

# Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 6 | Br. 3 | 2017

## ČLANCI

The Principle of Subsidiarity in the European Union: 'Gobbledygook'  
Entrapped between Justiciability and Political Scrutiny? The Way Forward  
**Davor Petrić**

Državne potpore u kontekstu javne nabave  
**Danijel Stanković**

Djelomična uvjetna osuda i njezina primjena u praksi s prikazom  
sustava uvjetne osude u novom Kaznenom zakonu  
**Nevena Aljinović**

Svrhovitost privremenih mjera u trgovačkim sporovima  
**Ivana Mandić, Vedrana Švedl Blažeka**

## PRIKAZ

Europsko pravo potrošača 2017. Prikaz godišnje konferencije Europske  
akademije u Trieru  
**Jan Torjanac**

**Zagreb Law Review**  
e-Journal of Postgraduate Studies of  
Faculty of Law, University of Zagreb

ISSN: 1848-6118



# ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija  
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



[revija.pravo.unizg.hr](http://revija.pravo.unizg.hr)

**Nakladnik / Publisher**

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

**Glavni urednik / Editor-in-chief**

izv. prof. dr. sc. Đorđe Gardašević

**Izvršni urednik / Executive editor**

doc. dr. sc. Zoran Burić

**Uredništvo / Editorial board**

prof. dr. sc. Zlata Đurđević, izv. prof. dr. sc. Hano Ernst, izv. prof. dr. sc. Viktor Gotovac, izv. prof. dr. sc. Lana Ofak, doc. dr. sc. Henrik Riko Held, doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, doc. dr. sc. Ivan Kosnica, doc. dr. sc. Goranka Lalić Novak, doc. dr. sc. Hrvoje Lisičar, doc. dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička, doc. dr. sc. Iva Savić, doc. dr. sc. Ružica Šimić Banović, dr. sc. Tena Hoško, dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet

**Međunarodno uredništvo / International editorial board**

prof. dr. sc. Gordan Kalajdziev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof. dr. sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof. dr. sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof. dr. sc. Meliha Povolakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof. dr. sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof. dr. sc. Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc. dr. sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; prof. dr. sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr. sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr. iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

**Tajnik / Secretary**

Kristian Relković

**Lektor / Copyeditor**

prof. dr. sc. Petar Vuković

**Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language**

Mark Davies

**Adresa uredništva / Editorial board contact address**

Zagrebačka pravna revija  
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu  
Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb

Tel: +385 1 4564 351  
Fax: +385 1 4564 381  
E-mail: kristian.relkovic@pravo.hr

# SADRŽAJ

## ČLANCI

### **Davor Petrić**

The Principle of Subsidiarity in the European Union: 'Gobbledygook' Entrapped between  
Justiciability and Political Scrutiny? The Way Forward ..... 287

### **Danijel Stanković**

Državne potpore u kontekstu javne nabave ..... 319

### **Nevena Aljinović**

Djelomična uvjetna osuda i njezina primjena u praksi s prikazom sustava uvjetne osude u novom  
Kaznenom zakonu ..... 337

### **Ivana Mandić, Vedrana Švedl Blažeka**

Svrhovitost privremenih mjera u trgovačkim sporovima ..... 369

## PRIKAZ

### **Jan Torjanac**

Europsko pravo potrošača 2017. Prikaz godišnje konferencije Europske akademije u Trieru 407

# CONTENTS

## ARTICLES

### **Davor Petrić**

The Principle of Subsidiarity in the European Union: 'Gobbledygook' Entrapped between  
Justiciability and Political Scrutiny? The Way Forward? ..... 287

### **Danijel Stanković**

State Aid in the Context of Public Procurement ..... 319

### **Nevena Aljinović**

The Partially Suspended Sentence and its Application in Practice with an Overview of the  
Suspended Sentence System in the New Criminal Code..... 337

### **Ivana Mandić, Vedrana Švedl Blažeka**

The Purposefulness of Temporary Injunctions in Commercial Disputes ..... 369

## REVIEW

### **Jan Torjanac**

European Consumer Law 2017. Review of the Annual Conference of the European Academy in  
Trier ..... 407

## UVODNA RIJEČ

Fakultetsko vijeće Pravnog fakulteta u Zagrebu na svojoj je sjednici održanoj 29. studenoga 2017. godine odlučilo o imenovanju novih članica i članova domaćeg uredništva Zagrebačke pravne revije. Kolegice i kolege kojima je na taj način ukazano povjerenje da u sljedećem dvogodišnjem mandatu obavljaju tu važnu ulogu jesu: prof. dr. sc. Zlata Đurđević, izv. prof. dr. sc. Viktor Gotovac, izv. prof. dr. sc. Hano Ernst, izv. prof. dr. sc. Lana Ofak, doc. dr. sc. Henrik-Riko Held, doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, doc. dr. sc. Ivan Kosnica, doc. dr. sc. Goranka Lalić Novak, doc. dr. sc. Hrvoje Lisičar, doc. dr. sc. Sunčana Roksandić Vidlička, doc. dr. sc. Iva Savić, doc. dr. sc. Ružica Šimić Banović, dr. sc. Tena Hoško i dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet. Istom prigodom Vijeće Pravnog fakulteta za izvršnog je urednika Revije izabralo doc. dr. sc. Zorana Burića, a mene za glavnog urednika.

Zadatak koji je na taj način povjeren novom uredništvu iznimno je zahtjevan. Naime, kao što je onima koji redovito prate rad Zagrebačke pravne revije i otprije poznato, časopis se od svojeg osnivanja nesumnjivo profilirao kao međunarodno priznat, konkurentan te potencijalnim autoricama i autorima vrlo atraktivan medij. O tome svjedoči cijeli niz činjenica, počevši od formalne klasifikacije časopisa te njegove uključenosti u međunarodne bibliografske baze, preko raznolikosti sadržaja članaka koji su u njemu do sada bili ponuđeni i njegove lake dostupnosti preko vlastitih mrežnih stranica, sve do vrlo konkretnih statističkih pokazatelja o tome koji je broj radova do sada u Reviji bio objavljen, odnosno koji je bio zaprimljen za objavu. Ovome, naravno, treba dodati i činjenicu višegodišnjeg kontinuiranog izlaženja Revije.

S obzirom na do sada ostvarene dosege kvalitete u radu Zagrebačke pravne revije, koji na očit način obvezuju i članice i članove novog uredništva, ovom prigodom želio bih zahvaliti dosadašnjem uredništvu na svemu što je u tom smislu napravilo da bismo danas imali časopis navedenoga formata. U istom smislu, sasvim posebna zahvalnost ide bivšoj glavnoj urednici Zagrebačke pravne revije prof. dr. sc. Zlati Đurđević, koja je, i to na više razina, ujedno i najzaslužnija za to što se časopis razvio i održao kao iznimno respektabilan izvor moderne hrvatske znanstveno-pravne publicistike.

Ovaj najnoviji broj Zagrebačke pravne revije slijedi standardni format časopisa i donosi četiri autorska rada te jedan prikaz. Kako se zbog praktične izmjene članica i članova uredništva tijekom postupka pripreme novoga izdanja na određeni način radi o svojevrsnom „tranzicijskom“ broju časopisa, ovdje bih želio istaknuti kako je, s vrlo praktične strane, za njegovo izlaženje najzaslužniji bivši i novi izvršni urednik doc. dr. sc. Zoran Burić.

Glavni urednik

izv. prof. dr. sc. Đorđe Gardašević





# ČLANCI



# THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE EUROPEAN UNION: 'GOBBLEDYGOOK' ENTRAPPED BETWEEN JUSTICIABILITY AND POLITICAL SCRUTINY? THE WAY FORWARD

*Izvorni znanstveni rad*

*UDK 341.645(4)EU*

*341.176(4)EU*

*339.923:061.1](4)EU*

*061.1(4)EU*

*Primljeno: 8. svibnja 2017.*

Davor Petrić\*

---

*The principle of subsidiarity in the European Union confines the policy-making and law-making competences of Union authorities to situations where the designated policy aims cannot be more effectively achieved at lower (i.e. national, regional or local) levels of governance. There are two institutionalised avenues envisaged to safeguard the EU institutions' compliance with this principle. Besides the jurisdiction of the Court of Justice in ruling on all legal questions arising from the application and interpretation of the Treaties, another important instrument is entrusted to the Member States' parliaments. This consists of the political scrutiny of the proposed EU laws with regard to compliance with subsidiarity. This paper intends to juxtapose these institutionalised avenues through an analysis of the principle of subsidiarity as it appears throughout the case law of the Court of Justice and within the subsidiarity monitoring procedure performed by the national parliaments. The aim is to assess the suitability of the judicial and parliamentary procedures for ensuring compliance with subsidiarity, and whether the principle, owing to its dual nature, i.e. both legal and political, can be efficiently complied with at all in the course of EU regulatory practice, either as being judicially enforced or politically safeguarded. After identifying the key shortcomings of both procedures, it will be shown that the present system is rather complex and ineffective. Such a system is unsatisfactory when compared with the constitutional importance of the principle of subsidiarity, and, furthermore, when the EU continues to expand its regulatory practices to sensitive socio-political spheres usually understood as national competences. Finally, novel institutional arrangements, addressing the main criticism and combining the features of both judicial and political systems in safeguarding the principle of subsidiarity, are proposed.*

Keywords: subsidiarity, European Union, justiciability, political scrutiny, Court of Justice, national parliaments

---

\* Davor Petrić, LL. M., Assistant Lecturer and PhD student at the Faculty of Law, University of Zagreb. The author is grateful to Mark Davies for his help with the language revision and copyediting, and to two anonymous reviewers for their useful suggestions and comments. The usual disclaimer applies

## 1. INTRODUCTION

The general idea of subsidiarity is derived from the political concept of decentralisation. It mandates that community actions ought to be taken at the most immediate level of governance, for the sake of the efficiency and consistency of the action, higher accountability and transparency of the public authorities, and increased civic inclusion in decision-making. Subsidiarity is thus essential for the regulation of the division of competences between the central and state (regional or local) levels. Power-sharing and institutional balance in the federal systems predicate its application. Its rationale is to guarantee “a degree of independence to a lower authority in relation to the higher one, i.e. for a local government in relation to the central government”.<sup>1</sup> As one of the general principles of European Union (hereinafter “the EU” or “the Union”) law, subsidiarity is a strongly politically driven concept. In a quasi-federal EU system, it enjoys the status of a fundamental constitutional principle of the European constitutional space. In practice, subsidiarity confines EU policy- and law-making competences to cases in which the designated policy aims cannot be more effectively achieved at lower (i.e. national, regional or local) levels of governance. Besides limiting EU decision-making powers, the principle of subsidiarity at the same time democratically legitimises the Union’s actions, when EU competence to act and the appropriateness and rationality of such action are established.<sup>2</sup>

However, the EU principle of subsidiarity until today has remained a rather vague, ambiguous and fluid concept, which initially sparked numerous academic and political debates. It is perhaps surprising that, after extensive and fierce discussions during the 1990s and early 2000s following its codification in EU primary law, subsidiarity somewhat managed to escape the attention and interest of both scholars and politicians. As presented in this paper, early general consensus on the weaknesses of subsidiarity as a legal and political principle has persisted. Despite the constitutional importance of the principle of subsidiarity, the numerous political crises faced by the Union during the last decade, and the expansion of EU regulation into sensitive socio-political spheres, political and scholarly elites have failed to explain satisfactorily and offer new solutions to the “subsidiarity conundrum”. Other important topics of EU constitutional law, such as general legal principles or the legitimacy of judicial decision-making, have similarly been absent from the discourse at the EU level for a significant period. Only recently has scholarly interest in these topics re-emerged. Therefore, this contribution highlights the need to re-introduce discussion on subsidiarity to contemporary EU legal and political thought.

Almost thirty years after its first appearance, there is still no clear, detailed or widely accepted definition in the EU of the legal substance of subsidiarity, or what the enforceability criteria are for assessing compliance with and potential violations of the

---

<sup>1</sup> Raffaelli R., *The Principle of Subsidiarity*, European Parliament - Fact Sheets on the EU, 2016, available at: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.2.2.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html).

<sup>2</sup> Mataija, M., *The Role of the National Parliaments*, in: *Reform of the European Union - The Lisbon Treaty*, Rodin, S., Čapeta, T. & Goldner Lang, I. (Eds.), Narodne novine, 2009, p. 153.

principle.<sup>3</sup> What is more, some critics have even rejected the appropriateness of subsidiarity for steering the division of powers in the EU federal setting, where two (or more) levels of legitimate legislators operate, with overlapping competences and with each legislator's "conflicting policies and interests".<sup>4</sup> Notwithstanding the lack of definition and its alleged normative inappropriateness, subsidiarity as a multifaceted principle relates to many other important legal and political issues and concepts. Their interplay is likewise worth exploring. Perhaps it stands most saliently within the debate on the "creeping competences" of the EU, i.e. the claim that Union regulation encroaches on national legal orders and covertly seizes ever more competences from domestic levels. This was the main driver for devising two institutionalised avenues in the EU for safeguarding the application of and compliance with the principle of subsidiarity. Besides the jurisdiction of the Court of Justice (hereinafter "CJEU" or "the Court") to rule on all legal questions arising from the application and interpretation of the Treaties, another important procedure is performed by the Member States' parliaments. This consists of political scrutiny of proposed EU laws relating to their compliance with subsidiarity. Through this "pre-legislative constitutional intervention device",<sup>5</sup> national parliaments, often described as the greatest losers in the Europeanisation process, appear essentially as the "watchdogs" of the principle of subsidiarity, and implicitly of their own competences.

The present paper intends to juxtapose these two institutionalised avenues through an analysis of the principle of subsidiarity as it appears throughout the CJEU case law and within the subsidiarity monitoring procedure performed by the national parliaments. The aim is to assess whether either the judicial or the parliamentary procedure is better suited for ensuring compliance with subsidiarity, and whether the principle, owing to its dual nature, i.e. both legal and political,<sup>6</sup> can at all be efficiently respected in the course of EU

---

<sup>3</sup> Ex-president of the European Commission Jacques Delors thus once famously and in jest offered a "prize of 200 000 pound for a clear definition of subsidiarity", and argued firmly that "it only makes sense in a clear federal approach", in sharp contrast to the EU's dynamic *sui generis* nature. See Jensen, M. D. & Martinsen, D. S., *Out of Time? National Parliaments and Early Decision Making in the European Union*, OPAL Online Paper Series, Vol. 8, 2012, p. 7., available at: [http://www.opal-europe.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=76&Itemid=108](http://www.opal-europe.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=108).

<sup>4</sup> Davies, G., *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place at the Wrong Time*, Common Market Law Review, Vol. 43, No. 1, 2006, p. 78-80. The historical origins of the notion of subsidiarity are traced back to the Roman Catholic doctrine and German legal thinking. The main claim is that the function of subsidiarity is only fulfilled in the spheres of homogenous nation-states or non-governmental entities such as religious organisations. In this context, subsidiarity regulates the appropriate level of action while assuming that "all levels [of governance] are united in wishing to achieve certain goals and that none has any other interests or objectives which conflict with [the former]". Therefore, according to these views in a federal setting (or functional, quasi-federal entities such as the EU), where the central level legislates on the "most sensitive and traditional national competences (criminal law, welfare state, taxation and economic policy) that encompass almost all aspects of socio-economic activity", and in which strong tension between the Member States and the EU authority exists, the application of subsidiarity seems to be untenable.

<sup>5</sup> Cygan, A., *The Parliamentarisation of EU Decision-making? The Impact of the Treaty of Lisbon on National Parliaments*, European Law Review, Vol. 36, No. 4, 2011, p. 484.

<sup>6</sup> The other dimensions of subsidiarity, e.g. economic ones, which are reflected in the comparative weighing of cost-effectiveness, are largely left out of the discussion in this paper. For more insights on the notion of subsidiarity as an economic principle, see Meuwese, A. C. M., *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Kluwer

regulatory practice, either as being judicially enforced or politically safeguarded. The main finding is that both procedures are plagued with shortcomings that render the entire system of safeguarding subsidiarity as rather complex and ineffective, thus downplaying the practical importance and status of the principle itself. The theoretical framework for the critical assessment of the two institutionalised avenues for safeguarding subsidiarity is found in the seminal academic contributions discussing the legal<sup>7</sup> and political<sup>8</sup> essentials of the subsidiarity principle. A group of authors wrote critically on the CJEU's role in the legal exercise of subsidiarity monitoring, and in general questioned the justiciability of the principle, from the time when the Maastricht Treaty first explicitly introduced the principle and when the topic was strongly debated by academics and politicians alike. Similarly, other authors observed the role of national parliaments in the political exercise of subsidiarity monitoring after the Lisbon Treaty had introduced this mechanism, and immediately identified the main shortcomings of the procedure that still exist today. In the present paper, all these arguments are systematised, compared and re-assessed in the new context of the Union, with all the novel challenges it is facing, and with old unanswered questions, such as subsidiarity, slowly re-emerging.

The paper's structure is as follows. In Part 1, the origins, historical development, rationale and nature of the principle of subsidiarity are addressed in brief, providing a background for further discussion. After reflecting on the limited and vague legal phrasing of subsidiarity, additional far-reaching issues and debates connected with the principle of subsidiarity are introduced. These issues are of significant political and legal importance in the contemporary academic and political discourse in the EU. After setting the stage in this opening part, Part 2 proceeds by defining the concepts of subsidiarity as presently stated in the EU Treaties, justiciability as defined in the legal theory, and parliamentary scrutiny as a political mechanism for controlling decision-making. Hence, we first turn to the practice of the Court of Justice and in selected instances observe its assessment of the principle of subsidiarity. The present discussion is also extended to the more general issue of the justiciability of the principle. The following section opens with a description of the mechanisms devised by the Lisbon Treaty, which ensure the participation of the Member States' parliaments in the decision-making processes at the EU level, and their role in ensuring the compliance of all legislative acts with the principle of subsidiarity. Similarly to the previous section, the suitability of the political monitoring of the principle by the national legislators is observed in general terms. In conclusion, Part 3 highlights the present state of affairs regarding the status of the principle of subsidiarity in the EU and offers new institutional solutions.

---

Law International, 2008. For an account of the private dimension of the subsidiarity debate which is also important in economic terms, see Craig, P., *Subsidiarity: A Political and Legal Analysis*, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 50, No 1, 2012, pp. 72-87.

<sup>7</sup> For instance, Toth, A. G., *Is Subsidiarity Justiciable?* *European Law Review*, Vol. 19, No. 3, 1994.

<sup>8</sup> For instance, Kiiver, P., *The Early-warning System for the Principle of Subsidiarity: the National Parliaments as a Conseil d'Etat for Europe*, *European Law Review*, Vol. 36, No. 1, 2011.

After providing an overview and critique of the substantive, procedural and institutional elements of subsidiarity, the main argument will be that the present EU legal framework for safeguarding subsidiarity is highly complex and ineffective. The previous literature on the topic was similarly critical and uncertain about the prospects of having a fully functioning legal and political system of subsidiarity monitoring. However, the vast majority of that scholarship was exhausted by merely describing the system as inefficient, accepting the Court's reluctance to engage in subsidiarity as a legal principle, and the national parliaments' inability to engage properly with subsidiarity as a political principle. In addition, subsidiarity debates declined in number and vigour following the emergence of the subsequent financial, humanitarian and political crises plaguing the EU. The diminished discursive and practical importance of the subsidiarity principle as we witness it today is diametrically opposed to its constitutional rank. Such an absence of subsidiarity-related arguments from political and academic focus is unsatisfactory, especially given the increasing contemporary discussions on the future "variable geometry" or "multiple speed" of EU integration.

For all these reasons, novel institutional arrangements that would combine the features of both the judicial and political system in observing the principle of subsidiarity are proposed. This suggestion of a new arrangement for ensuring the effective application of subsidiarity, together with an assessment of the principle in the contemporary context, is the main contribution of the present paper. By offering unique *lex ferenda* solutions, the paper departs from the previous literature that mostly remains satisfied with unravelling *lex lata*. The relevance of this proposal is also found in the recently renewed legal and political interest in subsidiarity in the EU. The EU institutions have already put forward ideas on possible institutional reforms.<sup>9</sup> During a recent EU summit, the Benelux countries made an official statement calling for the strengthening of the subsidiarity principle, which would endorse EU action only "in areas of clear European added value and when Member States themselves are not able to deliver for their citizens".<sup>10</sup> Finally, the "Rome Declaration on the Future of the EU", which marked the anniversary of the adoption of the founding Treaty of Rome, indirectly refers to the importance of the principle of subsidiarity, in the part where it declares the intention to have the EU "big on big issues and small on small ones" and to "enhance cooperation with national parliaments".<sup>11</sup> This slowly but steadily emerging awareness of the importance of subsidiarity proposes a novel institutional arrangement, reconceptualising the legal and political procedures for safeguarding the principle of subsidiarity, both in a timely and warranted manner. Moreover, the timing for the re-analysis of subsidiarity is apt, given the unprecedented

---

<sup>9</sup> See, for example, *European Parliament resolution of 16 February 2017 on possible evolutions of and adjustments to the current institutional set-up of the European Union (2014/2248(INI))*, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0048&language=EN&ring=A8-2016-0390>.

<sup>10</sup> FPS Chancellery of the Prime Minister of Belgium, *Benelux vision on the future of Europe*, Press Release, 2017, available at <http://premier.fgov.be/en/benelux-vision-future-europe>.

<sup>11</sup> European Council, *Declaration of the leaders of 27 member states and of the European Council, the European Parliament and the European Commission*, 2017, available at: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/25-rome-declaration/>.

challenges the EU is nowadays facing, the uncertainties about the proper course and level of action to address them, and the different political climate and legal state of affairs in the Union when compared with the period between the Maastricht and Lisbon Treaties when the leading explanations of subsidiarity-related issues first appeared.

