current legislative solutions stressing the Audiovisual Media Service Directive and "Television without Frontiers" Directive. Furthermore, the author analyses in details basic principles related to the audiovisual media services, for example the country of origin principle and freedom of receiving services, as well as principles related to advertising, product placement and sponsorship. She clarifies the meaning of the notion of European works and explores principles and legal rules governing the protection of minors and prohibition of incitement to hatred and spreading discrimination. A special attention has been given to legal rules regulating the access to the services for the sight- and / or hearing impaired. The article presents an overview of the relevant European court practice in the field of audiovisual media services.

Key words: *Audiovisual media services, country of origin principle, advertising, product placement, European works, European court practice.*

Zusammenfassung

RICHTLINIE ÜBER AUDIOVISUELLE MEDIENDIENSTE IN DER RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES

In der vorliegenden Arbeit werden audiovisuelle Mediendienste definiert, geschichtliche Entwicklung der EU-Gesetzgebung dargeboten und der aktuelle rechtliche Rahmen analysiert. Als besonders wichtig wird die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste sowie die Richtlinie "Fernsehen ohne Grenzen" betont. Außerdem werden auch Grundprinzipien, die sich auf die audiovisuelle Mediendienste beziehen, wie z.B. Herkunftslandsprinzip, Prinzip der Dienstleistungsempfangsfreiheit und Normen bezüglich Werbung, Schleichwerbung und Sponsoring analysiert. Ferner setzt sich die Autorin mit dem Begriff der europäischen Werke, den Prinzipien und Normen bezüglich des Jugendschutzes, Verbotes der Aufstachelung zum Hass sowie mit den Regeln des Dienstleistungszugangs seitens der Behinderten auseinander.

ander. Diese Arbeit bietet einen Überblick über die wesentlichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in Bezug auf audiovisuelle Mediendienste.

Schlüsselwörter: *Audiovisuelle Mediendienste, Herkunftslandsprinzip, Werbung, Schleichwerbung, europäische Werke, Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes.*

RIASSUNTO

LA DIRETTIVA SUI SERVIZI AUDIOVISIVI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Nel contributo si definiscono i servizi media audiovisivi; si illustra l'evoluzione storica della legislazione UE e si analizza il quadro normativo vigente dell'Unione europea riguardante i servizi media audiovisivi con particolare attenzione per la Direttiva sui servizi media audiovisivi e per la Direttiva „Televisione senza frontiere“. Altresì, si esaminano i principi fondamentali che concernono i servizi media audiovisivi, quali il principio del paese di provenienza e della libertà di ricezione dei servizi; le regole concernenti gli annunci e la sponsorizzazione; si analizza il concetto di opera europea, come anche i principi e le regole collegati alla tutela dei minori, al divieto di istigazione e divulgamento dell'odio e della discriminazione e le regole riguardanti l'accesso ai servizi da parte di soggetti diversamente abili. Il contributo, inoltre, offre una rassegna dei casi più significativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di servizi media audiovisivi.

Parole chiave: *Servizi media audiovisivi, principio del paese di provenienza, annunci, annunci occulti, opera europea, giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

Prikazi
(Surveyes, Beschprechungen, Presentazioni)

Prof. emeritus dr. sc. Vladimir - Đuro Degan
Prof. dr. sc. Berislav Pavišić
Prof. dr. sc. Violeta Beširević

MEĐUNARODNO I TRANSNACIONALNO KAZNENO PRAVO

nakladnici:

***Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, JP Službeni glasnik,
Beograd, 2011.***

Udžbenik *Međunarodno i transnacionalno kazneno pravo*, autora prof. emeritusa dr. sc. Vladimira - Đure Degana, prof. dr. sc. Berislava Pavišića i prof. dr. sc. Violete Beširević, u izdanju Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, prvi je sveučilišni udžbenik u našoj regiji koji opsežno, cjelovito i sustavno obrađuje materiju međunarodnog i transnacionalnog kaznenog prava. Iako ova knjiga ima „dvokomponentni naslov“, ne radi se o bitno različitoj tematici već o povezanoj i komplementarnoj materiji više dijelova kaznenog prava koje objedinjuje supranacionalna i transnacionalna povezanost. I dok o međunarodnom kaznenom pravu postoji veći broj kvalitetnih udžbenika (npr. *Međunarodno kazneno pravo*, prof. dr. V. Đ. Degana / prof. dr. B. Pavišića, Rijeka, 2005.), transnacionalno kazneno pravo po prvi puta se u ovom udžbeniku prikazuje kao prepoznatljiva i zasebna cjelina kaznenog prava čiji su glavni predmet izučavanja transnacionalna kaznena djela. Riječ je, zapravo, o dijelu kaznenog prava s elementom inozemnosti, koji je u ovom udžbeniku uspješno umetnut u jednu sustavnu cjelinu kao novu

znanstvenu disciplinu u kojoj posebice dolazi do izražaja inovirana materija transnacionalnog kaznenog prava.

Pojam transnacionalno kazneno pravo, prema autorima ovog udžbenika, podrazumijeva novu disciplinu u kaznenom pravu koja izučava kaznena djela s transnacionalnim obilježjem. To će obilježje biti transnacionalno, ako se kazneno djelo može povezati s najmanje dva nacionalna kaznena prava. Transnacionalno kazneno pravo obuhvaća pravila međunarodnog i nacionalnog kaznenog prava, koja se primjenjuju na transnacionalna kaznena djela, kao i na postupak te sankcije za ta kaznena djela. Prema shvaćanju navedenih autora, transnacionalno kazneno pravo uvjetovano je transnacionalnim elementom. U najnovije vrijeme razlikuje se međunarodno, transnacionalno i nacionalno kazneno pravo.

Autori u svome djelu ističu da su bitan doprinos nastanku transnacionalnog kaznenog prava dale tranzicijske promjene u našim društvima koje su, uz ostalo, dovele i do sve veće mobilnosti ljudi, roba i kapitala, a s tim u vezi i sve rasprostranjeniji kriminal pojedinaца i kriminalnih grupa te posebice globalnu

povezanost počinitelja kaznenih djela prvenstveno onih djela koja čine organizirani prekogranični kriminalitet. Stoga je bilo nužno uspostaviti novi sustav doktrinarnih i legislativnih pravila kao odgovor na sve učestalije oblike transnacionalnog kriminaliteta. Inače, transnacionalno kazneno pravo (*transnational criminal law*) posebno je istaknuta cjelina ili komponenta u nekim najnovijim udžbenicima iz engleskoga govornog područja.

U sadržajnom pogledu, udžbenik čine dvije cjeline kaznenog prava: međunarodno i transnacionalno kazneno pravo. U konceptijskom pogledu, knjiga je podijeljena u šest dijelova, svaki dio u posebne glave (I.– XXVII.), a glave u manja tematska poglavlja (147). Na početku knjige, nakon predgovora autora, naznačene su kratice za češće korištene nazive i pojmove u tekstu.

Prvi dio, nakon općih razmatranja, obrađuje pojam i sadržaj međunarodnog prava, zatim njegovu prirodu, izvore, osnovna načela kaznenog prava, odnos međunarodnog i unutarnjeg kaznenog prava, te pojmovno i sadržajno određenje transnacionalnog kaznenog prava. Drugi dio odnosi se na pojam i načela represivne vlasti države, opća pitanja jurisdikcije te izvode o lokalizaciji kaznenog djela. Treći dio bavi se međunarodnim zločinima *stricto sensu* (genocid, zločini protiv čovječnosti, ratni zločini i zločin agresije), a potom torturom i terorizmom kao oblikom transnacionalnog kaznenog djela. Četvrti dio obuhvaća, nakon općih razmatranja o transnacionalnom kriminalu, transnacionalna organizirana kaznena djela, transnacionalna organizirana i druga međunarodna kaznena djela u pomorskoj plovidbi i zračnom prometu te

izvode o jurisdikciji za ta kaznena djela. U petom dijelu govori se o međunarodnoj kaznenopravnoj suradnji, a u okviru tog poglavlja o maloj međunarodnoj kaznenopravnoj pomoći, prijenosu kaznenog postupka, priznanju i izvršenju stranih kaznenih presuda, prijenosu nadzora nad uvjetno osuđenim i uvjetno otpuštenim osobama, ekstradiciji te međunarodnoj policijskoj suradnji. U šestom dijelu udžbenika, koji se odnosi na pravo i postupak pred međunarodnim kaznenim sudovima, nakon povijesnog osvrt na početke nastajanja međunarodnih sudova, govori se o stalnom Međunarodnom kaznenom sudu (ICC), posebice o njegovom ustrojstvu, nadležnostima i postupku te o mješovitim međunarodnim sudovima i tribunalima. Zaključno poglavlje obuhvaća osvrt na neka posebna pitanja koja su se pojavila u praksi međunarodnih sudbenih tijela, posebice o oblicima krivnje pred tim sudovima, a na samom su kraju navedeni rezultati Prve revizijske konferencije Rimskoga statuta.

Udžbenik je primjereno opremljen. Korice publikacije su mekog uveza i u boji, prepoznatljivog izgleda, a sam knjižni blok tiskan je na kvalitetnom papiru. Udžbenik ima 574 stranice, s preglednim rasporedom teksta, ispod kojega je 1615 bilježaka (fusnota).

Udžbenik sadrži kazalo predmeta pred nacionalnim i međunarodnim kaznenim sudovima i tribunalima, kazalo pojmova te pregled opće i udžbeničke literature.

S obzirom na opseg i sadržaj udžbenika, sustavnu podjelu predmetne materije te iznimno visoku razinu njezine znanstvene obrade, ovaj je udžbenik prvenstveno namijenjen studentima pravnih fakulteta svih razina studija, uključujući posljediplomske i doktor-

ske studije. Ova nova i složena materija transnacionalnoga kaznenog prava neizostavna je nastavna materija u stjecanju njihovih akademskih diploma. Udžbenik može poslužiti i svima drugima, a ne samo pravnicima, koji na bilo koji način budu sudjelovali u radu međunarodnih kaznenih sudova. Sucima, tužiteljima i odvjetnicima, također, će poslužiti kao vjerodostojan izvor produbljenih znanja o međunarodnom i transnacionalnom kaznenom pravu. Svim znanstvenicima, posebice pri njihovom istraživačkom radu i pisanju znanstvenih radova, može biti neizostavan izvor pravnih spoznaja o ovoj važnoj materiji.