## **2. SUBSIDIARITY BEFORE THE EU COURTS AND THE MEMBER STATES' PARLIAMENTS: SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ESSENTIALS OF THE PRINCIPLE**

### **2.1. Origins, historical development, rationale and nature of the principle of subsidiarity**

With no mention of the principle in the original founding Treaties,<sup>12</sup> the official genesis of subsidiarity in the EU began with the adoption of the Single European Act, albeit only with a reference to a particular policy area – environmental protection – and without being named as such.<sup>13</sup> The constitutionalisation of the principle of subsidiarity then further proceeded in parallel with the expanding scope of EU policy competences and the increasing exercise of powers by the Union authorities.<sup>14</sup> Since the EU law-making powers grew through successive Treaty amendments, and were exercised by “qualified majority voting in the Council, combined with an increased co-legislative role for the European Parliament”,<sup>15</sup> Member States tried to compensate for the loss of the right to veto EU action by instituting protective political safeguard clauses. The original unclear division of competences between the EU and Member States called for a more precise “assignment of subject matter areas to respective spheres of government”,<sup>16</sup> which was to be complemented by subsidiarity. When the political consensus for achieving this was finally reached, subsidiarity was explicitly enlisted as a general principle of EU law in the Treaty of Maastricht.<sup>17</sup> The legal framework of subsidiarity was thus gradually constructed and developed in-depth proportionally to this increase of the competences transferred to the

---

<sup>12</sup> However, the 1957 Treaty of Rome did incorporate fragments of the idea of subsidiarity, albeit in terms and forms different from those that we know today. For the development of the idea of subsidiarity in the EU preceding the 1992 Treaty of Maastricht, see Lenaerts, K., *The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, Fordham Journal of International Law, Vol. 17, No. 4, 1993.

<sup>13</sup> Constantin, S., *Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers in the EU in Light of the Lisbon Treaty and Beyond*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 4, 2008, p. 154.

<sup>14</sup> de Burca, G., *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working Paper, No. 7/99, 2000, p. 20, available at: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/99/990701.html>.

<sup>15</sup> Lenaerts, *op. cit.* (n. 12), p. 851.

<sup>16</sup> Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 73.

<sup>17</sup> Wyatt, D., *Could a “Yellow Card” for National Parliaments Strengthen Judicial as well as Political Policing of Subsidiarity?* Croatian Yearbook of European Law and Policy, Vol. 2, 2006, p. 2. Interestingly, the then-Court of First Instance of the European Communities in Case T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende v. the Commission* ECLI:EU:T:1995:34 (paras. 330-331) ruled that the “principle of subsidiarity did not, before the entry into force of the Treaty on European Union, constitute a general principle of law by reference to which the legality of Community acts should be reviewed”.



EU level: more competences for the EU meant greater prominence for subsidiarity.<sup>18</sup> Therefore, subsidiarity was envisaged to operate as a “mediating concept” that aims to “arbitrate the tension between [the dynamics of political] integration and [decision-making] proximity”.<sup>19</sup>

Subsidiarity was originally viewed as a “dynamic concept”, dependent on the ever-changing and adapting relationship between the Union and Member States. It was envisaged as flexible enough to be “expanded if the circumstances require so”, as well as “restricted or discontinued when it is no longer justified”.<sup>20</sup> Put differently, subsidiarity was meant to allow the Member States to “create more Europe in some areas and less Europe in others”,<sup>21</sup> depending on their immediate interests and practical realities. However, one element remained at the core of the “normative mismatch” surrounding subsidiarity, which will be addressed in more detail under the next two subheadings. It was the “fact that the [Union’s] competences tend to be defined in terms of objectives to be achieved”, reflecting the functional nature of the EU as an international organisation, “rather than in areas of activity to be regulated”, which would be the case in a classic federal setting.<sup>22</sup> Such a goal-oriented definition of EU competences made it more difficult to put the principle of subsidiarity into operation.

At present, every analysis of subsidiarity inevitably departs from the current definition of the principle as contained in Article 5 of the Treaty on the European Union (TEU).<sup>23</sup> By default, this definition spells out a presumption against EU action in favour of decentralisation,<sup>24</sup> similarly to what the previous versions of the same definition asserted. It may thus be considered as counterintuitive that ever since subsidiarity has been codified in EU law, the “excessive and increased centralization in various policy areas at the EU level” has kept occurring, which could not be “justified or politically legitimized by the characteristics or goals of the respective policy areas” but rather with the need to respond *ad hoc* to particular crises.<sup>25</sup> Therefore, despite the strict language of the Treaty-based definition (“the EU shall...”), the application of subsidiarity to the delineation of competences between the EU and its Member States is still rather problematic. It is likewise contested whether compliance with the principle indeed only affects the allocation of the exercise of the already established EU competences,<sup>26</sup> and does not

---

<sup>18</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 155.

<sup>19</sup> Lenaerts, *op. cit.* (n. 12), p. 856.

<sup>20</sup> Toth, *op. cit.* (n. 7), p. 281.

<sup>21</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 159.

<sup>22</sup> Davies, *op. cit.* (n. 4), p. 72.

<sup>23</sup> Article 5(3) TEU, 2012, OJ C 326, provides that “in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level”.

<sup>24</sup> Cygan, *op. cit.* (n. 5), p. 483.

<sup>25</sup> van Zeben, J., *Research Agenda For a Polycentric European Union*, The Vincent and Elinor Ostrom Workshop in Political Theory and Policy Analysis Working Paper Series No. W13-13, 2013, p. 7.

<sup>26</sup> Toth, *op. cit.* (n. 7), p. 272. It is also important to highlight in this context that in theory the principle of subsidiarity can be breached not only when the EU acts *ultra vires*, but also if the Member States exceed their competences in regulating the area within shared competences.

expand EU competences at the expense of exclusive national competences, as the EU increasingly encroaches on more regulatory sovereignty of the national legislators.

In the new version of the definition of subsidiarity, for the first time an explicit reference is made to the regions and local communities in the context of the application of the principle. This is especially relevant for the newly emerged policy areas such as energy, environmental protection and climate change.<sup>27</sup> It is also important in the sense of acknowledging that the vertical allocation of competences does not involve only EU and Member States' central governments, but also a variety of regional and sub-regional levels of governance. In addition, the application of the principle of subsidiarity concerns only areas falling outside exclusive EU competences, i.e. shared or concurrent competences.<sup>28</sup> If this is established, the following check is at which level of governance the Union or national objectives are better achieved in accordance with the principle of effectiveness.<sup>29</sup> Three general criteria for assessing the suitability of the proposed EU action in the light of subsidiarity are thus recognised: (i) the transnational element and the Treaty basis; (ii) necessity; and (iii) scale or effectiveness (i.e. the "added value").<sup>30</sup> In EU political discourse, subsidiarity is most often associated with delivering policy and making decisions "as closely as possible to the citizens",<sup>31</sup> a reference contained in the Treaties and explicitly highlighted in the so-called "proximity principle".<sup>32</sup> However, besides "democratic subsidiarity", the theory also distinguishes what may be referred to as "executive subsidiarity" and "utilitarian subsidiarity", with each conception reflecting a different view about the aims and purposes of the principle.<sup>33</sup> The democratic argument for appropriate distribution of powers between levels of government in the EU emphasises protection of citizens' rights and the closeness of the decision-making to the citizens. An executive version of the argument stresses the importance of the protection of Member States' executive prerogatives against encroachment by the EU regulator. The

---

<sup>27</sup> Arribas, G. V. & Bourdin, D., *What Does the Lisbon Treaty Change Regarding Subsidiarity within the EU Institutional Framework?*, European Institute of Public Administration Bulletin, Vol. 2, 2012, p. 13, available at: <http://publications.eipa.eu/en/eipascope/search/&tid=1720>.

<sup>28</sup> The Lisbon Treaty also for the first time introduced a clear demarcation between the EU and Member States' competences, dividing them into three categories: exclusive EU competences, competences shared between the EU and Member States, and EU supporting competences. See Articles 3 to 6 of the TFEU.

<sup>29</sup> Lenaerts, *op. cit.* (n 12), p. 875-876. Lenaerts argues that this essentially indicates, as the crucial criterion for ascertaining effectiveness, assessment of the "means at the disposal of the Member States". This can result in two scenarios: (i) if the "means at the disposal of at least one Member State prove to be ineffective to sufficiently achieve the objectives of the proposed action, the need for some [EU] action will be established, as these objectives will then indeed be 'better achieved' by the [Union]"; or (ii) if the "means available to all Member States are perfectly effective in order to sufficiently achieve the objectives of the proposed action, but the [EU] is more efficient in achieving these objectives", the Union action in those cases should still not be disregarded from the outset, if the action in question can "benefit from economies of scale when undertaken at the EU level". On the contrary, Wyatt proposes that assessing the compliance with subsidiarity should be in fact a single-step test: determining whether the "objectives of the proposed action can *only* be achieved by the EU-wide action" (emphasis added). See Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 5.

<sup>30</sup> Toth, *op. cit.* (n. 7), pp. 270-271

<sup>31</sup> Arribas & Bourdin, *op. cit.* (n. 27), p. 15.

<sup>32</sup> Article 10(3) TEU: "Decisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizen."

<sup>33</sup> de Burca, *op. cit.* (n. 14), pp. 14-15.

utilitarian argument favours the interests of the policy-making *per se*, i.e. efficiency, consistency, and comprehensiveness of actions and outcomes.<sup>34</sup>

Horizontally, the principle of subsidiarity extends in its significance to many other concepts and issues of essential importance for the governance and institutional framework of the EU. First, as indicated above, it stems from a wider background of democratic theory, which demands greater inclusion of the political *demos* in decision-making affairs. Arguably, it is most efficiently achieved at the lowest levels of governance where feasible. This also addresses concerns of the Union's democratic deficit that has shadowed the EU integration project from the very beginnings. However, for some commentators the intention to bring citizens closer to the Union stands distinct from the desired stronger integration at the EU level in certain policy areas. Their argument is that greater application of the subsidiarity principle will strengthen the European nation-states, and inevitably come at the expense of the EU central level. Thus, this trade-off between the "stronger Union vs. effective subsidiarity" has been addressed through different mechanisms, which will be presented later in the article.

Another important issue deals with the democracy and input legitimacy of the proposed EU actions. Introducing directly elected national parliaments as guardians of subsidiarity along with the EU "legislative triangle" (the European Commission, the Council of Ministers, and the European Parliament) bestows more legitimacy on the EU acts. It bridges the democratic gap that emerged from the technocratic characteristic of EU decision-making, pictured in the unelected Commission with a monopoly of legislative initiation, and informal "comitology" and "trialogue" procedures for the adoption and implementation of EU regulations as methods of inter-institutional negotiation behind closed doors.

The principle of subsidiarity is moreover inherently intertwined with two other fundamental principles essential to EU decision-making,<sup>35</sup> with which it jointly forms Article 5 TEU, namely the principles of conferral<sup>36</sup> and proportionality.<sup>37</sup> Their interplay is confirmed in the case law of the Court of Justice, which has held that the subsidiarity check includes a necessity test, i.e. the element of proportionality.<sup>38</sup> Some authors thus argue that since there is an evident convergence and functional overlap between the

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Lenaerts, *op. cit.* (n. 12), p. 850 and 875. He holds that not only does Article 5 "[determine] conditions that must be met for the Union to be able to take action under one of its powers ('only if' question, i.e. the assessment of the need for EU action or subsidiarity *sensu stricto*)" but it "also indicates the permissible extent of such action ('insofar as' question, i.e. the assessment of the nature and intensity of EU action or subsidiarity *sensu lato*)", which is covered by the proportionality principle.

<sup>36</sup> Article 5(2) TEU: "Under the principle of conferral, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States."

<sup>37</sup> Article 5(4) TEU: "Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties."

<sup>38</sup> Louis, J. V., *National Parliaments and the Principle of Subsidiarity - Legal Options and Practical Limits*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 4, No. 3, 2008, p. 443.

principles, it will be difficult in practice to separate their scrutiny, and the designated procedure for safeguarding the particular principle individually will inevitably come with many shortcomings.<sup>39</sup> However, an important difference to note is that proportionality, unlike subsidiarity, applies even in cases where EU competence is exclusive.<sup>40</sup>

As will be assessed in more detail later in this article, the concept of subsidiarity, as a multifaceted notion, is normatively filled with both legal and political substance. Thus, possible inconsistencies in assessing the principle partially, i.e. only through the lens of one or the other approach, further complicate its interpretation and application in practice. Academics, legal practitioners and politicians have from the early days developed diverging concepts on subjecting the control of application of subsidiarity to a particular institution or body, whether national or supranational. Therefore, we have seen proposals for judicial (substantive and procedural) guarantees, in contrast to advocating the complete exclusion of the principle from the Treaties, and endorsing legislators with such responsibility.<sup>41</sup> Those who insist on the legal nature of the principle have brought forward suggestions for the creation of a special advisory/judicial body, i.e. subsidiarity tribunals operating with an *ex post* legally binding perspective, or a special chamber on subsidiarity within the Court of Justice.<sup>42</sup> Those advocating the political feature of the principle propose the creation of a consultancy committee, formed of national parliamentarians or “wise men”.<sup>43</sup> Earlier Treaty revisions indeed considered some institutional solutions for safeguarding the principle of subsidiarity, but eventually avoided them. Here was another compromise on subsidiarity and a trade-off in weighing conflicting interests: not burdening the legislative procedure and preserving the institutional balance on the one hand, and ensuring a more comprehensive and balanced approach on subsidiarity on the other.

Finally, the Protocol on subsidiarity and proportionality<sup>44</sup> attached to the Treaty of Lisbon came with guidelines for assessing the subsidiarity-specific justifications of EU-wide action. It mandates the EU legislative triangle to ensure compliance with the principle of subsidiarity at each stage of the legislative process.<sup>45</sup> The Commission, tabling draft legislative proposals and justifying EU-level actions in the light of subsidiarity demands, must include qualitative and quantitative indicators to “substantiate reasons for

---

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Furthermore regarding exclusive EU competences, subsidiarity is important for the maintenance and ongoing justification of the principle of the supremacy of EU law, where we have a possible conflict between the earlier regulations already in place, and newly-emerged modern regulatory areas where the principle of subsidiarity may come into play *de novo*. See Cygan, *op. cit.* (n. 5).

<sup>41</sup> Toth, *op. cit.* (n. 7), p. 270.

<sup>42</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38), p. 435.

<sup>43</sup> *Ibid.* Some imaginatively went even further and suggested the appointment of a “Mr. or Mrs. Subsidiarity” who would serve as one of the Commissioners.

<sup>44</sup> Protocol (No. 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, annexed to the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union by the Treaty of Lisbon of 13 December 2007 (2012) OJ C 326, pp. 206-209.

<sup>45</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), pp. 9-10.

concluding that a determined objective can better be achieved at the Union level”.<sup>46</sup> This concerns both the choice of instruments and the content of the proposal.<sup>47</sup> The European Parliament’s Rules of Procedure likewise provide that “during the examination of a proposal for a legislative act, Parliament shall pay particular attention to respect for the principle of subsidiarity”.<sup>48</sup> These dynamics are further regulated by various inter-institutional agreements concluded by the Commission, the Council and the Parliament. An example is the recent agreement on “Better Law-making”, which mandates the Commission to clarify “in its explanatory memoranda how the proposed measures are justified in the light of the principle of subsidiarity” and to “take this into account in its impact assessments”.<sup>49</sup> In these impact assessments, the Commission ought to provide “justification for EU action in terms of the need for harmonization, and the [explicit] subsidiarity calculus”, which “should in turn facilitate judicial review”.<sup>50</sup> We turn to the latter in the following part of this article.

## 2. 2. Subsidiarity as a legal concept in the case law of the EU Court of Justice

Procedurally, subsidiarity can be invoked either upon referral from the national courts to the Court of Justice in the preliminary ruling procedure or through direct action (for infringement). More specifically regarding the latter, Article 8 of the Protocol on subsidiarity and proportionality institutionalises the procedure for challenging the (non)application of the principle before EU judicial instances. Directly mentioning Article 263 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), it establishes the CJEU’s jurisdiction for ruling *ex post* in actions on the grounds of infringement of the principle of subsidiarity by a legislative act.<sup>51</sup>

The first important observation in this context relates to the interpretation of the legal basis selected for a particular regulatory act. Dependent on this, and on a subsequent justification of the regulatory choice, is the Court of Justice’s assessment of subsidiarity compliance. However, this may be especially complicated in interrelated and overlapping regulatory areas and levels of competence. In other words, pursuing a particular aim could be legally sound under one particular legal basis but not under another. The problem lies in the uncertainty surrounding certain policy areas – do they fall within or outside the sphere of EU competence? Some authors hold that there are in fact no clear limitations to the EU’s potential competence. De Burca thus argues that any formally

---

<sup>46</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38), p. 436.

<sup>47</sup> Raffaelli, *op. cit.* (n. 1). Regarding the choice of the regulatory instruments, it is usually contended that the EU has preferred regulation by directives, which are “designed to foster subsidiarity” since they, according to Article 288 TFEU, leave space for the national regulatory choice of form and methods for reaching the prescribed obligatory goal. See Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 75.

<sup>48</sup> Raffaelli, *op. cit.* (n. 1).

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 78.

<sup>51</sup> The same article entrusts the EU Committee of the Regions with a special right to bring such actions, in order to safeguard its institutional prerogatives, against legislative acts, regarding the procedures in which it ought to participate in its consultancy capacity.

established legalistic boundaries would inevitably be in constant shift and change, downplaying the practical utilisation of the principle of subsidiarity.<sup>52</sup> Moreover, EU-proposed actions usually envisage multiple objectives to be achieved. Some of those objectives may, and others may not, require EU-wide action. This is especially relevant for measures allegedly contributing, whether modestly or substantially, to the “establishment and functioning of the internal market”.<sup>53</sup> Here, balancing of the comparability and significance of these goals in relation to those that may be a matter for national authorities presents a politically salient issue and ultimately a challenging task for the CJEU.<sup>54</sup> It is even more difficult to strike a proper balance in situations where an EU objective could be sufficiently achieved through regulation at the EU level,<sup>55</sup> but some other aspects, like implementation, monitoring and enforcement, are better attained at the level of Member States.<sup>56</sup>

The second important observation relates to the question of justiciability of the subsidiarity principle. In more general terms, justiciability implies the following quality of a rule or a principle: its judicial enforceability or “solvability” by judicial intervention. The classic EU law doctrine would add to this the requirements of sufficient clarity, precision and unconditionality. Three comprehensive criteria for assessing whether the issue is capable of judicial resolution in the EU are thus proposed: (i) the question of the CJEU’s jurisdiction – is it envisaged or not? (ii) the question of admissibility – does an action for bringing an issue before the Court exist, and who has the active legitimation to bring such action? and (iii) the question of substance – does the Court’s power to determine the issue on the merits exist?<sup>57</sup> It is asserted that the first two steps comprise legal procedural exercises, which are properly vested in the jurisdiction of the Court of Justice. On the other hand, the third substantive step comprises a material assessment of the objectives of a particular proposed act, and amounts in essence to answering the question concerning at which level they are better achieved. It therefore requires “mainly political or economic assessments that exceed the proper judicial functions”.<sup>58</sup> This third criterion represents the crux of the “subsidiarity conundrum” in its legal dimension. In the remainder of this part, the main issues that aggravate determining on the merits subsidiarity cases are reviewed. These issues determine the subsidiarity principle’s justiciability before the CJEU.

It has been recognised from the outset that, in the formulation and implementation of functional or sectoral policies (e.g. internal market regulation), the exercise of EU competences involves “an evaluation of complex economic facts and market conditions”.<sup>59</sup>

---

<sup>52</sup> de Burca, *op. cit.* (n. 14), p. 19.

<sup>53</sup> Such as, for instance, in the Tobacco Advertising case, C-376/98 *Germany v. European Parliament and the Council* ECLI:EU:C:2000:544.

<sup>54</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 9.

<sup>55</sup> Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 75.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Toth, *op. cit.* (n. 7), p. 279.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>59</sup> *Ibid.*

Within the EU institutional architecture, the CJEU was deemed unsuitable in terms of “staff, facilities and expertise” to examine whether the proposal is “good, appropriate or adequate” and thereby undertake research to deliver “complex economic and political judgments”.<sup>60</sup> The scenario in which the Court would nevertheless use its discretion in substantively assessing the objectives of proposed EU acts opens the floor for judicial activism and law-making. The Court of Justice has indeed been strongly accused of such practice.<sup>61</sup> In effect, it amounts to replacing the legislative discretion of the Commission, the Council and the Parliament under the guise of judicial review, thus interfering with the principles of separation of powers and institutional balance in the EU.

The judicial activism objection seems particularly important regarding the principle of subsidiarity. In certain instances, the CJEU, through its jurisprudence, has arguably enlarged EU powers, e.g. by defining the principles of implicit and pre-emptive competences.<sup>62</sup> This might explain in part the Court’s restrictive approach to assessing the compliance of EU acts with subsidiarity. It has been argued that despite the CJEU’s declared intention to approach subsidiarity-policing in a balanced and neutral way, its position is rather “one-sided” in favour of EU competence. In reality, the Court faces a “conflict between the constitutional imperative to be neutral between Member States and the [Union], and the law which gives shape and existence to the Court and its jurisdiction”.<sup>63</sup> The outcome of this conflict – so it is suggested – will inevitably lead to greater leeway for the EU regulator.

Similarly, subsidiarity has tended to diminish in importance in the CJEU’s jurisprudence when faced with the Court’s logic of “economic constitutionalism” coupled with integrationist and expansionist bias.<sup>64</sup> In selected examples,<sup>65</sup> de Burca argued that there is the obvious phenomenon of the Court refusing to engage with the subsidiarity argumentation, by assessing or questioning the appropriateness of the EU economic norms in light of their aims and the principle of effectiveness. Such a position of the Court ultimately leads to the encroachment of the EU’s regulation into areas of national competences originally intended to stay outside its reach. How does the CJEU justify its position? First, it opts for a strict textual interpretation of economic rules as being

---

<sup>60</sup> *Ibid.* This account, however, disregarded the added value of contributions of the parties to the proceedings and representatives of various interveners (Member States’ governments and institutions), together with the assistance of the Advocates General, for the Court’s capacity to effectively assess these issues.

<sup>61</sup> Davies, *op. cit.* (n. 4), p. 65. The argument is that if a situation requires the CJEU to “consider alternatives”, it will inevitably be involved in “policy-making considerations”.

<sup>62</sup> Mataija, *op. cit.* (n. 2), p. 151.

<sup>63</sup> Davies, *op. cit.* (n. 4), p. 66.

<sup>64</sup> This means that the Court “prioritize[d] and privilege[d] market liberalization norms” while adopting EU-friendly interpretation of the division of competences. See de Burca, *op. cit.* (n. 14), p. 37. Only recently has this characterisation of the CJEU as “pro-integrationist” been challenged, but with no immediate changes in the Court’s approach to subsidiarity.

<sup>65</sup> In the earlier case law, prior to the introduction of subsidiarity into the Treaties, see, for instance, Case 9/74 *Casagrande* ECLI:EU:C:1974:74, and Case 65/81 *Reina* ECLI:EU:C:1982:6. For a post-Maastricht example of the Court refusing to engage with subsidiarity argumentation, see Case C-415/93 *Bosman* ECLI:EU:C:1995:463.

More in de Burca, *op. cit.* (n. 14), pp. 37-38.

inherently far reaching. The implication of this is that no area of domestic policy, even exclusive national competences, can ever be definitively understood as being “beyond the reach of the EU’s economic norms”.<sup>66</sup> Therefore, what the Court did is to affirm and repeatedly support what is essentially an irrefutable presumption: the objectives of internal market measures can only be better achieved at the EU level.<sup>67</sup> The argument often entertained by the CJEU is that any differences in the Member States’ laws are likely to cause distortions in competition and thus erect barriers to the effective functioning of the EU market.<sup>68</sup> Such a judicial construct in effect undermined the practical value of subsidiarity in the Court’s assessments – it lost all strength when faced with market priorities.

The Court’s perspective on subsidiarity can be conceptualised as follows. Imagine a harmonising measure being challenged for annulment. A Member State bringing the challenge would have to establish that a regulated area – for instance, occupational safety,<sup>69</sup> public health,<sup>70</sup> or food safety,<sup>71</sup> all primarily national competences – would be just as well (or even better) regulated by the Member States acting alone; therefore, subsidiarity should prevent the EU from acting.<sup>72</sup> However, the goals of those “challenged or interpreted [measures] are not exclusively, generally not even primarily, that of regulating the substantive area of law in question”; instead, the goal is pursuing “one of the [EU’s] functional competences – in most cases it is removing obstacles to free movement or distortions of competition”.<sup>73</sup> The Court would then accept the necessity of the EU harmonising measure for attaining the stated goals, “since it is manifestly the case that Member States acting alone will never be able to achieve the goals pursued by harmonization, and hence there is no subsidiarity criticism to be made”.<sup>74</sup> This way, there was a risk of subsidiarity becoming redundant and irrelevant altogether, since, where uniformity is deemed necessary for the functioning of the internal market, only the EU would be able to act.<sup>75</sup> Such an option would run counter to the intention of the creators of the Treaties: there was a reason why the functional competences, including the internal

---

<sup>66</sup> *Ibid*, p. 39. In other places, the author puts it differently: it is “virtually impossible to assert with confidence whether there exist a policy area which completely remains outside the EU regulatory grip”.

<sup>67</sup> See, for example, Case C-491/01 *British American Tobacco* ECLI:EU:C:2002:741, para. 180, as cited in Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 11.

<sup>68</sup> Few authors have recognised this as problematic, even before the subsidiarity principle was incorporated in the Treaties. They claimed that since only the EU could adopt market harmonisation measures, the internal market competences should be enlisted as exclusive EU competences. Therefore, subsidiarity could not be applicable to the exercise of these powers. These views were eventually rejected in the final version of the Treaty of Maastricht, which designated the internal market as a competence shared between the EU and Member States, where it has remained until today. For more, see Toth, A. G., *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, Common Market Law Review, Vol. 29, No. 6, 1992, p. 1079.

<sup>69</sup> Case C-84/94 *UK v. Council* (Working Time Directive) ECLI:EU:C:1996:431.

<sup>70</sup> *British American Tobacco*, *op. cit.* (n. 67).

<sup>71</sup> Case C-154/04 *Alliance for Natural Health* ECLI:EU:C:2005:449; Case C-377/98 *Netherlands v. Parliament and Council* (Biotechnology Directive) ECLI:EU:C:2001:523.

<sup>72</sup> Davies, *op. cit.* (n 4), p. 73.

<sup>73</sup> *Ibid*.

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 74.

<sup>75</sup> *Ibid*.



market, where “national and EU powers become inextricably entwined”, were constitutionally envisaged as shared competences where a subsidiarity check is intended to apply.<sup>76</sup>

In any event, what indeed happened in the early case law, in which the CJEU explicitly engaged in assessing the legislative proposals in the light of the principle of subsidiarity, was the Court’s adoption of in general restrictive yet inconsistent interpretation of subsidiarity. This was a standard critique coming from the legal commentators. An almost unanimous claim was that the “EU courts do not take subsidiarity seriously” but rather engage in a “low-intensity judicial review of the principle”.<sup>77</sup> This was due to both objective difficulties to operationalise the vague legal principle and the Court’s refusal to engage in strict and homogeneous subsidiarity scrutiny.<sup>78</sup> Another “political” explanation for the Court’s avoidance of wrestling with the justiciability of subsidiarity is its alleged deference to the Union legislators. In simple terms, the Court respects the nature and outcomes of EU decision-making, where the act is adopted if a qualified majority backs it in the Council and hence implicitly rejects any subsidiarity-related objections.<sup>79</sup> All these observations will be further addressed when particular cases are discussed below.

Since many uncertainties regarding subsidiarity in the judicial process have remained, a decision on the aims and appropriateness of the proposed EU action has shifted more towards the political arena.<sup>80</sup> In the post-Lisbon era, subsidiarity is still considered by many as not justiciable in its entirety, despite being laid down in the Treaty. Put differently, although constitutionally articulated, the principle of subsidiarity is not normatively “filled with substance”. This is why it was hitherto interpreted and

---

<sup>76</sup> *Ibid*, p. 75.

<sup>77</sup> This notwithstanding the lack of research on how many subsidiarity cases have actually been brought before the Court of Justice since the constitutionalisation of the principle. See Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 80. Furthermore, Craig has estimated that in more than twenty years after the subsidiarity was introduced in the Treaty of Maastricht, there have been only around a dozen cases dealing with genuine subsidiarity challenges. Comparing that with the vast amount of EU regulation during the same period, he concludes that it demonstrates the limitation of the Court’s assessment of the legal dimension of subsidiarity.

<sup>78</sup> The latter position of the CJEU was seen in the Tobacco Advertising case, *op. cit.* (n. 53). The German government initiated an action before the Court following the subsidiarity objections raised by the Bundestag. However, the Court did not delve deeper into the question of subsidiarity. It rather annulled an EU directive for the reason of an improper legal basis, even though there were references to the question of the level of governance at which the action could be better performed. This judgment seems to indicate that where an EU act is found invalid for whatever reason, the subsidiarity issue will not arise and be taken into consideration in proceedings before the Court. Since subsidiarity sets a limit on the exercise of EU competence, the assessment of subsidiary is unnecessary when there is no competence to act at all. I am grateful to an anonymous reviewer for drawing my attention to this last point.

<sup>79</sup> Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 81. He holds that the reason for the “relative lack of [subsidiarity] challenges, and the weakness of the challenges [brought before the Court]”, lie in the fact that the act’s “enactment attests that there was a sufficient number of Member States to secure a qualified majority, which believed that action at EU level was required in accordance with the subsidiarity calculus”. Thus, Member States that base their legal action principally on subsidiarity infringement will have to face opposition by Member States intervening before the Court and contending that action at the EU level was indeed warranted, as confirmed by their vote in favour of the adoption of the contested act.

<sup>80</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 152.

understood primarily as a political “brake” to breaches of competence at the Union level.<sup>81</sup> The political dimension of subsidiarity is increasingly being highlighted, while its legal character remains questionable. Therefore, the situation has not changed much since perhaps the most famous criticism of the judicial assessment of the principle of subsidiary was delivered. The then-President of the Court of Justice, Lord Mackenzie Stuart, termed subsidiarity as a “rich and prime example of ‘gobbledygook’ which simultaneously embraces two opposed concepts”,<sup>82</sup> i.e. the political and the legal.<sup>83</sup> As it turns out, the CJEU did not manage to make the term more comprehensible.

To the author’s knowledge, there have still been no judgments on the annulment of EU acts for breaching the subsidiarity principle.<sup>84</sup> As mentioned before, subsidiarity has appeared before the CJEU only in a limited number of cases. It has been invoked by the parties, rather unsuccessfully, either as a reason for requesting annulment or as an aid for interpretation of EU legislation. On the other hand, the Court has only gradually and timidly come to address subsidiarity in its case law. The very first hint that the principle might be justiciable, at least in principle, came in the case *United Kingdom v. Council*.<sup>85</sup> The judgment was welcomed with the caution that subsidiarity is “justiciable, although not with mathematical certainty”.<sup>86</sup> However, can we ever consider a principle as fully justiciable if it cannot be definitively and “with mathematical certainty” interpreted and applied? The CJEU’s consistently simplistic and vague argumentation,<sup>87</sup> as reiterated in

---

<sup>81</sup> Zalewska, M. & Gstrein, O. J., *National Parliaments and their Role in European Integration: The EU’s Democratic Deficit in Times of Economic Hardship and Political Insecurity*, Bruges Political Research Papers, No. 28, 2013, p. 24., available at: <https://www.coleurope.eu/study/european-political-and-administrative-studies/research-publications/bruges-political-research>.

<sup>82</sup> Jensen & Martinsen, *op. cit.* (n. 3), p. 14. Oxford Living Dictionaries (<https://en.oxforddictionaries.com/>) define “gobbledygook” as “language that is meaningless or is made unintelligible by excessive use of technical terms”.

<sup>83</sup> The same was subsequently criticised by many authors as an attempt to elevate the maxim of sound administration and a policy principle into a legal rule, or in other words to turn a “rule of institutional conduct into a fundamental [legal] principle of the EU law”. See Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 158.

<sup>84</sup> In theory, a binding EU act failing to comply with an essential procedural requirement related to the application of the principle of subsidiarity is a more likely possibility than its annulment for manifest error of assessment. See Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 12. Cf. with the already discussed difference in subsidiarity’s formal/substantive as opposed to its procedural dimension, in Toth, *op. cit.* (n. 7), p. 279-280.

<sup>85</sup> Case C-84/94 *UK v. Council* (Working Time Directive), *op. cit.* (n. 69).

<sup>86</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 163.

<sup>87</sup> A more detailed example of the Court’s reserved approach towards subsidiarity is the early judgment in the Case C-233/94 *Germany v. European Parliament and the Council* ECLI:EU:C:1997:231. Answering, and eventually rejecting, the German government’s plea on infringement that the adopted directive did not contain a thorough explanation of how it was compatible with the principle of subsidiarity, the Court held that: “in the Union legislature’s view, the aim of its action could, *because of the dimensions of the intended action*, be best achieved at Community level” (para. 26, emphasis added). The Court then found that in response to the Commission’s earlier recommendations via national measures, Member States did not fully achieve the desired result. Thus, it was concluded that the “objective of its action could not be achieved sufficiently by the Member States” (para. 27). Consequently, the Court viewed it as “apparent that the Parliament and the Council did explain why they considered that their action was in conformity with the principle of subsidiarity, and that an *express reference to that principle cannot be required*” (para. 28, emphasis added).

the more recent *Inuit* case,<sup>88</sup> has kept raising objections to the principle's full justiciability. The Court primarily observes compliance with subsidiarity as one of the conditions covered by the requirement to state reasons for EU acts.<sup>89</sup> However, even then it takes a restricted and undemanding approach and simply checks whether motivation has been indicated in the preamble of the adopted legal acts.<sup>90</sup> The Court will find the requirement to be satisfied if "it is clear from reading the recitals that the principle has been complied with".<sup>91</sup>

On the other hand, the Advocate General in the *Vodafone* case<sup>92</sup> proposed to the Court not to consider the "legislative authority's intent" as an exclusive guarantee of a "sufficient justification" that warrants action by the Union.<sup>93</sup> In the subsequent judgment, the Court moved away from reading only the preamble to taking an "indirect account of the relevant impact assessment to establish the grounds [for EU action], which are largely based on the transnational nature of the proposed action".<sup>94</sup> Nevertheless, in recent cases the Court came back to a more formalistic and reserved assessment of subsidiarity compliance when it affirmed its mandate to verify only "whether the Union legislator was entitled to consider, on the basis of a detailed statement, that the objective of the proposed action could be better achieved at Union level".<sup>95</sup>

What can, if anything, be concluded from these examples of the CJEU's inconsistent examination of the compliance of EU regulatory practice with the principle of subsidiarity? First, the Court usually does not require a detailed explanation of the proposed legislation. It is enough that the EU institutions claim that for some reason national legislation seems inadequate and that Union action brings added value. As previously elaborated, this remains highly problematic, especially in the internal market sphere. By default, there exists a presumption that the EU is the only one able to efficiently harmonise and ensure the functioning of the internal market, while the Member States on their own are unable to do so. The Court's apologists defend such "judicial scrutiny of the appropriateness of reasons" invoked in favour of the EU action as the only "practical route

<sup>88</sup> Case T-526/10 *Inuit* ECLI:EU:T:2013:215, paras. 79-86; appealed Case C-398/13 P *Inuit* ECLI:EU:C:2015:535.

<sup>89</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), pp. 11-12.

<sup>90</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 163.

<sup>91</sup> Raffaelli, *op. cit.* (n. 1).

<sup>92</sup> Case C-58/08 *Vodafone*, Opinion of the Advocate General Maduro ECLI:EU:C:2009:596, as cited in Raffaelli, *op. cit.* (n. 1).

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> C-547/14 *Philipp Morris* EU:C:2016:325, para. 218.

Along these lines of the Court's lenient approach is the judgment in the ESMA case (C-270/12 *UK v. European Parliament and the Council* ECLI:EU:C:2014:18). There, the Court formalistically accepted that the objectives of the proposed action through the established EU agency could not be sufficiently achieved by the Member States individually, without going into a more detailed analysis of that proposition. It additionally confirmed that the regulation in question placed enough criteria and limitations for judicial review and political control of the exercise of the EU authority in question, meaning that the powers vested in the agency were compatible with the Treaties. For more details, see Tridimas, T., *Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA*, in: Shuibhne, N. N. & Gormley, L. W. (Eds.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A Usher*, Oxford University Papers, 2012.

for the Court of Justice to supervise the respect by the political institutions [of the subsidiarity requirements].<sup>96</sup> Second, the annulments of EU acts for breaches of the subsidiarity principle are hardly expected. The CJEU recognises the EU decision-makers' "wide discretion or margin of appreciation in making complex policy assessments"<sup>97</sup> when deciding on the appropriate level of action for achieving the designated aims. Third, the Court at the same time tries to safeguard its institutional status as an ultimate adjudicator and interpreter of EU law. Albeit marginally, it preserves the entitlement to examine the "accuracy of the findings of fact and law in the acts involving complex assessments, and [to] address the question whether the objective of the proposed action could be better achieved at the EU level".<sup>98</sup> However, due to the political sensitivity attached to subsidiarity, the Court maintains a cautious approach even concerning the procedural scrutiny of the principle.<sup>99</sup> The Court's undemanding approach led to a low threshold for satisfying subsidiarity's procedural requirements of stating and substantiating reasons in favour of EU action. This remains unsatisfactory not least because "texts of explanatory memoranda accompanying legislative proposals invariably contain brief and self-serving references to subsidiarity, as do references to subsidiarity in the preambles of legislation".<sup>100</sup> The Court's approach lays the greatest burden for ensuring compliance with subsidiarity on the Commission, which holds the monopoly of legislative initiation. However, the Commission's motivation to dedicate full attention to procedural requirements has remained strongly questionable, possibly due to its limited capacity and institutional constraints to engage thoroughly with subsidiarity assessment. After all, the Commission itself is of the opinion that although subsidiarity has application in law, it remains an "essentially political principle".<sup>101</sup>

As a final remark, the Court of Justice's case law on subsidiarity seems largely to uphold the initial argument of the principle being justiciable only to a "certain point and subject to restrictions".<sup>102</sup> This may be the result of either internal judicial reservations, uncertain

---

<sup>96</sup> Lenaerts, *op. cit.* (n. 12), p. 894. The argument goes that the EU political institutions, faced with the possibility of a "direct 'political' control of the Member States, their subnational authorities and interested citizens", will be "forced to think thoroughly before acting" and will thus invest effort to "express the [appropriate and convincing] reasoning with regards to the operation of subsidiarity as limit *intra vires* to [the Union's] action".

<sup>97</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 11.

<sup>98</sup> Case *British American Tobacco*, *op. cit.* (n. 67), para. 180.

<sup>99</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 12.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 161. The EU political institutions have similarly taken on the scope of subsidiarity. The Commission held at the very beginning that subsidiarity "is first and foremost a political principle, a sort of rule of reason. Its function is not to distribute powers. That is a matter for the authors of the Treaty. The aim of the subsidiarity principle is, rather, to regulate the exercise of powers and to justify their use in a particular case". The European Council also remarked early that "the principle of subsidiarity does not relate to and cannot call into question the powers conferred on the [EU] by the Treaty as interpreted by the Court. The *acquis communautaire* as well as the balance between the [Union] institutions do not therefore come under pressure as a consequence of the statement of the principle of subsidiarity in the Treaty. There is no separate decision on subsidiarity preceding the decision on the substance of [Union] action. Subsidiarity and substance are necessarily and inextricably intertwined and thus must be part of a single decision-making process". For more details, see Lenaerts, *op. cit.* (n. 12), pp. 893-894.

<sup>102</sup> Toth, *op. cit.* (n. 7), p. 272.

delineation of exclusive and shared competences, or external shortcomings of subsidiarity's legal framework, even after the introduction of a distinct procedure in the Protocol on subsidiarity and proportionality specifically designed for bringing subsidiarity issues to the Court's *ex post* assessment. Therefore, the subsidiarity check in the form of a judicial procedure proved to have a rather limited influence on EU law-making practices, both substantially (regarding the quality of proposals in light of the appropriateness of the action) and quantitatively (the frequency and amount of Union-level regulation).<sup>103</sup> Three reasons for this outcome were offered: (i) failures in the substantial and procedural design of the principle; (ii) political indifference towards the principle or even "antipathy on the part of the EU institutions and some Member States"; and (iii) "constitutional indifference or antipathy on the part of the Court of Justice".<sup>104</sup> This led some authors to argue that the judicial review of subsidiarity is defective, since the principle itself is ill-suited to provide legal answers to the political problems of the demarcation of competences. For them, it essentially remains "the wrong rule, in the wrong place, at the wrong time", which "serves primarily as a masking principle, presenting a centralizing polity in a decentralizing light".<sup>105</sup>

However, such a bleak and fatalistic depiction of subsidiarity does not suffice in itself. A reflection on this criticism is indeed necessary to concretise and refine the status of subsidiarity before the CJEU and to look for possible ways forward. This is important for ensuring the interests of legal certainty, institutional trustworthiness, consistency in the Court's case law, principles of good administration and inter-institutional balance, and more democratic and inclusive decision-making in the EU. All these interests are laudable and worth pursuing, notwithstanding the unsatisfactory record of the judicial oversight of subsidiarity that is unlikely to improve significantly in the near future.<sup>106</sup> Seeking to address these challenges by striking an appropriate balance between judicial control and the political safeguarding of subsidiarity, the EU entrusted national parliaments with responsibility to monitor the application of the principle in the pre-legislative stages of EU decision-making. This political procedure, to which we turn in the following part, arrived with the promise of reinforcing and provoking an appropriate judicial response to subsidiarity, and thus of "increasing the accountability and legitimacy of the EU law-

---

<sup>103</sup> Actually, the amount of EU regulation has decreased recently. However, this was due to neither the increased judicial scrutiny of the principle of subsidiarity, nor the national parliaments' engagement in policing compliance with the principle, as will be explained in the following part. It was rather the result of the Juncker Commission's new general strategy of "better regulation", i.e. smaller in amount but greater in impact, as a response to political crises in the EU and a lack of popular support for EU regulatory initiatives. See European Commission, *Speech of the President Jean-Claude Juncker – State of the Union Address, 2017*, available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm).

<sup>104</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 4.

<sup>105</sup> Davies, *op. cit.* (no. 4), p. 66 and p. 77. Davies argues that subsidiarity's main shortcoming is that "instead of providing a method to balance between Member State and [EU] interests, it assumes the [primacy of EU] goals, absolutely privileges their achievement, and simply asks who should be the one to do the implementing work" (pp. 67–8). For a critique of Davies' argument, see Craig, *op. cit.* (n. 6).