Ovaj je udžbenik nastao zajedničkim naporima uglednih profesora međunarodne reputacije. Prof. dr. sc. Vladimir - Đuro Degan, profesor emeritus Sveučilišta u Rijeci, potpredsjednik međunarodnog Instituta za međunarodno pravo (*Institut de droit international*), voditelj Jadranskog zavoda Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti u Zagrebu i Marco Polo Fellow na Sveučilištu Xi'an Jiaotong u Kini, autor je više knjiga i brojnih rasprava iz međunarodnog javnog prava, uključujući i međunarodno kazneno pravo, na hrvatskom, srpskom, engleskom i francuskom jeziku. Prof. dr. sc. Berislav Pavišić, redoviti profesor kaznenog postupnog, međunarodnog i komparativnog kaznenog prava i kriminalistike na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, do 1993. godine bio je sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske, utemeljitelj i voditelj Zavoda za kaznene znanosti Mošćenice, autor je niza znanstvenih radova, knjiga i udžbenika za više nastavnih kolegija. Prof. dr. sc. Violeta Beširević, izvanredna profesorica na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, s viso-

kom pravnom naobrazbom stečenom na najvišim inozemnim sveučilištima: Central European University države New York (USNY), na pravnim fakultetima sveučilišta George Washington i Brigham Young u SAD-u te na Aser institutu u Hagu, autorica je monografije o eutanaziji, objavljene na engleskom jeziku u Firenci, kao i više znanstvenih članaka objavljenih iz područja međunarodnoga kaznenog prava, komparativnog ustavnog prava, ljudskih prava i bioetike na engleskom i srpskom jeziku.

Vladimir - Đuro Degan napisao je glave I.-V., VII., IX., XXIV., XXV. Berislav Pavišić napisao je glave VI., VIII., XIII., XIV., osim par. 2., 3., 14. 15., XV.-XXI., XXIII. i par. 3. i 4. u Glavi XXVII. Violeta Beširević napisala je glave X.-XII., par. 2., 3., 14. i 15. u Glavi XIV., kao i glave XXII. i XXVI. Violeta Beširević i Berislav Pavišić napisali su zajedno par. 1. i 2. u Glavi XXVII.

Autori su ovom suradnjom pokazali da je interdisciplinarni pristup općoj problematici kaznenog prava ne samo moguć, već da može biti i vrlo plodan. Ova knjiga je nepobitan dokaz uspješnoga korištenja znanja iz različitih disciplina koje je dovelo do zajedničkoga cilja: suvremenoga visokoškolskog udžbenika najviše znanstvene razine! To je istodobno i dokaz nužnosti međusobne suradnje u istraživačkom radu na polju znanosti jer znanost nema granica niti trpi prostorna, vremenska ili bilo kakva druga formalna ograničenja.

Zajedničko je stajalište autora da je upravo ovakav udžbenik trebalo pisati ne iz perspektive unutarnjeg prava, nego iz perspektive univerzalnog i transnacionalnog poretka, čiji su obzori u posljednje vrijeme više nego primjetni.

Ovom iznimno vrijednom publikacijom autori su ponudili pravnicima i svim drugim čitateljima različitoga profila, bogato štivo visoke znanstvene razine kao novi izvor saznanja o složenoj problematici kaznenog prava. Opći je dojam da nas navedeni autori suvereno i autoritativno vode kroz složenu i zahtjevnu materiju međunarodnoga i transnacionalnoga kaznenog prava. To čine na izvanredno pregledan, razumljiv i jasan način, čime će ova važna materija biti lako razumljiva i prihvatljiva i običnom čitatelju kao vrijedno štivo njegove opće, kulturne naobrazbe.

Violeta Beširević uredila je knjigu i izvršila redakciju njezinog teksta. Tekst Degana i Pavišića prevela je s hrvatskoga jezika na izvorni tečni srpski jezik, pri čemu je u cijelosti očuvan smisao i

duh pravnoga promišljanja i jezičnog izražavanja navedenih profesora.

Značajan doprinos nastajanju ovog udžbenika dali su i ugledni recenzenti prof. *emeritus* dr. sc. *Momčilo Grubač*, prof. dr. dr. h.c. mult. *Vojin Dimitrijević* i prof. dr. sc. *Ante Carić*.

Na kraju, treba čestitati Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu i JP Službeni glasnik, kao nakladniku ovoga suvremenog nastavnog udžbenika, koji ne samo da se kao prvijenac u svojem znanstvenom području pojavljuje u državama nastalim disolucijom donekdavne zajedničke države, već i u široj međunarodnoj zajednici.

Doc. dr. sc. Tadija Bubalović
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

Recenzije
(Reviews, Rezensionen, Recensioni)

Prof. dr. sc. Vilim Herman
Dr. sc. Milorad Čupurdija

OSNOVE RADNOG PRAVA

nakladnici:

*Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku,
Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru, 2011., 414 str.*

1. PODACI I INFORMACIJE O RECENZENTU:

Dr. sc. MARINKO Đ. UČUR, dipl. iur., redoviti profesor (u trajnom zvanju) i znanstveni savjetnik na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka. Šef katedre Radnog i socijalnog prava. Adresa stana: Rijeka, Bulevar oslobođenja 31, 51000 Rijeka. Matični broj u registru istraživača: 104933. Autor knjiga, udžbenika, znanstvenih i stručnih članaka iz Radnog i socijalnog prava, Pomorskog radnog prava, Zakonodavstva sigurnosti, Ekološkog prava, Građevinske regulative i Nomotehnike.