<sup>106</sup> Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 84.

makers, [while] in an unprecedented way enhancing the sense of ‘ownership’ of the European project at national level”.<sup>107</sup>

### **2. 3. Subsidiarity as a political concept in the Early Warning System mechanism exercised by the national parliaments**

National parliaments were for a long time seen as the main losers and victims of the EU’s deepening integration project, which favoured the national executives, and the Council and the European Parliament at the supranational level.<sup>108</sup> Theses of the “de-democratisation” and “de-national-parliamentarisation” of the EU, both substantive – national parliaments losing their competences, and procedural – national parliaments being left outside EU decision-making, were employed for explanations.<sup>109</sup> Therefore, national parliaments as domestic sovereigns ceded regulatory powers to the EU. Political balance shifted away from them with a growing number of policy areas being regulated at the EU level and procedures of supranational decision-making increasingly being used. The national parliaments hence appeared as mere spectators in EU political life and acted as “rubber-stampers” of the proposals being mailed to them from Brussels.<sup>110</sup>

The Working Group on Subsidiarity at the Constitutional Convention on the Future of Europe, which drafted the infamous Treaty Establishing a Constitution for Europe, recognised that subsidiarity is substantively of a political nature, its implementation includes a wide margin of discretion, and therefore the monitoring compliance-ensuring procedure should be conducted through an *ex ante* political mechanism.<sup>111</sup> The Lisbon Treaty, which built upon these findings, therefore came as a paradigm-changer in this respect, at least formally. Protocols attached to the final version of the Treaty contained references to the new role of national parliaments in EU decision-making. This introduced a certain shift from the judicial oversight of subsidiarity to parliamentary policing of the principle. The above-described weak and perplexed *ex post* judicial control of subsidiarity has been reinforced with an *ex ante* political mechanism for increased scrutiny of the principle.<sup>112</sup> At the time, it was enthusiastically described as an “indication of, or a way to, a paradigm shift towards a kind of polycentric Union”.<sup>113</sup> With these novelties in place, the EU aimed at increasing the input and output legitimacy of Union-level actions through the newly established collective subsidiarity monitoring mechanism.

National parliaments after Lisbon hence possess twofold privilege. It embodies in them elements of both institutional approaches for safeguarding subsidiarity: *ex ante* political

---

<sup>107</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 17.

<sup>108</sup> Cygan, *op. cit.* (n. 5), p. 481.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Jensen & Martinsen, *op. cit.* (n. 3), p. 4.

<sup>111</sup> Working Group I - Subsidiarity, *Conclusions of Working Group I on the Principle of Subsidiarity (CONV 286/02)*, 2002, available at [http://european-convention.europa.eu/EN/doc\\_register/doc\\_register0d9a.html?lang=EN&Content=WGI](http://european-convention.europa.eu/EN/doc_register/doc_register0d9a.html?lang=EN&Content=WGI).

<sup>112</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 166.

<sup>113</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38), p. 434.

control through the Early Warning System (“EWS”), and the *ex post* legal control through mandating their governments to initiate infringement proceedings before the CJEU. The latter option in general has remained a major political issue for the majority of national governments given the usual resistance on their part to allow access to the Court for other national institutions or decentralised entities other than themselves.<sup>114</sup> For this reason, the former political procedure has come into focus.

Before the Lisbon developments, domestic ministerial scrutiny and holding the national executive accountable were the dominant influence of national parliaments on European affairs. Nowadays, domestic legislatures have as a matter of principle an interest in retaining competences at domestic level, and in acting as a “decentralizing corrective vis-à-vis Brussels” by exercising their prerogatives.<sup>115</sup> These new powers granted to national parliaments by the Protocol on subsidiarity and proportionality allow them precisely to do so. More specifically, the EWS mechanism gives them a powerful tool to object to an EU proposal on the grounds that it breaches the principle of subsidiarity. If a sufficient number of national parliaments object, the proposal has to be reviewed, and may consequently be maintained, amended or withdrawn by the Commission or blocked by the European Parliament or the Council. This procedure will be explained in more detail below. The Protocol also provides that, in the case of a breach of the principle of subsidiarity, the Committee of the Regions or the Member State(s) may challenge the adopted act directly before the CJEU.<sup>116</sup>

The most important procedure in this context – the EWS mechanism – is exercised collectively by all national parliaments in the EU acting through a specific voting system.<sup>117</sup> Within the ordinary legislative procedure, any national parliament or parliamentary chamber (in the case of bicameral national legislators) may object to a draft legislative act by submitting a “reasoned opinion” within eight weeks from receiving the draft proposal. In that opinion, reasons for considering why the draft act does not comply with subsidiarity are stated. When the votes are counted, each national parliament is allocated two votes, whereas bicameral parliaments split the votes between the chambers.<sup>118</sup> If reasoned opinions against an EU draft act represent at least one-third (the threshold in the area of freedom, security and justice is one quarter) of the total number of votes allocated to national parliaments and their chambers, a so-called “yellow card” is issued. If over half of the legislatures issue an opinion, an “orange card” is instituted. The

---

<sup>114</sup> *Ibid*, p. 438.

<sup>115</sup> Kiiver, *op. cit.* (n. 8), p. 100.

<sup>116</sup> With this, the position of the Committee of the Regions in the EU institutional framework is slightly improved. However, the self-proclaimed “guardian of the principle of subsidiarity” remains on the margins of the decision-making processes and of the procedural scrutiny of subsidiarity, since it can only act in an advisory capacity to legislative proposals initiated by the Commission. It is also interesting to note that the Committee “acknowledged the fundamentally political nature of subsidiarity”, and took a stance that it is a dynamic principle which can serve both to extend and limit EU powers at the same time. See more in Constantin, *op. cit.* (n. 13), pp. 161-162.

<sup>117</sup> Kiiver, *op. cit.* (n. 8), pp. 102-103.

<sup>118</sup> Raunio, T., *National Parliaments and European Integration: What We Know and What We Should Know*, ARENA Working Paper, No. 2, 2009, p. 23, available at: <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2009/>.

consequence of these actions, borrowing their name from football jargon, is explained below. The institution from which the act originates – in the majority of situations the Commission – must review its proposal. Afterwards, the initiator may decide to maintain, amend or withdraw the draft proposal, providing a reason for the decision.

Although national parliaments cannot expressly block a legislative proposal but only provoke a review, the objections raised by a significant number of national parliaments could have great influence on the institution from which the proposal originates. It is hard to imagine that, for example, the Commission would completely disregard the objections from the national parliaments and risk a political backlash.<sup>119</sup> However, if the Commission decides to maintain the proposal unchanged, it has to submit its own reasoned opinion explaining why the proposal complies with subsidiarity in its view. Before concluding the first reading in the legislative procedure, the EU co-legislators will have to consider the reasoned opinion of the Commission and those of the national parliaments within a special procedure, and subsequently decide whether the proposal complies with subsidiarity.<sup>120</sup> If a majority of 55 percent of the members of the Council or, alternatively, a majority of the votes cast in the European Parliament opine that the legislative proposal is not compatible with subsidiarity, it will not be given further consideration.

As previously mentioned, the Protocol on subsidiarity and proportionality also designated reinforced judicial control, whereas national parliaments (via their respective governments) may decide to bring a case to the CJEU in order to adjudicate a possible breach of subsidiarity *ex post*. This (as of yet unprecedented) scenario is often referred to as the “red card”.<sup>121</sup> A direct “red card” by national parliaments was discussed but nevertheless rejected since the very inception of the EWS mechanisms in order to preserve the constitutional prerogative of the Commission over legislative initiation, and of the Council over unanimous amendment of the Commission’s proposals.<sup>122</sup>

The first eight years of the EWS’s application have shed some light on its usefulness and shortcomings. In total, the mechanism has been successfully triggered only three times. In 2012, the very first “yellow card” was issued against the Commission’s proposal for a

---

<sup>119</sup> The early indications showed that the Commission is willing to take into account opinions submitted by national parliaments, even when the number of parliaments expressing concerns about subsidiarity compliance by the EU proposals has not reached the threshold to formally trigger the “yellow” or the “orange” card procedure. The Commission has replied regularly to a great number of submitted opinions “within the broader context of the political dialogue that it engages in with national parliaments on policy proposals”. See Craig, *op. cit.* (n. 6), p. 79.

<sup>120</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 166.

<sup>121</sup> Jensen & Martinsen, *op. cit.* (n. 3), p. 9.

<sup>122</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38), p. 436. However, since subsidiarity monitoring has been continuously debated after the Lisbon Treaty entered into force, recently we have come close to having a stronger national parliaments’ “red card” prerogative. In 2016, the UK Prime Minister managed to negotiate a deal with his EU counterparts, which would allow 55 percent of national parliaments to block fully, within twelve weeks, proposed EU acts for their non-compliance with subsidiarity. This arrangement was soon dropped after the referendum vote in the UK to leave the EU. See more in Booth, S., *What did the UK achieve in its EU renegotiation?*, Open Europe, available at: <http://openeurope.org.uk/today/blog/what-did-the-uk-achieve-in-its-eu-renegotiation/>.



regulation concerning trade union rights and the right to strike (the so-called Monti II Regulation). Twelve out of forty national parliaments or chambers thereof (19 out of 54 of the total votes allocated) considered that the content of the proposal did not conform to the principle of subsidiarity.<sup>123</sup> The Commission subsequently dropped the proposal. However, the Commission took the view that the subsidiarity principle had not been infringed, but rather that it was aware of the lack of the necessary political support for the proposal in the Council and the Parliament.<sup>124</sup> In 2013, another “yellow card” was issued by fourteen chambers of national parliaments in eleven Member States (18 votes in total) following the proposal for a regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office (“EPPO”).<sup>125</sup> After examining the reasoned opinions received from the national parliaments, which are traditionally sensitive to any attempt of harmonising national criminal justice systems, the Commission decided to maintain the proposal, stating that, in line with the subsidiarity principle, it would “probably be implemented through enhanced cooperation”.<sup>126</sup> Finally, in 2016, the third and so far last “yellow card” was issued again by fourteen chambers in eleven Member States, in protest against the proposal for a revision of the Posted Workers Directive.<sup>127</sup> Unsurprisingly, the Commission again decided to proceed with the proposal, arguing that the posting of workers between different Member States is in essence a transnational issue, and therefore in accordance with the principle of subsidiarity. This issue remains to be resolved.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> Raffaelli, *op. cit.* (n. 1).

<sup>124</sup> Fabbrini, F. & Granat, K., “Yellow card, but no foul”: *The role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for an EU regulation on the right to strike*, *Common Market Law Review*, Vol. 50, No. 1, 2013, p. 139.

<sup>125</sup> Raffaelli, *op. cit.* (n. 1).

<sup>126</sup> *Ibid.* The political signals in favour of this scenario indeed occurred earlier this year, when thirteen Member States at the Council’s meeting of justice and home affairs ministers formally declared their intention to take part in establishing the EPPO, which would have jurisdiction to investigate cross-border criminal acts against the financial interests of the EU. See Nielsen, N., *Thirteen states join EU prosecutor’s office*, *EUobserver*, 2017, available at: <https://euobserver.com/justice/137421>. After that, a total of twenty Member States convening in the Justice Council endorsed a political agreement on the establishment of the new EPPO under the provision on enhanced cooperation. See European Commission, *Press release: Commission welcomes decision of 20 Member States to establish the European Public Prosecutor’s Office*, 2017, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1550\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1550_en.htm).

<sup>127</sup> Raffaelli, *op. cit.* (n. 1).

<sup>128</sup> *Ibid.* Legislative procedure on the proposal for the new Directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of service (COM (2016) 128) is still ongoing. See <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX:52016PC0128>. In late 2017, EU employment ministers reached an agreement on reforming the Posted Workers Directive. The Council thus endorsed the Commission’s proposal which contained the principle of “the same pay for the same work in the same place”, itself contested earlier by the Member States’ parliaments as expressed in their reasoned opinions on the Commission’s proposal. Negotiations on the final version of the Directive’s revision with the Parliament are now in process. Difficulties are expected to emerge between the Member States’ representatives and MEPs, especially on the question of the legal basis, with Parliament aiming to expand the legal basis to the social legislation provisions, besides provisions related to the free movement of services. See Tani, C., *EU overcomes divisions on posted workers*, *EUobserver*, 2017, available at: <https://euobserver.com/social/139599>. In any event, during negotiations on the new Directive there were no new arguments from Member States that the EU cannot legislate in this area due to a breach of the subsidiarity principle.

The EWS was initially considered as a welcome novelty addressing two separate issues in an optimal and “median” way: it offered a technical response to the question of subsidiarity control and inclusion of national parliaments in EU affairs, without further “complicating the institutional structure and burdening the legislative procedure”.<sup>129</sup> It was also underpinned by the idea of facilitating multi-level dialogue and inclusive EU decision-making, fostering the culture of European debate, and ensuring the existence of a functioning and tolerant “constitutional pluralism” and advanced multi-level governance. However, the new mechanism was plagued with many difficulties that diminished its practical value and resulted in a negligible number of successful applications. The majority of national parliaments proved to be ineffective in conducting pre-legislative scrutiny of EU acts for different reasons. Some of these structural shortcomings were identified in the literature at the very beginning and remain relevant in the present context.<sup>130</sup> The first group of problems relates to internal institutional elements, e.g. the limited availability of personnel and resources in national parliaments for their engagement in subsidiarity monitoring. The second group relates to the internal political situation, e.g. the lack of general interest of national parliamentarians in European affairs. The third group relates to the shortcomings of the mechanism itself, e.g. the inadequate procedure for issuing reasoned opinions, or insufficient horizontal coordination between the national parliaments.

One particular internal issue, initially considered as perhaps the greatest political challenge for the new mechanism, was the power-plays between the national parliaments and their respective governments. Introducing this parallel channel to voice a national position through national parliaments, possibly divergent from the Member State’s position communicated by the respective government through the core procedure in the Council, was seen as a risk for the EU political arena which was designated as a “political football field in a domestic dispute between the government and the parliament”.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38), p. 432.

<sup>130</sup> These problems of the political monitoring of subsidiarity, which render the exercise of the EWS mechanism ineffective, have been enumerated in various academic contributions. They include: illogical omission of the assessment of proportionality from the EWS, based on the acknowledgment that the two principles significantly overlap; an information gap on the side of national parliaments and their overload with EU documents; national MPs consider that time- and resource-wise there is nothing politically to be gained from subsidiarity monitoring, as EU politics is still not a “vote winning issue” in national parliamentary elections; the general public remains detached from the EU, as embodied in the constantly diminishing voters’ turnout in elections for the European Parliament; inadequate time allocated for the procedure, with an unattainably high threshold to reach at least the “orange card”, which has never been issued so far; the different lengths of sessions in Member States’ parliaments are not taken into account, and there are divergent political capacities and parliamentary cultures; power-play and collaboration of inter-parliamentary committees dealing with subsidiarity in particular cases; concerns over autonomy and preservation of tradition arising from any institutionalised cooperation of national parliaments, etc. For a detailed overview, see Louis, *op. cit.* (n. 38), Jensen & Martinsen, *op. cit.* (n. 3), Raunio, *op. cit.* (n. 118), Cygan, *op. cit.* (n. 5), pp. 498-500, Kiiver, *op. cit.* (n. 8), pp. 97-99.

<sup>131</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38), p. 44. This critique pointed to the problem of the overlapping national polity’s interests: if national representatives in the Council that are directly accountable to national legislators have an opportunity to influence both formal and substantive elements of legislative proposals, what is the purpose of including the national parliaments’ critical voice? In other words, reflecting on the intention to somehow further tackle the problem of democratic deficit in EU law-making, the question was raised

However, from this time distance, it seems that this particular scenario has not materialised. On the contrary, what has been demonstrated is the domination of the executive (even weaker coalition governments) over the legislative branches in many EU Member States, and the ability of the former to either domestically maintain consensus over EU issues in their national parliaments, or to completely exclude national legislators from having a say on EU affairs. The aforementioned lack of subsidiarity objections by national parliaments suggests that they have not only remained rather isolated from EU decision-making, but also that the EWS has not given them any new leverage over their domestic executives.

Conceptually, national parliaments using the EWS mechanism resemble a French-style *Conseil constitutionnel*, acting as a quasi-institutional organ alongside the EU legislative triangle and “exercising an advisory role in the EU legislative process”.<sup>132</sup> However, a substantive critique of the mechanism asserts that within this procedure national parliaments enter the arena of judicial assessment of lawfulness. In this uncharted territory, they issue opinions on the proposals’ compliance with subsidiarity, rather than political desirability, which would be a typical consultative task of a council of state. In the EWS, the formal admissibility check is based on the legal criteria, contrary to the policy analysis that discusses the political desirability of legislation (i.e. the necessity and effectiveness of the law).<sup>133</sup> In favour of this argument is the finding that national parliaments usually challenge the justification rather than the merit of the proposal when assessing its compliance with subsidiarity. Since the Parliament and the Council often significantly amend the Commission’s proposals later in the process in a way not presented before the national parliaments, it was proposed that under the EWS a formal check of justification be performed, rather than a content of proposals.<sup>134</sup> In the present system, national parliaments “keep engaging in a legal review, behave in a court-like manner, and attempt to use subsidiarity as a legal principle”.<sup>135</sup> Put differently, it is the wrong procedure involving the wrong actors.

Confirming this criticism, one of the first studies of the application of the EWS mechanism indeed demonstrated that national parliaments misused it and overstepped their assigned mandate.<sup>136</sup> The analysis of the first successful “yellow card” showed that national parliaments failed to identify any subsidiarity violation in the proposed

---

whether the EWS “alleviate[d] democratic deficit or further obfuscate[d] representative democracy?”. See more in Christiansen, T., Högenauer, A. L. & Neuhold, C., *National Parliaments in the post-Lisbon European Union: Bureaucratization rather than Democratization?*, OPAL Online Paper Series, No. 11, 2012, p. 22., available at: [www.opal-europe.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=76&Itemid=108](http://www.opal-europe.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=108)

<sup>132</sup> Such status is confirmed in a highly formalised procedure that includes: the obligation to send proposals to national parliaments; the obligation to wait a certain period for reasoned opinions; counting and weighing inputs; and the obligation to re-justify the proposal if the necessary threshold is reached. See Kiiver, *op. cit.* (n. 8), pp. 98-103.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>136</sup> Fabbrini & Granat, *op. cit.* (n. 124).

regulation but rather “reacted to an issue of great political saliency”.<sup>137</sup> They instead assessed and commented on “other aspects of the proposal, such as the legal basis, violation of the principle of proportionality or its content”.<sup>138</sup> The Commission’s proposal had “raised a number of critical questions regarding its content and legal basis, but could not be attacked on grounds of subsidiarity concerns since it addressed an issue – transnational labour disputes – that by definition falls outside the regulatory powers of individual Member States”.<sup>139</sup> Thus, the EWS in effect presents national parliaments with a possibility to perform a “negative” constitutional check on the EU legislative initiatives.<sup>140</sup> In other words, they have the authority to put the “brakes” on EU legislative proposals and justify their actions with a legal-constitutional rationale. Arguably, this is not an appropriate function for national parliaments to perform. It, in addition, draws their resources away from the core democratic functions – controlling their national governments and retaining direct links with their citizens.<sup>141</sup> Therefore, from both the external (regarding the efficiency of supranational decision-making) and internal (regarding national democratic processes) perspective, the EWS mechanism seems displaced.

In conclusion, the political scrutiny of subsidiarity operated by the national parliaments in practice has proved to have an extremely limited influence on EU law-making, both substantially (regarding the quality of proposals in light of the subsidiarity requirements) and quantitatively (the frequency and amount of EU regulation).<sup>142</sup> This observation is remarkably similar to the conclusion on the judicial safeguarding of subsidiarity offered in the previous part. Various academic contributions referred to in this article have almost consensually held that national parliaments, when performing a legal check through the EWS, assess whether the EU has competence to engage in a certain regulatory practice. This practice amounts to a constitutional function that would be better performed, individually or collectively, by either the EU courts, national constitutional courts or specific constitutional councils. Given that the principle of subsidiarity to a certain extent inevitably bears a political weight, the part where the national parliaments are rightfully engaged, i.e. in discussing at which level to implement certain policies, is disconnected from the more legal and judicial exercise of prioritising how to best implement them.<sup>143</sup>

---

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 116.

<sup>138</sup> *Ibid*, p. 138.

<sup>139</sup> *Ibid*, p. 116 and p. 142. Since the Commission eventually decided to withdraw the proposal faced with the national parliaments’ revolt, it has been argued that it had negatively affected the institutional balance in the EU by giving national parliaments a false impression about their actual role in the EU legislative process, and possibly “inadvertently encouraged a further misuse of the subsidiarity review by the national parliaments with potentially negative effects on the delicate balance of powers between the Member States and the EU”.

<sup>140</sup> Crespo, E. B., *Parliamentary Democracy and the Treaty of Lisbon*, OPAL Online Paper Series, No. 1, 2012, p. 13, available at: [http://www.opal-europe.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=76&Itemid=108](http://www.opal-europe.org/index.php?option=com_content&view=article&id=76&Itemid=108).

<sup>141</sup> Jensen & Martinsen, *op. cit.* (n. 3), p. 12.

<sup>142</sup> Regarding the amount of recent EU regulation, see n. 103.

<sup>143</sup> Louis, *op. cit.* (n. 38). In relation with the issues introduced in the first part of the article, even such comprehensive parliamentary scrutiny would not have enough reach in controlling the gradual expansion of EU competences. The EWS is designed only to monitor the proposals of legislative acts that are usually

Therefore, what we are left with is a “subsidiarity stalemate” where neither the judicial nor the political avenue is fully appropriate for genuinely ensuring that the EU institutions comply with the principle of subsidiarity. For this reason, the “S-word” still remains for many mere “gobbledygook” – a fancy yet meaningless, normatively void, term. At this point, is there a possible way forward?

### 3. CONCLUSIONS

Throughout this overview of the issues surrounding the interpretation and application of the principle of subsidiarity, what has become even more obvious is the fundamental tension within the complex nature of the concept itself, and within both institutionalised avenues designated in the EU for addressing it efficiently. The vagueness, the interrelation with other principles, the broader political significance and the clash between legal and political essentials of the principle all burden the substantive perception of subsidiarity in the EU political arena. On the one hand, the judicial avenue for safeguarding the principle suffers from numerous problems. These include, to name a few: the CJEU’s restrictive and undemanding approach in the face of the political sensitivity of the principle; all the procedural and substantive limits of the concept of subsidiarity; and the judicial inappropriateness and incapacity in terms of expertise, time and resources to address the parts of the principle which require complex socio-political and economic/technical exercises. On the other hand, the political avenue, envisaged as the Member States’ parliaments acting in concert as the guardians of subsidiarity, is stuffed with another set of shortcomings. Most importantly, national legislators appear inefficiently equipped, engaged and inappropriately coordinated to exercise their monitoring responsibilities in the best possible manner.