2. PODACI O AUTORIMA:

Dr. sc. Vilim Herman, redoviti profesor Pravni fakultet Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Matični broj u registru istraživača: 15754.

Dr. sc. Milorad Čupurdija, Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru.

3. PODACI I INFORMACIJE O RECENZIRANOM DJELU:

3.1. Naslov djela: OSNOVE RADNOG PRAVA

3.2. Nakladnik djela: Sveučilište J.

J. Strossmayera u Osijeku / Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru

3.3. Opseg i raspored građe: Rukopis djela ima 325 stranica, uključujući priloge, format B-5

3.4. Struktura djela: Sadržaj (tematika) djela je raspoređena u devetnaest poglavlja (autor 13 poglavlja je Prof. dr. sc. Vilim Herman, 3 poglavlja su u koautorstvu, dok je autor 3 poglavlja dr. sc. Milorad Čupurdija); popis literature; Zakon o radu i Zakon o pravima za vrijeme nezaposlenosti i posredovanja pri zapošljavanju:

Strukturu dijela čine: Uvod u Radno pravo; Teorije o pojmu prava i Radnog prava (pristup problemu, naravnopravne teorije o pojmu prava, teorije o osobitim interesima, druge teorije); Nastanak i razvoj Radnog prava (pojam i predmet Radnog prava, metode radnog prava, subjekti); Izvori Radnog prava...; Europsko radno pravo...; Načela Radnog prava; Politika rada; Pravo na rad; Zabrana diskriminacije, uznemiravanja i spolnog uznemiravanja u radnom odnosu; Zasnivanje radnog odnosa i ugovor o radu; Radni odnosi državnih službenika;

Radno vrijeme; Sudjelovanje radnika u odlučivanju; Uloga i značaj sindikatu hrvatskom radnom pravu; Industrijska demokracija; Prestanak ugovora o radu; Plaće, naknada plaće i ostala primanja iz radnog odnosa; Odgovornost za štetu iz radnog odnosa i popravljavanje te štete; Ostvarivanje prava i obveza iz radnog odnosa; Alternativno rješavanje radnih sporova.

Slijedi: popis literature

Dodatni sadržaj: Zakon o radu i Zakon o posredovanju pri zapošljavanju za vrijeme nezaposlenosti.

Svi navedeni dijelovi imaju svoje sustavne jedinice na kojima se spretno i znalački analiziraju pojedini pojmovi, kategorije, instituti i pravni odnosi u Pravi zaštite na radu. Obrada je dosljedna.

4. KOMENTAR RECENZENTA O RECENZIRANOM DJELU:

4.1. O originalnosti, aktualnosti i važnosti djela:

Nakon donošenja Zakona o radu („NN“ 149/09) objavljeno je nekoliko zbornika radova i jedan udžbenik. Ovo djelo je potpuno. Bez obzira što je naslonjeno na Zakon o radu pristup je originalan, pregledan i potpuniji. Teoretski je originalno, aktualno i važno. Ima svoje aplikativne posebnosti. Važno je i za educiranje studenata, a ima i praktičnu vrijednost za sve one koji se profesionalno bave radnim odnosima.

4.2. Originalnot djela, s procjenom doprinosa razvoju znanosti:

Djelo je originalno po svojoj koncepciji, kompoziciji. Sadrži kvalitetnu analizu pojmova, kategorija, instituta i radnopravnih odnosa. Stavovi autora su jasni i u praksi primjenjivi.

4.3. Usporedba s drugim sličnim djelima:

O tome pišu Potočnjak, Buklijaš, Učur, Smokvina, Crnić i drugi, ali ovo djelo je uspostavljanjem teoretskog i aplikativnog naglašenije.

4.4. Važnost djela:

Djelo je važno u teoriji i praksi radnih odnosa. Namijenjeno je brojnim subjektima i može se primjenjivati u praksi.

4.5. O potrebi i opravdanosti izdavanja djela:

Djelo će popuniti literarnu prazninu u obrazovnom i gospodarskom sustavu Republike Hrvatske.

4.6. Posebna zapažanja recenzenta:

1. Predlažem da autori na početku djela upišu „Predgovor“ i „Uvod“.
2. Treba napraviti primjereno „Kazalo“ (sa decimalnim sustavom i arapskim brojevima do četiri (najviše) decimalne jedinice).
3. Naslove i podnaslove dizajnirati različito
4. Za sve fusnote označiti sve elemente
5. Rad lektorirati
6. U „Literaturi“ kvalificirati: knjige, članci i rasprave, pravni akti (propisi), ostali izvori. Propise ažurirati.
7. Treba pripremiti „Impressum“ sa svim bitnim elementima.
8. Na kraju pozicionirati „Pogovor“ i „Bilješku o autorima“.

5. VRSTA DJELA: Djelo kvalificiram kao udžbenik.

6. ZAKLJUČAK I PRIJEDLOG RECENZENTA:

Djelo ima sve elemente visokoškolskog udžbenika, gradivo je aktualno i originalno. Autori dosljedno razvijaju

misli, postavljaju hipoteze, elaboriraju argumente i sugeriraju rješenje.

Koristi se razumljivo i standardno nazivlje, stil pisanja je razumljiv i jednostavan.

PREDLAŽEM

da se djelo OSNOVE RADNOG PRAVA, autora Prof. dr. sc. Vilima

Hermana i dr. sc. Milorada Ćupurdije tiska kao visokoškolski udžbenik, jer će imati široku uporabnu vrijednost.

U Rijeci, 14. veljače 2011.

Recenzent:

Red. prof. dr. sc. Marinko Đ. Učur
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UPUTE SURADNICIMA

Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci objavljuje radove iz područja pravnih i društvenih znanosti. Uredništvo prima rukopise na hrvatskom, engleskom, talijanskom i njemačkom jeziku, a odlukom uredništva prihvaća za objavljivanje rukopis i na nekom drugom stranom jeziku. Radovi se uredništvu dostavljaju u elektroničkom obliku (CD ili e-mail) i otisnuti na papiru poštom u tri istovjetna primjerka. Uredništvo prima isključivo neobjavljene rukopise. Uz naslov rada nužno je navesti ime, prezime i titulu autora, naziv i adresu ustanove ili kućnu adresu te e-mail adresu.

Preporučeni opseg rada u pravilu je do dva autorska arka. Radu treba biti priložen sažetak na hrvatskom jeziku. Sažetak se prevodi na engleski jezik te po izboru autora na njemački ili talijanski jezik. Sažetak ne smije prelaziti 200 riječi upućujući na svrhu rada, metodologiju, najvažnije rezultate i zaključak. Prilaže se na posebnoj stranici s navedenim imenom i prezimenom autora, nazivom institucije, naslovom rada, do pet ključnih riječi i s oznakom „Sažetak“.

Rukopis koji se predaje za objavljivanje u Zborniku Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci treba biti pisan i opremljen u skladu s Uputama za oblikovanje teksta koje su objavljene na mrežnoj stranici: <http://www.pravri.hr/hr/zbornik/upute.html>.

Detaljne upute autorima i recenzentima glede razvrstavanja radova dostupne su na mrežnoj stanici: <http://www.pravri.hr/hr/zbornik/upute.html>.

Svi radovi podliježu anonimnom recenzentskom postupku. Radi anonimizacije rukopisa, koja se obavlja uklanjanjem imena autora, neprihvatljivo je da autor u radu piše na način da je identitet autora moguće otkriti iz načina na koji upućuje na vlastite radove.

Rukopisi se ne vraćaju. Uredništvo pridržava pravo rukopis redakcijski prilagoditi propozicijama časopisa i radove predane na hrvatskom jeziku lektorirati sukladno standardima hrvatskog književnog jezika.

Prikazi knjiga, osvrti i ocjene ne podliježu recenziji, ne smiju biti dulji od osam kartica i potpisuju se na kraju.

Rukopisi se upućuju na adresu: zbornik@pravri.hr, Zbornik Pravnog fakulteta u Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, HR-51000 Rijeka.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka publish scientific papers from the field of legal and social sciences. The editorial board accepts scientific papers written in Croatian, English, Italian and German language, nevertheless, the board may according to its internal decision accept for publishing scientific papers in some other foreign language. The papers should be submitted in the electronic form (CD or e-mail) and printed out in three identical copies sent by post. The editorial board strictly accepts unpublished manuscripts. Together with the title of the paper the authors should submit their name, family name and title, name and address of the institution or home address as well as their e-mail.

It is recommended to submit papers which should not exceed more than 32 type-written double-spaced pages (about 10000 words). A summary in Croatian language should be attached to the paper. The summary will be translated in English and German or Italian language. The summary should encompass no more than 200 words and should inform about the purpose of the paper, methodology, the most important results and conclusion. The summary should be enclosed on a separate page stating the name and family name of the author, name of the institution, title of the article, no more than five key words and a denotation "Summary".

Manuscript submitted for publishing in the Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka should be written and formatted according to the Instructions for Text Formatting which can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/format.pdf>.

Detailed instructions for authors and reviewers regarding the classification of papers can be downloaded at <http://www.pravri.hr/en/collectedpapers/category.pdf>.

All papers will be subjected to anonymous review procedure. Due to paper anonymity which is ensured by removing the author's name, it is unacceptable to submit a paper written in a way revealing the author's identity by citations of his own previous written works.

Submitted contributions will not be returned. The editorial board holds the right to editorially adjust the paper to journal's propositions and to language-edit written works in Croatian language according to standards of Croatian standard language.

Book reviews, comments and surveys are not subjected to review. They should not exceed eight typed double-space pages (about 2400 words). The authors are expected to sign them before submitting.

Manuscripts should be sent to the following address: zbornik@pravri.hr, Collected Papers of the Law Faculty of the University of Rijeka, Hahlic 6, CROATIA-51000 Rijeka.

ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

Iz sadržaja Zbornika vol. 32. br. 1., (2011.) :

Članci: *Petar Simonetti*, Pravo građenja – trajanje i prestanak • *Edita Čulinović Herc, Tea Hasić*, Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima • *Romana Matanovac, Ivana Kunda*, Materijalnopravno i kolizijskopravno uređenje intelektualnog vlasništva nastalog u radnom odnosu • *Marko Šikić, Lana Ofak*, Nova načela upravnog postupka (s posebnim naglaskom na razmjernost, legitimna očekivanja i stečena prava) • *Emilia Miščenić*, Povezani ugovori o kreditu • *Milovan Jovanović, Ivo Eškinja*, Gradilišna renta • *Miroslav Lazić*, Pretvorba (transformacija) prava na nekretninama u društvenom vlasništvu u Republici Srbiji • *Marko Bevanda*, Sigurnost igračaka i građanskopravna odgovornost za neispravne igračke • *Maja Bukovac Puvača, Nataša Žumić Kovačević*, Problem temelja odgovornosti države za štetu prouzročenu nezakonitim i nepravilnim radom njenih tijela • *Dionis Jurić*, Statusno javno privatno partnerstvo • *Ana Pošćić* Zabranjeni sporazumi u europskom pravu tržišnog natjecanja • *Dejan Bodul*, Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva • *Bosiljka Britvić Vetma*, Spor pune jurisdikcije prema Zakonu o upravnim sporovima iz 2010. • *Sandra Laleta, Vanja Smokvina*, Državne potpore za zapošljavanje u svjetlu Opće uredbe o skupnim izuzecima i iskustava država članica EU • *Damir Kontrec*, Pravni status prometnica i upis u zemljišne knjige • *Jozo Čizmić*, Vještačenje u parničnom postupku s posebnim osvrtom na vještačenje u području medicine • *Vladimir Boranijašević*, Povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda kao razlog za ponavljanje parničnog postupka • *Marinko D. Učur, Vanja Smokvina*, Pravilnik o postupku registracije i sadržaju registra ugovora o radu pomoraca i radnika na pomorskim ribarskim plovilima • *Jasna Brežanski*, Raspologanje poljoprivrednim zemljištem u vlasništvu države • *Inga Vezmar Barlek*, • Primjena načela legitimnih očekivanja u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske • *Tamara Bogdanović*, Zaštita prava vlasništva iz članka 1. protokola 1. Europske konvencije u praksi Upravnog suda Republike Hrvatske • *Sanja Marković, Marijana Radin, Sanja Trgovac*, Ustavna zaštita prava vlasništva u svjetlu stavova Ustavnog suda Republike Hrvatske • *Iva Tuhtan Grgić*, Ograničenja prava vlasništva u postupku komasacije • **Prikazi** • **Recenzije**.

AKCIJSKA PRODAJA ZBORNIKA!

Naručujem/o ZBORNIK PRAVNOG FAKULTETA Sveučilišta u Rijeci

- po jedinstvenoj cijeni od **25,00 kn**.
 - Vol. 20 br. 2 (1999.). _____ primjeraka
 - Vol. 21 br. 1 (2000.). _____ primjeraka
 - Vol. 21 br. 2 (2000.). _____ primjeraka
 - Vol. 22 br. 1 (2001.). _____ primjeraka
 - Vol. 22 br. 2 (2001.). _____ primjeraka
 - Supplement br. 1 (2001.). _____ primjeraka
 - Vol. 23 br. 1 (2002.). **rasprodan**
 - Vol. 23 br. 2 (2002.). _____ primjeraka
 - Supplement br. 2 (2002.). _____ primjeraka
 - Vol. 24 br. 1 (2003.). _____ primjeraka
 - Vol. 24 br. 2 (2003.). _____ primjeraka
 - Supplement br. 3 (2003.). _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 1 (2004.). _____ primjeraka
 - Vol. 25 br. 2 (2004.). _____ primjeraka
 - Vol. 26 br. 1 (2005.). _____ primjeraka
 - Vol. 26 br. 2 (2005.). _____ primjeraka
 - Vol. 27 br. 1 (2006.). _____ primjeraka
 - Vol. 27 br. 2 (2006.). _____ primjeraka
 - Vol. 28 br. 1 (2007.). _____ primjeraka
 - Vol. 28 br. 2 (2007.). _____ primjeraka
 - Vol. 29 br. 1 (2008.). _____ primjeraka
 - Vol. 29 br. 2 (2008.). _____ primjeraka
 - Vol. 30 br. 1 (2009.). _____ primjeraka
 - Vol. 30 br. 2 (2009.). _____ primjeraka
- po cijeni od **50,00 kn**:
 - Vol. 31 br. 1. (2010.). _____ primjeraka
 - Vol. 31 br. 2. (2010.). _____ primjeraka
 - po cijeni od **90,00 kn**:
 - Supplement, Vol. 31 br. 1. (2010.). **rasprodan**
 - Vol. 32 br. 2 (2011.). _____ primjeraka
 - po cijeni od **150,00 kn**
 - Vol. 32 br. 1. (2011.). **rasprodan**

Ime i prezime/Poduzeće/Ustanova:

Sjedište, adresa, telefon, fax:

OIB: _____

U _____, _____ godine

MP

Potpis:

Način plaćanja: na žiro-račun Pravnog fakulteta u Rijeci
br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50.