However, it is still left to assess from the future case law and parliamentary practice whether such a constellation of roles in subsidiarity monitoring will be confirmed. In other words, will the Court preserve its self-restrained approach to subsidiarity, or will it move from exercising mostly a formal check on the EU’s justification for action to delve into the substance of the proposed actions?<sup>144</sup> At the same time, will the national parliaments learn how to make the best use of the existing procedural mechanism for safeguarding subsidiarity? Contemporary EU legal scholarship has paid strong attention

---

amended later in the procedure. What is evident in the current state of affairs is the extension of regulatory tools through either the use of soft-law instruments or the Court of Justice’s pro-EU integrationist judgments, at least in the core areas attached to the internal market regulation, which always remain out of reach of the national parliaments’ scrutiny. *Cf.* n. 64 for a remark on the characterisation of the CJEU as “pro-integrationist”.

<sup>144</sup> Wyatt, *op. cit.* (n. 17), p. 17. The author puts special emphasis on the Court’s role and sees it as decisive for subsidiarity. The CJEU had devised and refined numerous legal principles aimed at attributing authority and supremacy to EU institutions, and effectiveness and credibility to EU laws. However, the Court still struggles to accept the legitimacy of subsidiarity as a fundamental principle of the EU legal order, incorporated in the Union’s “normative constitution” by the Member States, and at the same time rejects the principle’s part in the “ideological constitution”, which the Court itself is envisaged to observe as the guardian of the Treaties.

to analyse subsidiarity extensively, but the practice has demonstrated its low efficiency in achieving its envisaged role.<sup>145</sup> Initial research has indicated serious shortcomings and limitations of both legal and institutional frameworks, with subsidiarity up until now being applied rather ineffectively in withholding excessive EU actions and balancing the allocation of power between the Union and its Member States. However, the vast majority of that scholarship remains descriptive, and subsidiarity has gradually escaped its attention – it was as if all the issues had been identified and definitively discussed. Academic debate and political reality have reached a dead-end where the status quo is assumed to be insurmountable. To maintain this “subsidiarity stalemate” would be unsatisfactory when considering the principle’s constitutional importance. Therefore, this contribution has aimed to re-introduce discussion on subsidiarity and offer new solutions to the “subsidiarity conundrum”.

The necessity of having and pursuing an effective system of subsidiarity protection in a complex political entity such as the EU still holds massive significance.<sup>146</sup> New critical ideas are worth continuously exploring while searching for novel institutional mechanisms to refine the principle’s interpretation and application. To paraphrase the CJEU’s current president, EU action must not adversely affect national democracies, and a variety of EU institutions and bodies – be it political, judicial or technocratic – ought to devise mechanisms to accommodate the decision-making process so as to create “more democracy”,<sup>147</sup> where the principle of subsidiarity plays a prime role. Along these lines, the Commission’s president has recently announced “setting up a Subsidiarity and Proportionality Task Force [...] to take a very critical look at all policy areas, to make sure we are only acting where the EU adds value”.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Constantin, *op. cit.* (n. 13), p. 177.

<sup>146</sup> Subsidiarity as a concept has, moreover, a wider rationale and logic that is important to observe in an increasingly complex, interrelated and interconnected international political and economic environment. De Burca, *op. cit.* (n. 14), explains how it poses not only a dilemma of the EU against national/local action, but also a question of concerted international action within a global patchwork of institutions, e.g. in the World Health Organisation or the World Trade Organisation (p. 6). Therefore, subsidiarity relates to the broader contemporary debate about “fundamental questions of political authority, government and governance”, in which it oscillates between the two dynamic poles: the weakening of nation-states and their porous borders in face of globalisation trends versus the stronger impetus for regionalisation and localisation with reinforced direct democratic participatory mechanisms (pp. 2-3). The author further argues that the process of economic globalisation has resulted in an “unprecedented emergence of an expanding and strengthened ‘market without state’, with inevitable loopholes for democracy and legitimacy” (p. 12). The EU, embedded in the framework of multi-level governance, power-diffusion among different actors and its heterogeneous (historically, culturally and ideologically) constituent units, nowadays faces the same dilemmas. Therefore, the EU constitutional law remains in constant search of “ways of resolving the tensions and balancing the interests of integration and differentiation, of harmonisation and diversity, of centralisation and localisation or devolution” (p. 10). Here, subsidiarity as a fundamental concept goes to the very heart of the political debate about the existence and purpose of the European enterprise itself: is there more of the EU than its strict economic essentials, and how far should the internal market logic be expanded? (p. 27).

<sup>147</sup> Lenaerts, K., *The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice*, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 62, No. 2, 2013, p. 303.

<sup>148</sup> European Commission, *op. cit.* (n. 103).

Leaving aside a more abstract and theoretical narrative, subsidiarity in some future development phases of the EU may catalyse many concrete positive dynamics: from mainstreaming EU affairs within national parliaments, to possibly having spill-over effects in increased resources being invested in EU affairs at national levels.<sup>149</sup> Some commentators, however, see the recent developments of including lower levels of governance in the EU integration process as a sign of the re-emergence of the importance of nation-states in Europe, with parliaments representing the “most tangible embodiment of the state”.<sup>150</sup> Reconciling a more effective principle of subsidiarity with prospects for deeper and faster integration at the EU level, while ensuring that the former does not threaten or undermine but rather strengthens the latter, is perhaps the most salient challenge faced nowadays by the EU political elites. The basic distinction in character between the numerous policy areas, which are precisely on the basis of subsidiarity better tackled at either the EU level (external trade, internal market, environmental protection) or national or even sub-regional levels (culture, language, primary education) should be recalled here. In Hayekian terms, the heterogeneity of preferences within the EU presumes decentralised decision-making, while economies of scale and interregional externalities push for the centralisation of regulatory powers.<sup>151</sup> Until now, however, this is not what has happened in the EU.<sup>152</sup> In the words of the German Federal Constitutional Court in its landmark Lisbon Treaty judgment, the exercise of EU powers should occur where there is a “genuine cross-border dimension which necessitates harmonized action, and parliaments have a responsibility to remain vigilant and guard against unnecessary EU legislation”.<sup>153</sup> Hence, harmonised operation and coexistence between subsidiarity and the “ever closer Union” remains the Holy Grail of EU law and politics.<sup>154</sup> For many authors, the operationalisation of the principle of subsidiarity, so far underused institutionally, albeit much exploited in political debates,<sup>155</sup> is essential for reinventing the democratic legitimacy of the EU and ensuring its future existence. The latter has been in an unprecedented way threatened by the recent rise of nationalist, populist and illiberal political rhetoric in the post-Brexit era.

Finally, going back to institutional arrangements in search of the optimal mechanism for safeguarding subsidiarity, throughout the literature certain scenarios have appeared that

---

<sup>149</sup> Cygan, *op. cit.* (n. 5), p. 485.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 481.

<sup>151</sup> Hayek, F. A., *The Use of Knowledge in Society*, American Economic Review, Vol. 35, 1945.

<sup>152</sup> What we have actually seen is “substantial harmonization and centralization occurring in areas where heterogeneity of preferences is predominant (such as social protection or agricultural policy), whereas other areas characterized by strong economies of scale (such as defence and environmental protection) have remained in the local domain”. See van Zeven, J., *Subsidiarity in European Environmental Law: A Competence Allocation Approach*, Harvard Environmental Law Review, Vol. 38, 2014, fn 19, p. 418.

<sup>153</sup> As cited in Cygan, *op. cit.* (n. 5), p. 489.

<sup>154</sup> In addition, the reinforced principle of subsidiarity implies taking into account regional and local information and knowledge in the quest for increased welfare and a more cohesive and inclusive Europe. This signifies more experimentation and more quality inputs, but also greater engagement from the local levels in EU affairs, from citizens who appear disenfranchised from domestic political life in general, let alone from distant EU politics. In parallel with this goes the potential for the cultivation of political awareness and civic participation and activism. See Arribas & Bourdin, *op. cit.* (n. 27), p. 16.

<sup>155</sup> van Zeven, *op. cit.* (n. 25), p. 38.

are possible, yet distant, future novelties for resolving the “subsidiarity conundrum”. A more modest idea would look for an improvement of the present “mixed” system of binding judicial *ex post* and consultative political *ex ante* scrutiny. It would include the reinforced role of the CJEU, engaging with subsidiarity as a procedural norm, and the operative coalition of active national parliaments or chambers, supported by a technical organ representing their interest in Brussels, and selecting a controversial proposal for collective scrutiny under the EWS, in the fashion of an advisory, but not co-legislative, informal forum. A more far-reaching idea would see the emergence of a special EU subsidiarity tribunal, with an *ex post* legally binding perspective and capacity to rule on the compatibility of EU legislation with the principle of subsidiarity. This would be coupled with a second/federalist chamber of the European Parliament, representing the Member States like the upper chambers in federal states. As a counterpart to the Parliament that represents “Europeans as a single entity”, here we would have an institutional representation of the “Europe of different peoples”, a kind of EU Chamber of Parliaments.

Along these lines and inspired by the insights of the research leading to the completion of the present article, the following institutional arrangement is proposed, which would essentially be a combination of the present procedural mechanisms for safeguarding subsidiarity with slight modifications. It stays in line with the fundamental principles of EU governance, institutional balance and democratic theory in general, but flexibly addresses divergences between the Member States and the complex nature of the principle of subsidiarity itself. It entails the creation of a new supranational body – the Committee of National Legislators, composed of directly elected national MPs, regional or local parliamentarians, or national constitutional or supreme court judges, all with a proven record in subsidiarity expertise. The exact qualification of the members (s)electd would differ in each Member State, depending on the depth and level of their EU integration and awareness, scrutiny propensity, institutional capacities, legal history, and political culture. The proposed Committee would convene *ad hoc*, with the right to be consulted on certain legislative proposals. It would respond on a case-by-case basis to particular policy issues as they arise, providing *ex ante* binding opinions,<sup>156</sup> and with a similar but more prominent role than the Committee of the Regions and the Economic and Social Council.

In addition, this proposal addresses another fundamental concern: the issue of judicial activism and the “judicialisation” of policy-making. From the point of view of legal philosophy and political theory, it is observed how the courts in general, and in the EU context the Court of Justice, too often usurp democratic decision-making when rendering complex political decisions, in which they rule on the basis of societal and moral norms, natural law, economic assessments, technological expertise, etc.<sup>157</sup> This criticism

---

<sup>156</sup> Something of an EU Conseil d’Etat. See Kiiver, *op. cit.* (n. 8).

<sup>157</sup> See, for illustration, Alter, K. & Kelemen, D., *Understanding the European Court’s Political Power*; and Rabkin, J., *A Strange Institution*, in: Zimmermann, H. & Dür, D. (Eds.), *Key Controversies in European Integration*, Chapter 5 - Too Much Power for the Judges?, Palgrave MacMillan, 2012; Alter, K., *The European*



questions the appropriateness of the judiciary to engage in such exercises, and proposes other categories of professionals to be included in these decision-making processes, e.g. philosophers, political scientists, sociologists, economists, etc. The composition of a new supranational body proposed here, with quasi-judicial competences and accommodating a wide variety of actors, would effectively respond to this principal criticism of contemporary judicial politics. In any event, novel institutional arrangements, reconceptualising the fundamental constitutional principles of EU law, reflecting the dynamic and flexible nature of EU law, and adaptable to the newly emerging challenges and designated objectives of European integration, are expected from academia and policy-makers alike.

---

Court's Political Power. Selected Essays, Oxford University Press, 2009; Adams, M., de Waele, H., Meeusen, J. & Straetmans, G. (Eds.), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Hart Publishing, 2013; Dawson, M. & De Witte, B. (Eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, 2013.

## **NAČELO SUPSIDIJARNOSTI U EUROPSKOJ UNIJI: “KOJEŠTARIJA” ZAROBLJENA IZMEĐU PRESUDIVOSTI I POLITIČKOG NADZORA. POSTOJI LI RJEŠENJE?**

Načelo supsidijarnosti u Europskoj uniji ograničava ovlasti kreiranja politika i prava tijela Unije na situacije u kojima postavljeni ciljevi politika ne mogu biti efikasnije ostvareni na nižim (tj. nacionalnim, regionalnim ili lokalnim) razinama vlasti. Postoje dva institucionalna mehanizma koji nastoje osigurati poštovanje tog načela od strane institucija Europske unije. Pored nadležnosti Suda Europske unije u svim pravnim pitanjima koja se tiču primjene i tumačenja odredaba Osnivačkih ugovora, drugi je važan mehanizam povjeren parlamentima država članica i odnosi se na politički nadzor prijedloga zakonodavnih akata Europske unije u pogledu njihove usklađenosti s načelom supsidijarnosti. U ovom se radu uspoređuju ta dva institucionalna mehanizma te se analizira načelo supsidijarnosti u praksi Suda Europske unije i u proceduri nadzora poštovanja supsidijarnosti koju provode državni parlamenti. Cilj je rada ocijeniti prikladnost sudske i parlamentarne procedure za osiguravanje poštovanja načela supsidijarnosti te raspraviti može li to načelo zbog svoje dvostruke naravi, tj. pravne i političke, uopće biti učinkovito primijenjeno na regulatorne aktivnosti Europske unije kroz pravosuđenje ili politički proces. Nakon identificiranja glavnih nedostataka navedenih dvaju mehanizama argumentirat će se zašto je postojeći sustav pretjerano složen i neučinkovit i kao takav neodgovarajući u uspoređi s ustavnom važnošću načela supsidijarnosti te posebno u razdoblju u kojem Europska unija nastavlja širiti svoje regulatorne aktivnosti na osjetljiva socio-politička područja, koja su inače smatrana ovlastima država članica. Na kraju, uzimajući u obzir glavne nedostatke i kritiku postojećeg sustava, rad predlaže nova institucionalna rješenja, koja kombiniraju elemente sudske i parlamentarne procedure nadzora načela supsidijarnosti.

*Ključne riječi: supsidijarnost, Europska unija, presudivost, politički nadzor, Sud Europske unije, državni parlamenti*

**Davor Petrić**, LL. M., asistent i polaznik poslijediplomskog doktorskog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

# DRŽAVNE POTPORE U KONTEKSTU JAVNE NABAVE

*Pregledni znanstveni rad*

UDK 338.246.027

351.712.2

35.077.3

*Primljeno: 20. listopada 2017.*

Danijel Stanković\*

---

*Izvorni je cilj pravilâ o javnoj nabavi zaštita tržišnog natjecanja i postizanje realne, tržišne cijene za usluge, robu i radove koji su predmet nabave javnog naručitelja. Uz to ona u sebi imaju ugrađene preventivne mehanizme protiv dodjele ugovora ponuditelju koji je primatelj nezakonite potpore. Međutim, izvan specifičnog konteksta usluga od općeg gospodarskog interesa, u praksi se ne govori toliko o problemu državnih potpora koje mogu nastati samom dodjelom ugovora o javnoj nabavi bilo zbog povrede pravilâ o javnoj nabavi bilo zbog drugih elemenata ugovora koji se dodjeljuje.*

*U radu se analizira pojam državne potpore u kontekstu javne nabave, ali i odnos postupaka pravne zaštite i sankcioniranja povreda jednih i drugih pravila. Autor zastupa tezu prema kojoj se pravila o oduzimanju nezakonitih državnih potpora moraju svakako primijeniti ako u konkretnom slučaju nije dostupna pravna zaštita konkurenata u postupku kontrole javne nabave.*

**Ključne riječi:** javna nabava, državne potpore, izuzetno niska ponuda

---

## 1. UVOD

Predmet su ovog rada tri vrste situacija koje u kontekstu dodjele ugovora o javnoj nabavi uključuju primjenu pravila o državnim potporama.

Najprije se razmatraju dodjele provedene suprotno pravilima o javnoj nabavi i njihov mogući učinak na nastanak nezakonite državne potpore (vidjeti poglavlje 2.1.). S tim u vezi u ovom se radu zastupa teza prema kojoj se dodjelom ugovora suprotno pravilima o javnoj nabavi načelno prenosi selektivna prednost u korist odabranog ugovaratelja, koja čini jedan od uvjeta na putu utvrđivanja nezakonite državne potpore.

Zatim se analiziraju situacije u kojima se čak i uz formalno poštovanje pravilâ o javnoj nabavi u dodijeljenom ugovoru mogu utvrditi elementi državne potpore (vidjeti poglavlje 2.2.).

---

\* Danijel Stanković, pravnik lingvist na Sudu Europske unije; LL.M. Finance (Institute for Law and Finance, Goethe-Universität, Frankfurt am Main); LL.M. de droit français et de droit européen (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne); polaznik poslijediplomskog doktorskog studija iz europskog prava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

U nastavku se proučavaju odredbe propisa Unije o javnoj nabavi<sup>1</sup> o odbijanju izuzetno niskih ponuda u slučaju kada su ponuditelji primili nezakonitu državnu potporu (vidjeti poglavlje 2.3.).

Na samom se kraju analizira odnos postupaka pravne zaštite i sankcioniranja povreda pravila o javnoj nabavi i onih o državnim potporama (vidjeti poglavlje 3.), pri čemu se zastupa teza da se pravila o oduzimanju nezakonitih državnih potpora moraju svakako primijeniti ako u konkretnom slučaju nije dostupna pravna zaštita konkurenata u postupku kontrole javne nabave.

## 2. DRŽAVNE POTPORE U KONTEKSTU JAVNE NABAVE

Pojam državne potpore u pravu Unije uređen je (i) primarnim pravom, tj. Ugovorom o funkcioniranju Europske unije<sup>2</sup> (u daljnjem tekstu: UFEU), (ii) mnoštvom propisa sekundarnog prava (direktive i uredbe, uključujući i Komisijine pravno neobvezujuće,<sup>3</sup> ali često vrlo instruktivne komunikacije)<sup>4</sup> i (iii) praksom Suda EU-a. Nadležnost za provedbu prava Unije o državnim potporama podijeljena je između Komisije, koja odlučuje povodom prijave država članica ili po službenoj dužnosti, te Suda EU-a i nacionalnih sudova, koji obavljaju sudski nadzor Komisijinih odluka ili izravno primjenjuju pravo Unije u konkretnim sporovima između konkurenata.<sup>5</sup>

UFEU u biti ne definira što je potpora, nego samo određuje koje su državne potpore nespojive s unutarnjim tržištem Unije. Tako u članku 107. stavku 1. UFEU-a stoji: „Osim

---

<sup>1</sup> Direktiva 2014/24/EU o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014, L 94, str. 65 te ispravci SL 2015, L 275, str. 68 i SL 2016, L 311, str. 26, u daljnjem tekstu: Opća direktiva o javnoj nabavi); Direktiva 2014/25/EU o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014, 94, str. 243) naziva se sektorskom direktivom o nabavi jer se odnosi na posebne djelomično liberalizirane sektore u kojima je još uvijek dominantan javni interes (u daljnjem tekstu: Direktiva o sektorskoj nabavi); Direktiva 2014/23/EU o dodjeli ugovorâ o koncesiji (SL 2014, L 94, str. 1 i ispravak SL 2015, L 114, str. 24; u daljnjem tekstu: Direktiva o koncesijama); u cijelom tekstu opća i sektorska direktiva zajedno se nazivaju „direktive o javnoj nabavi”.

<sup>2</sup> Pročišćeni tekst, SL 2016, C 202, str. 1. Tu se osobito misli na odredbe glave VII. UFEU-a pod naslovom „Zajednička pravila o tržišnom natjecanju, oporezivanju i usklađivanju zakonodavstava”, poglavlja 1. „Pravila o tržišnom natjecanju”, koje obuhvaća članke 101. do 109.

<sup>3</sup> Komisija takvim aktima zapravo sebi postavlja granice u izvršavanju diskrecijske ovlasti koju ima na temelju članka 107. UFEU-a, vidjeti primjerice presudu Grčka/Komisija (C-431/14 P, EU:C:2016:145, t. 68-69 i navedenu sudsku praksu).

<sup>4</sup> Primjerice, postupak pred Komisijom uređen je Uredbom (EU) br. 2015/1589 o utvrđivanju detaljnih pravila primjene članka 108. UFEU-a (SL 2015, L 248, str. 9), kojom je stavljena izvan snage Uredba (EZ) br. 659/1999. Nadalje, skupna izuzeća određenih državnih potpora uređena su Uredbom (EU) br. 651/2014 o ocjenjivanju određenih kategorija potpora spojivima s unutarnjim tržištem u primjeni članka 107. i 108. (SL 2014, L 187, str. 1) i Uredbom (EU) 2015/1588 o primjeni članka 107. i 108. UFEU-a na određene kategorije horizontalnih državnih potpora (SL 2015, L 248, str. 1).

<sup>5</sup> Pitanje podijeljene nadležnosti vrlo je složeno i u praksi Sud EU-a provodi samo opću kontrolu zakonitosti postupka, odnosno ne ispituje Komisijine ekonomske procjene i zaključke. Vidjeti primjerice presude BUPA i dr./Komisija (T-289/03, EU:T:2008:29, t. 221-222); Telefónica de España i Telefónica Móviles España/Komisija (T-151/11, EU:T:2014:631, t. 161); Banco Privado Português i Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151, t. 67); Grčka/Komisija (bilj. 3, t. 68).

ako je Ugovorima drukčije predviđeno, svaka potpora koju dodijeli država članica ili koja se dodjeljuje putem državnih sredstava u bilo kojem obliku koja narušava ili prijeti da će narušiti tržišno natjecanje stavljanjem određenih poduzetnika ili proizvodnje određene robe u povoljniji položaj, nespojiva je s unutarnjim tržištem u mjeri u kojoj utječe na trgovinu među državama članicama” (moje isticanje).

Kao što je vidljivo iz teksta navedene odredbe, postoje četiri glavne i kumulativne pretpostavke za nastanak državne potpore nespojive s unutarnjim tržištem Unije: kao prvo, mora postojati određena prednost koja se dodjeljuje primatelju<sup>6</sup>; kao drugo, potpora mora potjecati izravno od države ili biti dodijeljena putem državnih sredstava; kao treće, potpora mora biti selektivna, to jest mora dovesti u povoljniji položaj određene poduzetnike ili određene sektore proizvodnje ili usluga koji ne bi ostvarili u uobičajenim tržišnim uvjetima,<sup>7</sup> čime se narušava ili prijeti narušavanjem tržišnog natjecanja; i kao četvrto, mora postojati određeni utjecaj na trgovinu među državama članicama, tj. ne smije biti riječ o potpuno unutarnjoj situaciji.<sup>8</sup> Riječ je o vrlo širokoj definiciji, prema kojoj su načelno zabranjene sve državne potpore, osim apsolutno i relativno izuzetih potpora predviđenih člankom 107. stavcima 2. i 3. UFEU-a.<sup>9</sup>

Iz obiju definicija vidljivo je također da potpora može biti dodijeljena u raznim oblicima. U pravnoj se literaturi, na temelju sudske prakse, navode sljedeći primjeri: izravna subvencija, izuzeće od poreza, trošarina i parafiskalnih davanja, povlaštene kamatne stope, državna jamstva, povlaštena prodaja ili davanje u zakup zemljišta ili zgrada u vlasništvu države ili drugih osoba javnog prava, naknada štete, povlašteni uvjeti javne nabave, odgoda naplate poreznih i socijalnih davanja i zajamčene dividende.<sup>10</sup> Pojam potpore dakle obuhvaća ne samo izravne uplate nego i različite oblike umanjavanja financijskih tereta koje poduzetnik inače mora sam snositi.

Za članak 107. UFEU-a također nisu bitni razlozi ili ciljevi intervencija, nego njihovi učinci.<sup>11</sup> Naime u stadiju utvrđivanja postoji li određena prednost koja se dodjeljuje nekom poduzetniku nije bitno koji je razlog za dodjeljivanje državne potpore.<sup>12</sup> To je

<sup>6</sup> Craig, P.; de Búrca, G., *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6. izdanje, Oxford University Press, 2015, str. 1133.

<sup>7</sup> Iako UFEU govori samo o proizvodnji određene robe, tim je pojmom obuhvaćena i djelatnost pružanja usluga. U tom je smislu potpunija definicija iz članka 2. Zakona o državnim potporama (Narodne novine br. 47/14).

<sup>8</sup> Francuska/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, t. 68); Altmark, (C-280/00, EU:C:2003:415, t. 74); Komisija/Deutsche Post (C-399/08 P, EU:C:2010:481, t. 39); Autogrill España/Komisija (T-219/10, EU:T:2014:939, t. 27); Banco Santander i Santusa/Komisija (T-399/11, EU:T:2014:938, t. 31); BVVG (C-39/14, EU:C:2015:470, t. 24); Viasat Broadcasting UK/Komisija (C-660/15 P, EU:C:2017:178, t. 22-24) i Fondul Proprietatea (C-150/16, EU:C:2017:388, t. 13).

<sup>9</sup> Za detaljniji prikaz izuzeća vidjeti Štorek, M., *Državne potpore izuzete od obveze prijave Europskoj komisiji*, Novi informator, Zagreb, br. 6338, 3. prosinca 2014., str. 5.

<sup>10</sup> Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 6, str. 1133.

<sup>11</sup> Italija/Komisija (173/73, EU:C:1974:71, t. 27); Deufil (310/85, EU:C:1987:96, t. 8); Francuska/Komisija (C-241/94, EU:C:1996:353, t. 20); Španjolska/Komisija (C-480/98, EU:C:2000:559, t. 16); BVVG (bilj. 8, t. 52).

<sup>12</sup> Craig, P.; de Búrca, G., *op. cit.* u bilj. 6, str. 1133.

ostavljeno za kasniji stadij utvrđivanja je li potpora obuhvaćena nekim od predviđenih izuzeća.

Za potrebe proučavanja situacija u kojima nezakonita državna potpora može nastati formalno nepravilnim, ali i pravilnim dodjelama ugovora o javnoj nabavi (vidjeti *infra* 2.1. i 2.2.) treba napomenuti da je kod postupaka javne nabave očito da je riječ o uporabi državnih, odnosno javnih sredstava. Naime pojmom „putem državnih sredstava” obuhvaćene su i druge pravne osobe javnog i privatnog prava, poput javnih naručitelja, pod uvjetom da ih država kontrolira i da je aktivno sudjelovala u donošenju konkretnih mjera.<sup>13</sup>

Prema mišljenju nekih autora dodjela ugovora o javnoj nabavi vrlo lako može ispuniti prve tri pretpostavke za postojanje državne potpore,<sup>14</sup> osobito ako je riječ o (a) ekonomski neopravdanoj nabavi, (b) pretjeranoj naknadi, (c) nabavi s posebnim pogodnostima ili pak (d) nabavi provedenoj protivno pravilima o javnoj nabavi.<sup>15</sup>

Što se pak tiče pretpostavke utjecaja na trgovinu među državama članicama, ona je svakako ispunjena u slučaju ugovora koji prelaze europske pragove predviđene direktivama o javnoj nabavi,<sup>16</sup> ali to bi se vrlo lako moglo ostvariti i u slučaju ugovora ispod tih pragova ako uključuju određeni prekogranični interes.<sup>17</sup>

U nastavku se najprije analizira problematika nabava provedenih protivno pravilima o javnoj nabavi (*infra* 2.1.), a nakon toga se ispituju situacije u kojima se i u formalno uredno provedenim postupcima javne nabave mogu utvrditi određeni elementi državne potpore (*infra* 2.2.).

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, str. 1137. Vidjeti presude Francuska/Komisija (C-82/99, EU:C:2002:294, t. 33) i SACE/Komisija (T-305/13, EU:T:2015:435, t. 45). Za suprotne slučajeve, u kojima nije utvrđeno financiranje iz državnih sredstava, vidjeti PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160, osobito t. 58-62 i 64-66) i Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9, t. 33-34, 41, 45-48). Neki autori u pogledu kvalifikacije javnih naručitelja kao „države” u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a smatraju da je drukčije kada je riječ o javnim poduzećima sa samostalnom upravom, vidjeti Sanchez-Graells, A., *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?*, *Public Procurement Law Review*, 2012, br. 6, str. 207, bilješka 10.

<sup>14</sup> U tom smislu vidjeti Sanchez-Graells, A., *op. cit.* u bilj. 13, str. 207-210 i Heuninckx, B., *Defence Procurement: The Most Effective Way to Grant Illegal State Aid and Get Away With It ... or Is It?*, *Common Market Law Review*, 2009, br. 46, str. 198.

<sup>15</sup> Baistrocchi, P. A., *Can the award of a public contract be deemed to constitute state aid?*, *European Competition Law Review*, 2003, sv. 24, br. 10, str. 512-513; 515-517. Neki pak autori ustraju na restriktivnijem pristupu, v. Arrowsmith, S. L., *Public procurement as an instrument of policy and the impact of market liberalization*, *Law Quarterly Review* 1995., str. 258 i Arrowsmith, S. L., *The Law on Public and Utilities Procurement*, sv. 1, 3. izdanje, Sweet Maxwell, 2014, str. 311. Za kritiku takvih stajališta vidjeti Doern, A., *The interaction between EC rules on public procurement and State aid*, *Public Procurement Law Review*. 2004, br. 3, str. 109 i bilješke 101-104.

<sup>16</sup> *Ibid.*, str. 6-7.

<sup>17</sup> Komisija/Belgija (C-87/94, EU:C:1996:161, t. 33), Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567, t. 31 i 32), Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, t. 20); SECAP i dr. (C-147/06 i C-148/06, EU:C:2008:277, t. 24) i Borta (C-298/15, EU:C:2017:266, t. 36).

## 2.1. Dodjele ugovora protivno pravilima o javnoj nabavi

Koje su moguće situacije kršenja pravila javne nabave u kojima može nastati selektivna prednost? Kao prvo, ako javni naručitelj uopće ne organizira postupak javne nabave i izvan dopuštenih situacija izravnom pogodbom sklopi ugovor o javnoj nabavi (najteži oblik povrede). Kao drugo, u slučaju nepoštovanja pravila Ugovora i načela primarnog prava prilikom izravne dodjele ugovora izuzetog iz područja primjene direktiva o javnoj nabavi ili prilikom dodjele ugovora koji je obuhvaćen tim područjem primjene i u konkretnom postupku javne nabave. Kao treće, nepoštovanje pravila o javnoj nabavi u fazi izvršenja ugovora izmjenama njegovih odredaba kojima se u korist ugovaratelja bitno mijenja predmet nabave ili ekonomska ravnoteža na štetu javnog naručitelja.

### 2.1.1. Izravne dodjele

Izravna je dodjela<sup>18</sup> ugovora o javnoj nabavi najteži oblik kršenja pravila o javnoj nabavi, što je očito jer se izravnom dodjelom pogoduje isključivo jednom gospodarskom subjektu. Međutim u praksi često postoje granična područja u kojima nije jasno je li povjeravanje određenog posla obuhvaćeno pojmom ugovora o javnoj nabavi.

Budući da je Sud u praksi utvrdio i određene iznimke od tog pojma, moglo bi se zaključiti da je gospodarski subjekt ostvario selektivnu prednost samo ako konkretna izravna dodjela nije obuhvaćena jednom od tih iznimaka, koje obuhvaćaju sljedeće situacije: (a) javnopravni odnos na temelju jednostranog upravnog akta,<sup>19</sup> (b) izvršavanje ovlasti koje izravno proizlaze iz zakona,<sup>20</sup> (c) besplatne činidbe u korist javnog naručitelja,<sup>21</sup> (d)

---

<sup>18</sup> U europskom pravu javne nabave pojam „dodjela” (engl. *award*, franc. *attribution*, njem. *Vergabe*, *Zuschlag*) treba razlikovati od pojma „sklapanje” (engl. i franc. *conclusion*, njem. *Vergabe*, *Abschluss*) ugovora. Prvi pojam odnosi se na odluku o odabiru uspješnog ponuditelja, a drugi na sam čin potpisivanja ugovora nakon odabira uspješnog ponuditelja. To znači da u europskom pravu javni naručitelj – ako tako predvidi u dokumentaciji o nabavi – i nakon odabira ponude može odustati od sklapanja ugovora. Naprotiv, hrvatski zakonodavac odlučio je primijeniti stroži režim, prema kojem se izvršnošću same odluke o odabiru ponude smatra da je sklopljen ugovor o javnoj nabavi, vidjeti članak 307. stavak 3. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

<sup>19</sup> Asociación Nacional de Empresas Forestales (C-295/05, EU:C:2007:227, t. 51, 53 i 54) i Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia (C-220/06, EU:C:2007:815, t. 53-54).

<sup>20</sup> Komisija/Irska (C-532/03, EU:C:2007:801, t. 35 i 37); Eric Libert i dr. (C-197/11 i C-203/11, EU:C:2013:288, t. 108-115) i Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, 55-58).

<sup>21</sup> Presude Ordine degli Architetti i dr. (C-399/98, EU:C:2001:401, t. 69, 71, 76-86); Komisija/Italija (C-412/04, EU:C:2008:102, t. 70) i Auroux i dr. (C-220/05, EU:C:2007:31, t. 45, 50, 54).

nabava *in house*,<sup>22</sup> (e) suradnja javnih naručitelja<sup>23</sup> i (f) prijenos ovlasti i odgovornosti za izvršavanje javnih zadaća među javnim naručiteljima ili udruženjima javnih naručitelja.<sup>24</sup> Zbog opsega rada ovdje se neće posebno analizirati svaka od pojedinačnih iznimaka.

Drugim riječima, izravna je dodjela nezakonita ako je poduzeta izvan kruga iznimaka dopuštenih sudskom praksom i direktivama o javnoj nabavi.<sup>25</sup>

Što se tiče nastanka selektivne prednosti nezakonitom izravnom dodjelom ugovora, Sud dosada nije imao priliku razviti opsežnu sudsku praksu. Ipak, u određenim područjima, kao primjerice u kontekstu sudske prakse o iznimkama u pogledu nabave *in house* i suradnje javnih naručitelja, nije dopuštao izravnu dodjelu ako je u kontroliranom subjektu kojemu je dodijeljen ugovor o javnoj nabavi bio zastupljen privatni kapital. Naime Sud smatra da bi izravna dodjela ugovora subjektu u čijem temeljnom kapitalu sudjeluje privatni poduzetnik omogućila potonjem da ostvari *prednost u odnosu na svoje konkurente*.<sup>26</sup> U pogledu pak ugovorne suradnje javnih naručitelja Sud je zaključio da su takvi ugovori izuzeti od obveze provođenja postupka javne nabave „pod uvjetom da su takvi ugovori sklopljeni samo između javnih tijela, *bez sudjelovanja privatnopravnih subjekata, da nijedan privatnopravni pružatelj usluga nije stavljen u povlašten položaj u odnosu na svoje konkurente* i da se suradnja koju uspostavljaju vodi isključivo razmatranjima i zahtjevima svojstvenima težnji za ostvarenjem ciljeva u javnom interesu”<sup>27</sup> (moje isticanje).

Iako tom prilikom Sud EU-a nije izričito rekao da je riječ o selektivnoj prednosti u smislu državne potpore, analogno njegovu stajalištu, prema kojem se naknada za obavljanje usluga od općeg gospodarskog interesa (u daljnjem tekstu: UOGI) koje nisu povjerene u

<sup>22</sup> Članak 12. Opće direktive o javnoj nabavi te presude Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, t. 50); Stadt Halle RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, t. 49 i 50); Coname (bilj. 17, t. 26); Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, t. 33); Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, t. 58); Asociación Nacional de Empresas Forestales (bilj. 19, t. 61); Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, t. 26); Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303, t. 25); Centro Hospitalar de Setúbal (C-574/12, EU:C:2014:2004, t. 12) i Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935, t. 6).

<sup>23</sup> Članak 12. stavak 4. Opće direktive o javnoj nabavi; Komisija/Njemačka (C-480/06, EU:C:2009:357, t. 37); Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. (C-159/11, EU:C:2012:817, t. 34); Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, t. 36-38) i Datenlotsen Informationssysteme (bilj. 22, t. 34 i 35).

<sup>24</sup> Članak 1. stavak 6. Opće direktive o javnoj nabavi i presuda Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, t. 40-47, 49-53).

<sup>25</sup> U potonjem slučaju, svakako treba paziti na primjenu primarnih načela prava Unije o javnoj nabavi jer je primjerice i izravna dodjela ugovora koji je izrijekom isključen iz područja primjene direktiva o javnoj nabavi nezakonita ako se pritom nije poštovala obveza transparentnosti. Više o tome *infra* 2.1.2.

<sup>26</sup> Stadt Halle RPL Lochau (bilj. 22, t. 51): engl. „an advantage over its competitors”, franc. „un avantage par rapport à ses concurrents”, njem. „einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten”. U konkretnom slučaju bila je riječ o povredi načela utvrđenih u sudskoj praksi Teckal u vezi s tzv. internom nabavom ili nabavom *in house* jer je ugovor bio izravno dodijeljen javnopravnom tijelu u čijem je kapitalu, protivno sudskoj praksi, sudjelovao i privatni poduzetnik. Presudom Centro Hospitalar de Setúbal (bilj. 22, t. 36-38) ista je sudska praksa potvrđena i u odnosu na sudjelovanje privatnopravnih subjekata iz neprofitnog sektora. Drugim riječima, Sud je zauzeo vrlo usko tumačenje iznimke, odnosno široko tumačenje pojma privatnog poduzetnika, koji obuhvaća sve privatnopravne subjekte: i trgovačka društva i neprofitne privatne ustanove društvene solidarnosti, bez obzira na svoj pravni oblik i mogući neprofitni karakter.

<sup>27</sup> Piepenbrock (bilj. 23, t. 37).



otvorenom, transparentnom i nediskriminirajućem postupku javne nabave kvalificira kao državna potpora,<sup>28</sup> valja zaključiti da je i u tom slučaju upravo riječ o takvoj selektivnoj prednosti.<sup>29</sup> Tomu u prilog govori i formulacija drugog uvjeta iz presude Altmark, u kojem se govori o gospodarskoj prednosti koja poduzetnika primatelja naknade može dovesti u povoljniji položaj u odnosu na konkurentske poduzetnike.<sup>30</sup>

Tek treba vidjeti kakvo će biti tumačenje Suda EU-a s obzirom na nove odredbe članka 12. stavka 1. prvog podstavka točke (c) i članka 12. stavka 3. prvog podstavka točke (c) Opće direktive o javnoj nabavi, prema kojima je sada u slučaju nabave *in house* dopušteno neizravno sudjelovanje privatnog kapitala i ono koje nema značajke kontroliranja i blokiranja,<sup>31</sup> ne vrši odlučujući utjecaj na pravnu osobu pod kontrolom, a propisano je nacionalnim zakonodavnim odredbama i nije nespojivo s UFEU-om.<sup>32</sup> Naime u takvim bi se slučajevima mogla utvrditi selektivna prednost unatoč dopuštenosti navedene iznimke s gledišta novih pravilâ o javnoj nabavi.<sup>33</sup> Takav bi rezultat bio dosljedan logici Suda, zbog koje je u svojoj dosadašnjoj praksi apsolutno zabranio sudjelovanje privatnog kapitala u kontroliranom subjektu, ali i poželjan s gledišta zaštite tržišnog natjecanja jer se time

---

<sup>28</sup> Nicolaidis, P., *The EU Commission clarifies the relation between Altmark criteria and public procurement rules (SNCM Corse-Méditerranée)*, e-Competitions, br. 57954, svibanj 2013., [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (pristup 29. rujna 2017.); Nicolaidis, P., *Altmark and Public Procurement: Definition and Award of Contracts*, 2. rujna 2013., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaidis, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered> (pristup 29. rujna 2017.); vidjeti također presude Altmark (bilj. 8, t. 93), SNCM/Komisija (T-454/13, EU:T:2017:134, t. 238, 240-241), Comunidad Autónoma del País Vasco i Itelazpi/Komisija (T-462/13, EU:T:2015:902, t. 80).

<sup>29</sup> Za suprotno stajalište, prema kojem se na temelju činjenice da nije primijenjen postupak javne nabave ne može pretpostaviti da je došlo do državne potpore, vidjeti Arrowsmith, S. L., *The Law on Public... op. cit.* u bilj. 15, str. 311.

<sup>30</sup> Presuda Altmark (bilj. 8, t. 90), engl. „economic advantage which may favour the recipient undertaking over competing undertakings”, franc. „un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes”, njem. „einen wirtschaftlichen Vorteil [...] der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt”. Slično i Komisija u točki 184. Odluke 2013/435/EU o državnoj potpori SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) koju je Francuska provela u korist društava Société Nationale Corse Méditerranée i Compagnie Méridionale de Navigation (SL 2013, L 220, str. 20) govori o selektivnoj gospodarskoj prednosti u kontekstu utvrđivanja državne potpore u korist pružatelja neadekvatno definirane javne usluge. Vidjeti i presude EasyPay and Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, t. 45) i Comunidad Autónoma del País Vasco i Itelazpi/Komisija (C-66/16 P, EU:C:2017:999, t. 45 i 48)

<sup>31</sup> Uzimajući u obzir odredbe članka 301. i 455. Zakona o trgovačkim društvima (Narodne novine br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15), to bi u kontekstu hrvatskog prava za dionička društva i društva s ograničenom odgovornošću značilo manjinsko sudjelovanje do 24,99 % temeljnog kapitala, osim ako statutom ili društvenim ugovorom nije predviđena veća potrebna većina, u kojem bi slučaju i takvo sudjelovanje moralo biti razmjerno manje. Za dionička društva jednaki zaključak može se izvesti i na temelju odredbe članka 9. stavka 1. Zakona o preuzimanju dioničkih društava (Narodne novine br. 109/07, 36/09, 108/12, 90/13, 99/13, 148/13), kojim je predviđen prag od 25 % dionica s pravom glasa kao okidač za obveznu ponudu za preuzimanje.

<sup>32</sup> Janssen, W. A., *The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach?*, Utrecht Law Review, 2014, sv. 10, br. 5, str. 174-176.

<sup>33</sup> Vidjeti analogno Sanchez-Graells, A., *Enforcement of State Aid Rules for Services of General Economic Interest before Public Procurement Review Bodies and Courts*, 12. lipnja 2013., <https://ssrn.com/abstract=2271674> (pristup 29. rujna 2017.), str. 5 i 6, u pogledu sada dopuštenih izmjena ugovora o javnoj nabavi do 10 % (u slučaju robe i usluga), odnosno 15 % vrijednosti ugovora (u slučaju radova), kako je predviđeno člankom 72. stavkom 2. Opće direktive o javnoj nabavi.

omogućuje kontrola stvarnog sadržaja i učinka ugovornih transakcija, koje su prema novom uređenju izuzete od obveze provođenja postupka javne nabave. Time bi se ostvarivala i supsidijarna uloga pravila o državnim potporama u situacijama u kojima pravila o javnoj nabavi nisu ostvarila ili ne mogu ostvariti svrhu zaštite učinkovitog tržišnog natjecanja (više o tome *infra* 3.).