Molimo da kopiju uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka,

tel.: 051/359-500, fax: 051/675-113, e-mail: skriptarnica@pravri.hr

BIBLIOTEKA PRAVNOG FAKULTETA SVEUČILIŠTA U RIJECI

UREDNIK: PROF. DR. SC. MIOMIR MATULOVIĆ

Biblioteka Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci utemeljena je 1995. godine. Glavni je cilj Biblioteke objavljivanje pravne literature prijeko potrebne studentima za pravni studij i pravnicima za stručnu djelatnost, ali i pristupačne širem čitateljstvu koje se zanima za aktualne pravne probleme i temeljna pitanja prava i države općenito te hrvatskog prava i države napose. Biblioteku čine nizovi: udžbenici, monografije, godišnja predavanja, zbornici sa znanstvenih skupova, komentari, prijevodi strane pravne literature i priručnici. U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi:

UDŽBENICI:

- ◆ Berislav Pavišić, *Kriminalistika, 1. Uvod, 1997. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- ◆ Vinko Hlača, *Hrvatsko pomorsko pravo, Izabrani radovi, 2001. (unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn)*
- ◆ V. Đ. Degan, *Međunarodno pravo mora u miru i u oružanim sukobima, 2002. (unutarnja cijena: 165,00; vanjska cijena: 200,00 kn)*
- ◆ Matthias Herdegen, *Europsko pravo, 2003. (rasprodano)*
- ◆ Milovan Jovanović, *POLIS-OIKOS-NOMOS, Ekonomski zakoni, 2004. (rasprodano)*
- ◆ Vladimir Đ. Degan, *Međunarodno pravo, II. osuvremenjeno izdanje, 2006. (rasprodano)*
- ◆ Zvonimir Slakoper, *Bankovni i financijski ugovori, 2007. (cijena: 790,00 kn)*
- ◆ Robert Blažević, *Upravna znanost, 2007. (rasprodano)*
- ◆ Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo – autorizirana predavanja – 2. izdanje, 2008. (rasprodano)*
- ◆ Dorotea Čorić, *Onečišćenje mora s brodova – Međunarodna i nacionalna pravna regulativa, 2009. (unutarnja cijena: 190,00 kn; vanjska cijena: 550,00 kn)*
- ◆ Berislav Pavišić, *Kazneno postupovno pravo, 3. izdanje, 2010. (rasprodano)*
- ◆ Anamari Petranović, *Obligatioes iuris romani: (breviarum), 2010. (unutarnja cijena 120,00 kn; vanjska cijena 150,00 kn)*

MONOGRAFIJE:

- ◆ Robert Blažević, *Politički poretci i legitimitet, 1995. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 50,00 kn)*
- ◆ Lujo Margetić, *Istra i Kvarner. Izbor studija, 1996. (unutarnja cijena: 30,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo, 1997. (unutarnja cijena: 50,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Vesna Tomljenović, *Pomorsko međunarodno privatno pravo, Izvanugovorna odgovornost za štetu i problem izbora mjerodavnog prava, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Edita Čulinović-Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, 1998. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 70,00 kn)*
- ◆ Lujo Margetić, *Rimsko pravo. Izabrane studije, 1999. (rasprodano)*
- ◆ Milovan Jovanović, *Kapitalizam iznutra, 1999. (rasprodano)*
- ◆ Lujo Margetić, *Hrvatska i crkva u srednjem vijeku, 2000. (unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 100,00 kn)*
- ◆ Vesna Crnić-Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora, 2002. (unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 120,00 kn)*
- ◆ Eduard Kunštek, *Arbitražna nadležnost ICSID (Međunarodni centar za rješavanje ulagačkih sporova između država i državljana drugih država), 2002. (unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)*

- ◆ Petar Simonetti, *Denacionalizacija*, 2004. (**rasprodano**)
- ◆ Petar Šarčević, *Essays in Private International Law and Comparative Law*, 2004. (**unutarnja cijena: 250,00 kn; vanjska cijena: 280,00 kn**)
- ◆ Robert Blažević, *Karizma, Politička vlast i karizmatičke ličnosti*, 2006. (**unutarnja cijena: 120,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn**)
- ◆ Mirela Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom ugovornom pravu*, 2006. (**unutarnja cijena: 79,00 kn; vanjska cijena: 99,00 kn**)
- ◆ Ivana Kunda, *Internationally Mandatory Rules under Article 7(1) of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation*, 2007. (**unutarnja cijena: 89,00 kn; vanjska cijena: 109,00 kn**)
- ◆ Petar Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu*, 2008.- **rasprodano**
- ◆ Petar Simonetti, *Prava na nekretninama*, 2009. – **rasprodano**
- ◆ Sanja Barić, *Zakonodavna delegacija i parlamentarizam u suvremenim Europskim državama*, 2009. (suizdavač: Organizator, Zagreb) (**unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 189,00 kn**)
- ◆ Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, uz suradnju Maje Bukovac Puvače, *Obvezno pravo - opći dio - sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, 2009. (suizdavač: Novi informator, Zagreb) (**unutarnja cijena: 355,00 kn; vanjska cijena: 530,00 kn**)

ZBORNICI SA ZNANSTVENIH SKUPOVA:

- ◆ Velinka Grozdanić, Alenka Šelih, *Žene i kazna zatvora*, 2001. (**unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn**)
- ◆ Susan Šarčević, *Legal Translation: Preparation for Accession to the European Union*, 2001. (**unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 128,00 kn**)
- ◆ Nada Bodiroga Vukobrat, Sanja Barić, *Prekogranična i regionalna suradnja*, 2007., (Zbornik radova s međunarodnog znanstvenog skupa održanog na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci, 6. i 7. listopada 2006. godine), (**cijena: 120,00 kn**)
- ◆ Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, *Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu*, *Izvori međunarodnog tržišta roba i kapitala*, 2005. (**unutarnja cijena: 100,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn**)
- ◆ Nada Bodiroga Vukobrat, *Socijalna sigurnost i tržišno natjecanje - europski zahtjevi i nacionalna rješenja*, 2008. (**cijena: 140,00 kn**)
- ◆ Vesna Tomljenović, Edita Čulinović Herc, Vlatka Butorac Malnar, *Republika Hrvatska na putu prema Europskom pravosudnom području*, 2009. (**unutarnja cijena: 130,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn**)

PRIJEVODI:

- ◆ Ralph Folsom, Michael Gordon i John Spanogle, *Međunarodni trgovački poslovi*, 1998. (**besplatno izdanje**)
- ◆ R.L. Doernberg, *Međunarodno oporezivanje*, 1999. (**besplatno izdanje**)
- ◆ T.C. Hartley, *Temelji prava Europske zajednice*, 2004. (**unutarnja cijena 250,00 kn; vanjska cijena: 300,00 kn - meki uvez**)
- ◆ Buergenthal, Thomas, *Međunarodna ljudska prava*, 2011. (**unutarnja cijena 250,00 kn; vanjska cijena: 499,00 kn**)

PRIRUČNICI:

- ◆ Miomir Matulović, Berislav Pavišić, *Dokumenti Vijeća Europe*, 2001. (**unutarnja cijena: 90,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn**)

Nakladnik

PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600, fax.: 051/675-113

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

mirjanap@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel/Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50.

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka

BIBLIOTEKA
ZAVODA ZA KAZNENE ZNANOSTI MOŠĆENICE

www.pravri.hr/zavodi/zkzm

e-mail: zkzm@pravri.hr

Zavod za kaznene znanosti Mošćenice bavi se, u suradnji s više inozemnih fakulteta i znanstvenih ustanova te drugih tijela, istraživanjem u području kaznenih znanosti, pripremanjem znanstvenih skupova i seminara, te nakladničkom djelatnošću.

U Biblioteci su objavljeni ovi naslovi.

- ◆ Berislav Pavišić, Gaetano Insolera, *Hrvatsko-talijanski rječnik kaznenoga prava – Dizionario croato-italiano di diritto penale – Dizionario italiano-croato di diritto penale – Talijansko-hrvatski rječnik kaznenoga prava*, Rijeka, 1997. **(unutarnja cijena: 40,00 kn; vanjska cijena: 60,00 kn)**
- ◆ *Talijanski kazneni postupak, redakcija: Berislav Pavišić, predgovor: Gaetano Insolera, uvod: Glauco Giostra*, Rijeka, 2002. **(unutarnja cijena: 70,00 kn; vanjska cijena: 150,00 kn)**
- ◆ Berislav Pavišić, *Transition of criminal procedure systems, Vol. II.*, 2004. **(unutarnja cijena: 110,00 kn; vanjska cijena: 225,00 kn)**
- ◆ Đorđe Milović, *Kaznena prava šest sjevernokvarnerskih statuta*, 2005. **(unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 180,00 kn)**
- ◆ *Codigo procesal penal Modelo para Iberoamerica – Zakonik o kaznenom postupku Model za Iberijsku Ameriku – Codice processuale penale Modello per l'Iberoamerica*, koordinacija: Berislav Pavišić, uvod: Julio B. J. Maier, prijevod: Davide Bertaccini, Ivana Barbara Blažević, Eduard Kunštek, Berislav Pavišić, *poredbeni pregled: Vanina Ferreccio*, 2005. **(unutarnja cijena: 55,00 kn, vanjska cijena: 55,00 EUR)**
- ◆ Lujo Margetić, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru – Mošćenički zakon i statuti, Knjiga prva*, 2006. **(rasprodano)**
- ◆ Marinko Đ. Učur, *Radni odnosi u privatnoj zaštiti*, 2006. **(rasprodano)**
- ◆ Dejana Golenko, *Hrvatska kriminalistička bibliografija, Svezak 1 / Bibliography of Croatian Criminalistics, Volume 1*, 2009. **(unutarnja cijena: 80,00 kn; vanjska cijena: 130,00 kn)**

Nakladnik

PRAVNI FAKULTET SVEUČILIŠTA U RIJECI

51000 Rijeka, Hahlić 6

Centrala tel.: 051/359-500, fax.: 051/359-593

Dekanat tel.: 051/359-600, fax.: 051/675-113

e-mail: *skriptarnica@pravri.hr*

mirjanap@pravri.hr

NARUDŽBA

Tvrtka (ustanova) _____

Ime i prezime _____

Ulica i kućni broj _____

Mjesto i poštanski br. _____

OIB: _____

Tel/Fax _____

Datum _____

Potpis i pečat _____

Ovime neopozivo naručujem ____ primjerak(a) knjige

1. _____

2. _____

3. _____

Uplata se vrši na račun Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci
br. 2402006-1100110025 poziv na broj 050-50.

Molimo da presliku uplatnice i priloženi obrazac narudžbe dostavite na adresu:

Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, 51000 Rijeka