### 2.1.2. Nepoštovanje pravilâ Ugovora i načela primarnog prava

Sud je u praksi potvrdio da se na sve dodjele ugovora o javnoj nabavi, neovisno o primjenjivosti direktiva o javnoj nabavi *in concreto*, primjenjuju pravila Ugovora, ponajprije ona o slobodama kretanja robe, usluga i poslovnog nastana, ali i određena načela primarnog prava Unije koja je Sud razvio na temelju tih sloboda.<sup>34</sup> Sud je pritom uvijek naglašavao da to što su neki ugovori izrijeком izuzeti iz područja primjene direktiva o javnoj nabavi (npr. u slučaju nabave kojoj je vrijednost manja od europskih pragova<sup>35</sup>) ne znači da su potpuno isključeni iz područja primjene prava Unije.<sup>36</sup> No ta se pravila i načela to više primjenjuju u konkretnim postupcima javne nabave s obzirom na to da su mnoge odredbe mjerodavnih direktiva i nacionalnih propisa zapravo samo njihov poseban odraz.

U tom smislu i na samom početku Opće direktive o javnoj nabavi u uvodnoj izjavi 1. stoji: „Dodjela ugovora o javnoj nabavi od strane ili u ime nadležnih tijela država članica mora biti u skladu s načelima [UFEU-a], pogotovo s načelom slobodnog kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga, kao i s načelima koja iz toga proizlaze, poput načela jednakog postupanja, zabrane diskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti”, ali to je samo posljedica već ustaljene hijerarhije pravnih normi prava Unije.

Slijedom toga navedena se načela moraju poštovati prilikom svake dodjele ugovora, kako prilikom pripreme i provedbe postupka javne nabave tako i izvan njega kada je dopuštena izravna dodjela ugovora, ali u potonjem slučaju ipak više do izražaja dolazi obveza minimalne transparentnosti kako bi se osiguralo da i drugi zainteresirani subjekti mogu izraziti svoj interes za obavljanje konkretnog posla.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *Telaustria* (C-324/98, EU:C:2000:669, t. 60-62) i *Vestergaard* (C-59/00, EU:C:2001:654, t. 20).

<sup>35</sup> Vidjeti članak 4. Opće direktive o javnoj nabavi, članak 15. Sektorske direktive o nabavi i članak 8. Direktive o koncesijama.

<sup>36</sup> *Vestergaard* (bilj. 34, t. 19) i *Njemačka i dr./Komisija* (T-258/06, EU:T:2010:214, t. 74).

<sup>37</sup> Za primjenu navedene obveze u tom slučaju Sud je uveo dodatan kriterij prekograničnog interesa pa se ta obveza primjenjuje samo ako konkretni predmet nabave uključuje određeni prekogranični interes. Kao kriteriji na temelju kojih se može utvrditi određeni prekogranični interes mogu poslužiti, primjerice (i) značajna procijenjena vrijednost ugovora, (ii) razina potrebnog tehničkog znanja ili (iii) mjesto izvođenja radova koje s obzirom na svoj položaj može biti privlačno inozemnim izvođačima, vidjeti presudu *SECAP i dr.* (bilj. 17, t. 24). Također, slab gospodarski značaj projekta može upućivati na nepostojanje takva interesa, vidjeti presude *Coname* (bilj. 17, t. 20) i *SECAP i dr.* (bilj. 17, t. 31). Pitanje je sadržaja i opsega transparentnosti prijeporno. S jedne strane Komisija u svojoj Interpretativnoj komunikaciji o pravu Zajednice primjenjivom na dodjele ugovora koje u cijelosti ili djelomice ne podliježu odredbama direktiva

Nasuprot tomu u samom postupku javne nabave veća se pozornost posvećuje poštovanju načela jednakog postupanja i nediskriminacije, koja se primjenjuju na sve njegove aspekte i faze,<sup>38</sup> primjerice na tehničko pitanje ponderacije pojedinih kriterija u ocjenjivanju ponude,<sup>39</sup> izračun kriterija ekonomski najpovoljnije ponude,<sup>40</sup> isključenje izuzetno niskih ponuda,<sup>41</sup> izmjene dokumentacije o nabavi nakon objave poziva na nadmetanje,<sup>42</sup> ograničavanje podizvođenja<sup>43</sup> i mnoge druge. Zbog primjene tog načela predmet nabave u dokumentaciji za nadmetanje ne smije se opisati upućivanjem na samo jednog proizvođača bez navođenja napomene „ili jednakovrijedan”.<sup>44</sup> U kontekstu postupka javne nabave opseg obveze transparentnosti jasno je određen odredbama direktiva o javnoj nabavi ovisno o kojoj je vrsti postupka riječ (otvoreni ili ograničeni postupak, natjecateljski dijalog, partnerstvo za inovacije). Uz to, zbog zabrane ograničenja temeljne slobode kretanja robe, dokumentacijom ili propisima o javnoj nabavi ne smije se zahtijevati ispunjavanje dodatnih tehničkih uvjeta ili provedba postupaka homologacije za proizvode koji su već zakonito stavljeni na tržište u drugoj državi članici.<sup>45</sup>

U slučaju dopuštene izravne dodjele ugovora ili postupka javne nabave koji se provedu protivno pravilima i načelima primarnog prava Unije o javnoj nabavi moglo bi se, kao i u slučaju nedopuštene izravne dodjele iz točke 2.1.1. gore, utvrditi da je ugovaratelj u izravnoj dodjeli ili uspješni ponuditelj u takvu postupku ostvario selektivnu prednost u odnosu na svoje konkurente – druge zainteresirane subjekte ili sudionike tog postupka javne nabave.

---

o javnoj nabavi (SL 2006, C 179, str. 2) inzistira na objavljivanju dosta detaljnog poziva, pri čemu u točki 2.1.3. te komunikacije citira presudu Coname (bilj. 17, t. 21). Za suprotno stajalište, prema kojem nije potrebno objaviti oglas, vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice E. Sharpston u predmetu Komisija/Finska (C-195/04, EU:C:2007:28, t. 76-77, 82-98). U navedenom mišljenju nezavisna odvjetnica smatra da se na pitanje razine transparentnosti primjenjuje nacionalno pravo. Nažalost, budući da je presudom Komisijina tužba odbačena zbog postupovnih razloga, Sud se nije osvrnuo na meritum spora i stajališta E. Sharpston. S druge strane, budući da nitko nije podnio žalbu protiv presude Općeg suda Njemačka i dr./Komisija (bilj. 36), u kojoj je osam država članica zajedno s Europskim parlamentom osporavalo valjanost navedene Komisijine komunikacije, nema pouzdanog izvora o tome koje je konačno stajalište Suda.

<sup>38</sup> Dimarso (C-6/15, EU:C:2016:555, t. 22-23).

<sup>39</sup> *Ibid.*, t. 24.

<sup>40</sup> Španjolska/Komisija (T-402/06, EU:T:2013:445, t. 66, 70-71).

<sup>41</sup> Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, t. 19) i SECAP i dr. (bilj. 17, t. 24, 25, 26, 29 i 35).

<sup>42</sup> Borta (bilj. 17, t. 67 do 70).

<sup>43</sup> Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, t. 49), Wrocław – Miasto na prawach powiatu (C-406/14, EU:C:2016:562, t. 34-37) i Borta (bilj. 17, t. 43, 46-50, 54).

<sup>44</sup> Komisija/Nizozemska (C-359/93, EU:C:1995:14, t. 24-25 i 27). Obveza stavljanja napomene „ili jednakovrijedan” propisana je sada člankom 42. Opće direktive o javnoj nabavi, člankom 60. Direktive o sektorskoj nabavi i člankom 36. Direktive o koncesijama.

<sup>45</sup> Presude Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (120/78, EU:C:1979:42, t. 8); Komisija/Francuska (21/84, EU:C:1985:184, t. 11-15); Komisija/Irska (45/87, EU:C:1988:435, t. 16, 18 i 27) i Capoda Import-Export (C-354/14, EU:C:2015:658, t. 39 i 40).

### 2.1.3. Nepoštovanje pravilâ o javnoj nabavi u fazi izvršenja ugovora

Pitanje izmjena dodijeljenog ugovora dugo vremena nije bilo uređeno propisima Unije, što je otvaralo mogućnost zaobilaženja strogih pravila o provedbi postupka javne nabave u fazi izvršenja ugovora – primjerice njegovim prolongiranjem, izmjenom ili dopunom izvorno predviđenog predmeta nabave.

Stoga je Sud 2008. u presudi *pressetext Nachrichtenagentur*<sup>46</sup> opravdano zaključio da takve izmjene, ako ne ispunjavaju određene pretpostavke, čine novi ugovor o javnoj nabavi, za koji je potrebno provesti novi postupak javne nabave.

O značajnoj izmjeni ugovora može biti riječ primjerice u slučaju (i) unošenja novih uvjeta koji bi omogućili sudjelovanje drugih ponuditelja ili odabir druge ponude, (ii) proširenja opsega ugovora u znatnoj mjeri novim elementima koji izvorno nisu bili predviđeni, (iii) izmjene ekonomske ravnoteže ugovora u korist suugovaratelja javnog naručitelja ili (iv) zamjene ugovornog partnera, osim ako je riječ o unaprijed predviđenom podugovaranju.<sup>47</sup>

Ako javni naručitelj znatno izmijeni ugovor o javnoj nabavi izvan kruga dopuštenih iznimaka, može se – kao u slučaju nedopuštene izravne dodjele ugovora – zaključiti da je ugovaratelju automatski nastala prednost u odnosu na njegove konkurente, koju ne bi ostvario u uobičajenim tržišnim uvjetima.

Međutim sada je pitanje izmjene ugovora izričito uređeno i direktivama o javnoj nabavi iz 2014., kojima je zapravo kodificirana praksa Suda, uz određene tehničke detalje u pogledu toga što čini znatnu izmjenom ugovora.<sup>48</sup> Primjerice člankom 72. Opće direktive sada je postavljen minimalni prag do kojeg se ne smatra da je riječ o značajnoj izmjeni, a on odgovara (i) općim pragovima relevantnim za primjenu direktive i (ii) 10 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o uslugama i nabavi robe i 15 % prvotne vrijednosti ugovora za ugovore o radovima, pod uvjetom da se izmjenom ne mijenja cjelokupna priroda ugovora, pri čemu se – ako je učinjeno nekoliko uzastopnih izmjena – vrijednost procjenjuje na temelju neto kumulativne vrijednosti uzastopnih izmjena.

Kao što je prethodno već napomenuto u pogledu nabave *in house*, nova pravila o javnoj nabavi mogu dovesti do situacija u kojima se – unatoč dopuštenosti iznimke od toga što se smatra značajnom izmjenom ugovora s gledišta pravila o javnoj nabavi – može utvrditi da je ugovaratelj izmjenom stekao selektivnu prednost.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Presuda *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, t. 34).

<sup>47</sup> *Ibid.* t. 35-37 i 40. Navedeni popis odgovara i onome koji je sada predviđen člankom 321. stavkom 2. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

<sup>48</sup> Vidjeti članak 72. Opće direktive o javnoj nabavi, članak 89. Direktive o sektorskoj nabavi i članak 43. Direktive o koncesijama.

<sup>49</sup> Vidjeti Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 5 i 6.

## 2.2. Javna nabava kao instrument prikrivene dodjele državnih potpora

Nakon analize pitanja nastanka selektivne prednosti na temelju dodjela ugovora protivno pravu Unije o javnoj nabavi u ovom se dijelu analiziraju situacije u kojima javni naručitelj formalno pravilnom javnom nabavom može dodijeliti poduzetniku nezakonitu državnu potporu, bilo zato što je ta nabava u konkretnom slučaju neopravdana (javni naručitelj u biti nema potrebu za konkretnim predmetom nabave<sup>50</sup>) bilo zato što su u korist uspješnog ponuditelja ili njegovih kreditora predviđeni povlašteni (neuobičajeni) uvjeti ugovora o javnoj nabavi.<sup>51</sup>

Prvi je takav slučaj zabilježen 1999. u presudi Općeg suda BAI/Komisija, gdje je bila riječ o državnoj potpori u obliku kupovine velikog broja vozničkih karata na pomorskoj liniji Santander – Plymouth unaprijed za nekoliko godina, što je bila *neuobičajena poslovna transakcija*.<sup>52</sup> Opći je sud zaključio da postojanje državne potpore nije isključeno samo zato što je riječ o dvostrano obvezujućoj transakciji<sup>53</sup> (naime španjolska pokrajina Baskija za isplatu novca zauzvrat je dobila vozne karte), nego je bitan njezin cilj – učinak.<sup>54</sup> Isto je zaključio i u pogledu argumentacije prema kojoj je kupnja karata bila opravdana kulturnim i socijalnim programima u toj pokrajini.<sup>55</sup> U tom slučaju dakle nije bila riječ o povjeravanju obavljanja javne usluge, nego o izravnoj nabavi vozničkih karata određenog prijevoznika.<sup>56</sup>

Do sličnog je zaključka došao primjerice i francuski Conseil d'Etat (Državno vijeće) 2006. u presudi u vezi s pretjeranim naknadama koje je Trgovačka i industrijska komora Strasbourga i departmana Bas-Rhin (Donja Rajna) na temelju ugovora o suradnji plaćala niskobudžetnoj aviokompaniji Ryanair za „turističku promociju” regije.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Dunleavy, N., *Public Procurement, State Aid and Antitrust: Understanding the Intersections*, materijali s predavanja o javnoj nabavi na Trinity Collegeu, Dublin, 23. veljače 2009., str. 44, <http://www.icel.ie/userfiles/file/Procurement%20Portal/PP%20State%20Aid%20and%20AT.pdf> (pristup 29. rujna 2017.).

<sup>51</sup> Heuinckx, B., *op. cit.* u bilj. 14, str. 198-199.

<sup>52</sup> U konkretnom slučaju bila je riječ o obvezi kupnje 26 000 karata u razdoblju od 1993. do 1996. i 46 500 karata u razdoblju od 1995. do 1998. Presuda BAI/Komisija (T-14/96, EU:T:1999:12, t. 6 i 9); Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 50, str. 44; Dischendorfer, M.; Stempkowski, M.: *The Interplay Between the EC Rules on Public Procurement and State Aid*, *Public Procurement Law Review*, 2002, str. 47; Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 3, bilješka 9.

<sup>53</sup> Slično su stajalište zastupali nezavisni odvjetnici N. Fennelly u svojem mišljenju u predmetu Francuska/Komisija (C-251/97, EU:C:1998:572, t. 19) i F. Jacobs u svojem mišljenju u predmetu GEMO SA (C-126/01, EU:C:2002:273, t. 122).

<sup>54</sup> BAI/Komisija (bilj. 52, t. 71-72).

<sup>55</sup> *Ibid.* t. 81.

<sup>56</sup> Vidjeti osobito točke 123 i 233 presude SNCM/Komisija (bilj. 28), u kojima Opći sud razlučuje slučaj povjeravanja obavljanja javnih usluga od kupnje vozničkih karata, što je bio predmet presude BAI/Komisija (bilj. 52).

<sup>57</sup> Presuda Conseil d'Etat *Compagnie Ryanair Limited et CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin*, dostupna na internetskoj stranici: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008224731> (pristup 29. rujna 2017.); Nicinski, S., *Application de la jurisprudence Altmark par le juge administratif français*, *L'Actualité juridique: Droit administratif (AJDA)* 2006, str. 1346.

U skladu s tom sudskom praksom pravilna primjena pravila o javnoj nabavi ne isključuje dakle potpuno primjenu pravila o državnim potporama.<sup>58</sup> Takvo je stajalište poželjno sa stajališta zaštite tržišnog natjecanja i suzbijanja nezakonitih državnih potpora. Naime iako je izvorni cilj pravilâ o javnoj nabavi zaštita tržišnog natjecanja i postizanje realne, tržišne cijene za usluge, robu i radove koji su predmet nabave javnog naručitelja i ona u sebi imaju ugrađene preventivne mehanizme protiv dodjele ugovora ponuditelju koji je primatelj nezakonite potpore, zbog svojeg dosega, koji je u pravilu ograničen samo na dodjelu konkretnog ugovora o javnoj nabavi, ona izvan tih granica ne mogu u potpunosti zaštititi tržišno natjecanje. Štoviše, kao što je vidljivo iz navedenih primjera, javni ih naručitelji mogu čak instrumentalizirati radi stvaranja formalnog privida usklađenosti. U tom smislu pravila o državnim potporama morala bi se primjenjivati kao općeprimjenjiv korektiv predviđen radi zaštite učinkovitog tržišnog natjecanja.

Drugi tip situacija u kojima u uredno provedenom postupku javne nabave ipak mogu ostati određeni elementi državne potpore obuhvaća različite vrste jamstava javnog tijela, mehanizme osiguranja u slučaju prijevremenog ili redovitog prestanka ugovora, klauzule kojima se mijenja distribucija rizika između javnog tijela i poduzetnika na štetu prvoga i sl.<sup>59</sup> Pritom valja imati na umu da svako jamstvo ne podrazumijeva automatski dodjeljivanje selektivne prednosti poduzetniku u čiju je korist izdano, nego samo ako utječe na ponašanje subjekata koji s njim stupaju u pravne odnose,<sup>60</sup> odnosno ako dolazi do prijenosa rizika na javno tijelo.<sup>61</sup>

### 2.3. Utvrđivanje državne potpore u slučaju izuzetno niskih ponuda

U ovom se dijelu ispituju odredbe direktiva o javnoj nabavi prema kojima se izuzetno niska ponuda primatelja nezakonite državne potpore može odbiti. Drugim riječima, ovdje je riječ o situacijama u kojima je selektivna prednost prethodno nastala na drugi način, a ne povredom pravilâ o javnoj nabavi, ali u tom slučaju direktive o javnoj nabavi ovlašćuju

---

<sup>58</sup> Slično je stajalište („[...] and element of state aid may remain”) izrazila i Komisija u točkama 38 i 39 svoje odluke C(2006) 1840 *final*, u predmetu državne potpore br. N 149/2006, koju je Irska dodijelila u obliku jamstva za slučaj smanjenog prometa na autocesti M3 i u tunelu Limerick, dostupna na engleskom jeziku na internetskoj stranici Komisije: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/204286/204286\\_577967\\_12\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/204286/204286_577967_12_2.pdf) (pristup 29. rujna 2017.); Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 50, str. 46. Za analizu daljnjih prijedloga promjene općeg stajališta prema kojem uredno provedena nabava stvara presumpciju nepostojanja državne potpore vidjeti Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 3-6.

<sup>59</sup> Za različite oblike državnih jamstava, uključujući i mehanizme osiguranja u slučaju prijevremenog prestanka ugovora, vidjeti vrlo detaljnu analizu u dokumentu Europskog ekspertnog centra za javno-privatna partnerstva (EPEC) Europske investicijske banke (EIB) iz svibnja 2011., *State Guarantees in PPPs – A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management*, dostupno na internetskoj adresi: <http://www.eib.org/epec/resources/epec-state-guarantees-in-ppps-public> (pristup 29. rujna 2017.), osobito str. 15-17.

<sup>60</sup> Nicolaidis, P., *Beneficiaries and Benefits of State Guarantees*, 13. lipnja 2016., State aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaidis, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered>.

<sup>61</sup> EPEC, EIB, *State Guarantees in PPPs...*, *op. cit.* u bilj. 63, str. 28.

javne naručitelje da kao svojevrsni Komisijini partneri u otkrivanju nezakonitih potpora odbiju ponudu primatelja nezakonite državne potpore i o tome obavijeste Komisiju.

U skladu s člankom 69. stavkom 4. Opće direktive o javnoj nabavi: „Ako javni naručitelj utvrdi da je ponuda izuzetno niska zato što je ponuditelj primio državnu potporu, ponuda smije biti odbijena samo na temelju toga tek nakon savjetovanja s ponuditeljem, ako on nije u mogućnosti dokazati, u dostatnom roku određenom od strane javnog naručitelja, da je dotična potpora usklađena s unutarnjim tržištem u smislu članka 107. UFEU-a. Ako javni naručitelj u tim okolnostima odbije ponudu, on o tome obavješćuje Komisiju.”<sup>62</sup>

*Ratio legis* te odredbe jest sprečavanje ugrožavanja provedbe ugovora o javnoj nabavi, do kojeg bi moglo doći kad bi Komisija na svoju inicijativu pokrenula postupak protiv primatelja nezakonite državne potpore i naložila njezin povrat, što već u trenutku odabira ponude dovodi u pitanje njegovu financijsku i ekonomsku sposobnost.<sup>63</sup>

Sukladno navedenoj odredbi, javni naručitelji nisu dužni *a priori* i bez dodatnog ispitivanja iz sudjelovanja u provedbi postupka javne nabave isključiti ponuditelja samo zato što je, zahvaljujući javnim subvencijama koje prima, u mogućnosti ponuditi osjetno niže cijene od cijena ponuditelja koji ne primaju subvencije.<sup>64</sup> „Međutim, u određenim posebnim okolnostima javni je naručitelj obvezan, ili barem može, uzeti u obzir postojanje subvencija, a osobito potpora koje nisu u skladu s Ugovorom, kako bi, ako je potrebno, isključio ponuditelja koji ih prima.”<sup>65</sup>

Ako se bolje promotri, navedena je odredba problematična iz više razloga. Kao prvo, primjenjuje se samo u slučaju izuzetno niskih ponuda. Kao drugo, pretpostavlja da je svaki javni naručitelj sposoban ocijeniti je li neka potpora nespojiva s UFEU-om. I kao treće, može dovesti do znatnog produljenja trajanja postupka javne nabave u slučaju osporavanja odluke o odbijanju ponude.<sup>66</sup>

Zbog toga se opravdano može pretpostaviti da će javni naručitelji vrlo rijetko moći i htjeti primijeniti tu odredbu.<sup>67</sup> Unatoč tomu to ih ne oslobađa njihova dijela odgovornosti prilikom ocjenjivanja ponuditeljeve financijske i ekonomske sposobnosti jer se može

---

<sup>62</sup> U članku 84. stavku 4. Direktive o sektorskoj nabavi nalazi se identična odredba. Jednako je propisano i u članku 289. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

<sup>63</sup> Vidjeti u tom smislu presudu ARGE Gewässerschutz (C-94/99, EU:C:2000:677, t. 30).

<sup>64</sup> Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, t. 43).

<sup>65</sup> ARGE Gewässerschutz (bilj. 63, t. 29) i Data Medical Service (bilj. 64, t. 44).

<sup>66</sup> Slična i detaljnija kritika upućena je u članku Sanchez-Graells, A., *Enforcement...*, *op. cit.* u bilj. 33, str. 6-11.

<sup>67</sup> Za primjer pogrešne primjene te odredbe vidjeti komentar odluke belgijskog Državnog Vijeća u Derenne, J.; Kaczmarek, C., *The Belgian Council of State ruled that there was no need for the procuring entity of a public tender procedure to inquire about the legality of an underlying State aid received by one of the tenderers*, travanj 2008., e-Competitions br. 28455, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (pristup 29. rujna 2017.); za drugi primjer koji pokazuje teškoće u primjeni te odredbe vidjeti Derenne, J.; Kaczmarek, C., *The French Administrative court of Bordeaux rejects the State aid law pleas invoked by an unsuccessful bidder in a public tender won by a regional public body, ruling that Art. 87 EC is not directly effective (Merceron)*, srpanj 2008., e-Competitions br. 28050, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (pristup 29. rujna 2017.).

pretpostaviti da je u interesu javnog naručitelja i to da osigura nesmetanu provedbu ugovora o javnoj nabavi.

### 3. RAZLIČITI OBLICI PRAVNE ZAŠTITE

Budući da konkurenti načelno uživaju pravnu zaštitu u postupcima kontrole postupaka javne nabave<sup>68</sup> u vezi s kojima mogu tražiti i naknadu štete po općim pravilima,<sup>69</sup> možda je to razlog što su u praksi zbog toga manje zainteresirani za prijavljivanje povreda Komisiji. Naime izvan konteksta uspostave i financiranja javnih usluga i UOGI-ja prilikom istraživanja nije pronađen nijedan slučaj u kojem je Komisija zbog povrede pravila o javnoj nabavi pokrenula postupak utvrđivanja nezakonite državne potpore. S druge strane, ako je bila riječ o intervencijama nacionalnog zakonodavca u propise o javnoj nabavi (primjerice propisivanjem obvezne dodjele određenog postotka javnih nabava u korist gospodarskih subjekata iz određene regije), Komisija se u pravilu nije libila pokrenuti postupak pred Sudom zbog povrede obveze države članice.<sup>70</sup>

Unatoč tomu, budući da je pravna zaštita u postupcima kontrole javne nabave vremenski ograničena vrlo strogim rokovima, može se dogoditi da zbog propuštanja rokova konkurentima bude uskraćena daljnja pravna zaštita.<sup>71</sup> S tim u vezi riječ je o mogućem dodatnom, javnopravnom sankcioniranju takvih povreda u javnom interesu nalaganjem povrata nezakonite državne potpore u odgovarajućim postupcima Komisije.<sup>72</sup>

U takvim slučajevima, a osobito ako je riječ o sustavnoj praksi pogodovanja određenog poduzetnika, bilo bi itekako opravdano oduzeti mu prednost utvrđivanjem da je primio nezakonitu potporu i nalaganjem njezina povrata, pod uvjetom da su ispunjene sve

---

<sup>68</sup> Riječ je o sredstvima pravne zaštite predviđenima Direktivom 89/665/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na primjenu postupaka kontrole na sklapanje ugovora o javnoj nabavi robe i javnim radovima (SL 1989., L 395, str. 33) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6, svezak 6, str. 3 i ispravak SL 2016, L 63, str. 44). U Hrvatskoj je, naravno, riječ o postupcima pred Državnom komisijom za kontrolu postupaka javne nabave.

<sup>69</sup> Članak 435. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16) i članak 2. stavak 1. točka (c) Direktive 89/665.

<sup>70</sup> Vidjeti primjerice presude *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, EU:C:1990:121, t. 18) i *Laboratori Bruneau protiv USL RM/24 di Monterotondo* (C-351/88, EU:C:1991:304, t. 7). Pritom je Sud naglasio da to što se takva mjera eventualno može kvalificirati kao državna potpora ne isključuje primjenu zabrane količinskih ograničenja. Drugim riječima, što je zanimljivo s gledišta ovog rada, i mjerom državne potpore može se prekršiti navedena zabrana, vidjeti točku 20 navedene presude *Du Pont de Nemours Italiana*.

<sup>71</sup> Vidjeti članke 406. do 414. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16). Primjerice za najtežu povredu pravila o javnoj nabavi, tj. za nezakonitu izravnu dodjelu ugovora, člankom 411. propisan je subjektivni rok od 30 dana od saznanja i objektivni rok od šest mjeseci od sklapanja ugovora. Strogost i prekluzivnost rokova to je više vidljiva iz odredbi kojima se u slučaju drugih povreda onemogućuje „preskakanje” pravnih lijekova, primjerice u članku 406. stavku 2., članku 407. stavku 2. i članku 408. stavku 3. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16), pa ako konkurenti propuste osporavati sadržaj poziva na nadmetanje ili dokumentacije za nadmetanje u kojima se nalaze uvjeti koji pogoduju samo jednom poduzetniku, poslije nakon donošenja odluke o odabiru ponuditelja ne mogu je osporavati.

<sup>72</sup> Slične ideje objedinjavanja sredstava pravne zaštite zastupa A. Sanchez-Graells u svojem članku *Enforcement..., op. cit.* u bilj. 33, str. 19-29.



preostale pretpostavke iz članka 107. stavka 1. UFEU-a i da je riječ o iznosima koji prelaze pragove potpora *de minimis*.<sup>73</sup>

Što se tiče posljedica utvrđenja nezakonite potpore u odnosu javnog naručitelja i gospodarskog subjekta kojemu je ugovor dodijeljen (a) u postupku javne nabave ili bez takva postupka i (b) bez obzira je li takva dodjela bila u skladu s pravilima o javnoj nabavi, valja razlikovati dva slučaja. Kao prvo, ako je još nije istekao rok za ostvarivanje pravne zaštite u redovitom postupku kontrole javne nabave, oštećeni konkurenti mogu podnijeti žalbu nadležnom tijelu i zahtijevati poništenje ugovora.<sup>74</sup> Ako ta pravna zaštita nije dostupna, odluka o utvrđivanju nezakonite potpore u pravilu ne bi imala izravan učinak na dodijeljeni ugovor o javnoj nabavi, jer je ništetnost kao posljedica izričito propisana samo za sporazume između poduzetnika zabranjene člankom 101. UFEU-a.<sup>75</sup> Međutim u tom slučaju Komisija odlukom od dotične države članice zahtijeva da poduzme sve potrebne mjere za povrat sredstava potpore od korisnika,<sup>76</sup> što, ovisno o nacionalnom pravu i okolnostima slučaja, može uključivati i utvrđenje ništetnosti, poništenje ili pak samo razmjerno smanjenje naknade koju je gospodarski subjekt primio ili prima na temelju nezakonito dodijeljenog ugovora o javnoj nabavi.<sup>77</sup>

U situaciji kada na tržištu ima konkurenata, a ponuda je posla osobito u nekim sektorima ili u uvjetima gospodarske krize ograničena, javni naručitelj svojim odabirom praktično odlučuje o tome koji će poduzetnik ili poduzetnici preživjeti. Upravo zato tržište javne nabave mora biti transparentno i svima jednako dostupno.

#### 4. ZAKLJUČAK

Cilj je ovog rada bio istražiti dodirna područja primjene pravila o javnoj nabavi i onih o državnim potporama te provjeriti tezu prema kojoj svakom dodjelom ugovora uz povredu pravila o javnoj nabavi nastaje selektivna prednost, koja čini jedan od uvjeta na putu utvrđivanja nezakonite državne potpore.

<sup>73</sup> Opći prag od 200.000 eura u skladu s Uredbom Komisije (EU) br. 1407/2013 o primjeni članaka 107. i 108. UFEU-a na potpore *de minimis* (SL 2013, L 352, str. 1) i posebni prag od 500.000 eura u slučaju UOGI-ja, prema Uredbi Komisije (EU) br. 360/2012 o primjeni članaka 107 i 108 UFEU-a na potpore *de minimis* koje se dodjeljuju poduzetnicima koji pružaju usluge od općeg gospodarskog interesa (SL 2012, L 114, str. 8) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8, svezak 3, str. 297).

<sup>74</sup> U skladu sa zahtjevima članka 2.d Direktive 89/665 (bilj. 68), kako je izmijenjena Direktivom 2007/66 (SL 2007, L 335, str. 31) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6, svezak 9, str. 198) i Direktivom o koncesijama, predviđena je i u članku 425. stavku 1. točki 5. Zakona o javnoj nabavi (Narodne novine br. 120/16).

<sup>75</sup> Vidjeti odredbu članka 8. stavka 4. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine br. 79/09, 80/13).

<sup>76</sup> Članak 16. stavak 1. Uredbe 2015/1589.

<sup>77</sup> U kontekstu hrvatskog prava javni bi se naručitelj mogao pozivati na odredbu članka 271. Zakona o obveznim odnosima o nedopuštenosti činidbi protivnih Ustavu RH i prisilnim propisima u vezi s člankom 313. stavkom 3. Zakona o javnoj nabavi, bez obzira na to što je upućivanje u potonjoj odredbi naizgled ograničeno samo na pitanje odgovornosti ugovornih strana za ispunjenje obveza iz ugovora o javnoj nabavi.

Što se tiče prve teze ovog rada, može se zaključiti da se svakom nedopuštenom izravnom dodjelom ili neregularno provedenom dodjelom ugovora o javnoj nabavi načelno prenosi selektivna prednost ugovaratelju jer bez te povrede ugovaratelju ne bi bio povjeren konkretni posao nabave radova, robe ili usluga. Naime, budući da su pravila o javnoj nabavi – za razliku od pravila o državnim potporama – izrazito formalna, tj. usmjerena na njihovo formalno poštovanje, to što bi javni naručitelj na nepravilan način dodijelio ugovor najučinkovitijem i najpovoljnijem gospodarskom subjektu ne bi imalo „sanacijski” učinak u pogledu povrede pravila o javnoj nabavi, pa bi se dodjela ugovora morala ponoviti u skladu s tim pravilima. U tom su pogledu pravila o javnoj nabavi poprimila značajke gotovo ritualnih pravila, ali to je opravdano s obzirom na to da nikad nije moguće isključiti postojanje interesa drugih nepoznatih gospodarskih subjekata koji bi isti posao mogli obaviti bolje i povoljnije. S tim u vezi ponavljanje postupka dodjele u skladu s pravilima o javnoj nabavi u pravilu bi trebalo biti jednostavnije i brže od provođenja nekog drugog postupka dokazivanja da je ugovor nepravilno dodijeljen najučinkovitijem i najpovoljnijem gospodarskom subjektu. Uostalom, pravila o javnoj nabavi i stvorena su za to da pouzdano profiliraju najbolje ponuditelje.

Nasuprot tomu utvrđeno je da postoje situacije u kojima se i u ugovorima koji su formalno dodijeljeni u skladu s pravilima o javnoj nabavi mogu pronaći elementi državne potpore. U tom je smislu područje primjene pravila o javnoj nabavi uže od područja primjene pravila o državnim potporama, a potonja se dakle moraju primijeniti kao općeprimjenjiv korektiv predviđen radi zaštite učinkovitog tržišnog natjecanja. To stavlja dodatan pritisak na javne naručitelje da prije namjeravane dodjele dobro ispituju sve elemente ugovora i eventualnih jamstava u korist uspješnog ponuditelja s gledišta pravila o državnim potporama.

Javni bi naručitelji morali dobro promisliti i o vrsti postupka dodjele (dopuštena izravna dodjela, otvoreni ili ograničeni postupak javne nabave) jer se oboriva presumpcija nepostojanja državne potpore načelno primjenjuje samo na ugovore dodijeljene u otvorenom, transparentnom i nediskriminirajućem postupku javne nabave<sup>78</sup>. U slučaju da se utvrdi nezakonita potpora to bi moglo ugroziti daljnje izvršavanje ugovora o javnoj nabavi jer bi to, kako je navedeno, ovisno o nacionalnom pravu i okolnostima slučaja moglo zahtijevati utvrđenje ništetnosti, poništenje ili pak samo razmjerno smanjenje

---

<sup>78</sup> Vidjeti bilješku 28 i tekst iznad bilješke. Naime, prema Komisijinu shvaćanju, ako je pružanje UOGI-ja povjereno subjektu odabranom u takvu postupku javne nabave, to može pozitivno utjecati na ocjenu razumnosti naknade za tu uslugu i, posljedično, na utvrđenje (presumpcije) da nije pružena selektivna prednost, vidjeti točke 63 i 64 Komunikacije Komisije o primjeni pravila Europske unije o državnim potporama na naknadu koja se plaća za pružanje usluga od općeg gospodarskog interesa (SL 2012, C 8, str. 4); Dunleavy, N., *op. cit.* u bilj. 50, str. 44-49. Sukladno tom shvaćanju zahtjev provedbe otvorenog, transparentnog i nediskriminirajućeg postupka javne nabave uglavnom ispunjavaju otvoreni i ograničeni postupak te natjecateljski postupak uz pregovore, a vjerojatno i natjecateljski dijalog iz direktiva o javnoj nabavi, dok pregovarački postupak bez prethodne objave u pravilu ne ispunjava taj zahtjev, Heuninckx, B., *op. cit.* u bilj. 14, str. 198. Međutim, kako to proizlazi iz novije Komisijine i sudske prakse, čak i otvoreni i natjecateljski postupci koji ne uključuju pravo nadmetanje između više vjerodostojnih ponuda ne ispunjavaju taj zahtjev, vidjeti presudu SNCM/Komisija (bilj. 28, t. 238-250) i Nicolaidides, P., *The EU Commission clarifies...*, *op. cit.* u bilj. 28 i *Altmark and Public Procurement...*, *op. cit.* u bilj. 28.

naknade koju je gospodarski subjekt primio ili prima na temelju nezakonito dodijeljenog ugovora o javnoj nabavi.

Što se izvora prava tiče, utvrđeno je da se pravila o javnoj nabavi ne nalaze samo u direktivama o javnoj nabavi, nego da ona također obuhvaćaju pravila UFEU-a (posebice o slobodama kretanja robe, usluga i poslovnog nastana) i načela primarnog prava Unije (načela nediskriminacije i jednakog postupanja, obveza transparentnosti i načela proporcionalnosti i uzajamnog priznavanja). Zato je vrlo širok raspon mogućih povreda pravila o javnoj nabavi, kao i njihov doseg.

Što se tiče pravne zaštite, utvrđeno je da pravna sredstva u slučaju povrede pravila o javnoj nabavi prilikom kontrole postupaka javne nabave načelno sprečavaju povrede pravila o državnim potporama, pa je primjena sankcija prvih primarna, a potonjih supsidijarna. Naime, ako ugovarateljevi konkurenti uspiju poništiti postupak javne nabave, još nije ostvarena selektivna prednost, pa se u novom postupku dodjele može otkloniti opasnost prenošenja takve prednosti. Ako pak sama država članica općim propisom u području javne nabave krši temeljne slobode i načela primarnog prava Unije, Komisija nerijetko pokreće postupak pred Sudom EU-a zbog povrede obveze na temelju članka 258. UFEU-a. I u tom je slučaju primjena prvih pravila primarna, a potonjih supsidijarna.

Istraživanje je pokazalo da u skladu s direktivama o javnoj nabavi javni naručitelji također moraju u ograničenom opsegu paziti na negativan utjecaj nezakonitih državnih potpora, i to samo u slučaju izuzetno niskih ponuda. Međutim, kako je naglašeno, navedena je odredba problematična iz više razloga, pa je teško očekivati da će u praksi naići na veću primjenu.

Zaključno, vidljivo je da su brojne dodirne točke između pravila o javnoj nabavi i onih o državnim potporama. S jedne strane jedan je od glavnih ciljeva pravila o javnoj nabavi svakako otvaranje tržišta javne nabave što većem tržišnom natjecanju, pa se u njima već u određenoj mjeri odražavaju i načela zaštite tržišnog natjecanja zabranom državnih potpora nespojivih s unutarnjim tržištem Unije. Zato je primjena pravila o državnim potporama u kontekstu javne nabave ponajprije supsidijarna jer se dodjeljivanje nezakonitih potpora u pravilu može spriječiti u postupcima kontrole konkretnih postupaka javne nabave, tj. poštovanjem pravila o javnoj nabavi. S druge strane u slučajevima kada konkurenti nemaju na raspolaganju pravnu zaštitu u postupku kontrole javne nabave oduzimanje nezakonite državne potpore jedini je način sankcioniranja povrede pravila o državnim potporama.

## STATE AID IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT

The paper deals with borderline areas of the application of public procurement and state aid rules and proposes a thesis according to which any award contrary to the public procurement rules confers a selective advantage, which in turn constitutes one of the main elements in finding illegal state aid.

The original aim of the public procurement rules is the protection of competition and the achievement of a genuine market price for services, supplies and works sought by the contracting authority. In addition, they include certain preventive mechanisms against awards to recipients of state aid. However, beyond the specific context of services of general economic interest, the practice does not show many state aid cases based on the award of public contracts, including awards in breach of public procurement rules or those including other state aid elements in the contract being awarded.

Apart from analysing the notion of state aid in the public procurement environment, the paper also deals with the relation between legal remedies against violations of both types of rules. The author argues that the rules on the recovery of illegal state aid should always apply in cases where competitors have no legal remedy available under the public procurement rules.

*Keywords: public procurement, state aid, abnormally low tenders*

**Danijel Stanković**, mag. iur., LL.M., Finance (Institute for Law and Finance, Goethe-Universität, Frankfurt am Main); LL.M. de droit français et de droit européen (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne); attending the postgraduate doctoral study of European Law at the Faculty of Law in Zagreb; lawyer linguist at the European Court of Justice

# DJELOMIČNA UVJETNA OSUDA I NJEZINA PRIMJENA U PRAKSI S PRIKAZOM SUSTAVA UVJETNE OSUDE U NOVOM KAZNENOM ZAKONU

*Pregledni znanstveni rad*

*UDK 343.281(497.5)*

*Primljeno: 25. studenog 2016..*

Nevena Aljinović\*

---

*Pomaci učinjeni „ispuštanjem“ uvjetne osude kao kaznenopravne sankcije sui generis i potvrđivanjem kao modifikacije kazne, što u svojoj suštini ona i jest, te uvođenje novog instituta djelomične uvjetne osude bit će ideja vodilja ovog rada. Novim Kaznenim zakonom, donesenim krajem listopada 2011. godine, zakonodavac je za uvjetnu osudu predvidio novo mjesto u sustavu kaznenopravnih sankcija. Uvjetnu osudu zakonodavac tretira kao nesamostalnu kaznenopravnu sankciju, kao svojevrsnu modifikaciju kazne i važnu alternativu kratkotrajnim kaznama zatvora. Kad se u stranim zakonodavstvima koristi riječ „uvjetna“, ponajprije se misli na kaznu, čime se naš zakonodavac polagano usuglašava sa suvremenim kaznenim zakonodavstvima te napušta koncept uvjetne osude kao mjere upozorenja. Kriminalnopolitički opravdano, uveden je i novi koncept uvjetne osude, tzv. djelomična uvjetna osuda. Djelomična uvjetna osuda svakako je novina u našem kaznenom zakonodavstvu, međutim iz poredbenopravnog gledišta ne možemo je smatrati inovacijom u kaznenom pravu. Koncept djelomične uvjetne osude otprije je poznat u komparativnim zakonodavstvima, primjerice u zakonodavstvu Švicarske ili Austrije, po uzoru na koje je i preuzet. Krajnja nit vodilja ide prema tome da se uvođenjem novog instituta djelomične uvjetne osude proširi područje primjene, odnosno postigne fleksibilniji modus kaznenopravne reakcije u situacijama koje zahtijevaju primjenu nekog strožeg oblika uvjetne osude za „srednje teška“ kaznena djela.*

*Ključne riječi: uvjetna osuda, djelomična uvjetna osuda, modifikacija kazne, alternativne sankcije*

---

## 1. UVOD

Uvjetna je osuda institut poznat od prije.<sup>1</sup> Kaznenim zakonom iz 1997. godine (dalje KZ/97) bila je zamišljena i pravno uređena kao mjera upozorenja, zajedno sa sudskom opomenom, kao posebna kaznenopravna sankcija *sui generis*.<sup>2</sup> Svrha uvjetne osude, kao

---

\* Nevena Aljinović, dip. iur., asistentica na Katedri za kazneno pravo pri Sveučilišnom odjelu za forenzične znanosti u Splitu, polaznica poslijediplomskog doktorskog studija iz kaznenopravnih znanosti na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

<sup>1</sup> Poznavao ju je i Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije (Službeni list SFRJ, br. 44/76-1329, 36/77-1478, 34/84-895, 37/84-933, 74/87-1743, 57/89-1441, 3/90-63, 38/90-1217, 45/90-1340, 54/90-1773, i Službeni list SRJ, br. 35/92-651, 37/93-816, 24/94-273, 61/01 od 9. 11.) pod nazivom „uslovna osuda“, svrha koje je bila da se prema počinitelju ne primijeni kazna za manje društveno opasna djela kad to nije nužno radi ostvarenja kaznenopravne zaštite i kada se može očekivati da će i sama prijetnja kaznom dovoljno utjecati na počinitelja da ne čini kaznena djela (čl. 51.).

<sup>2</sup> Zakonodavac je u KZ/97 (Narodne novine, br. 110/97, 27/98, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08, 57/11, 143/12) smatrao da se mjere upozorenja bitno razlikuju od kazni jer nisu predstavljale nikakvo (izravno) zlo za počinitelja i od sigurnosnih mjera jer se sigurnosne

mjere upozorenja, bila je upućivanje počinitelju kaznenog djela takve vrste prijekora kojim bi se ostvarila suština kaznenopravnih sankcija izricanjem kazne bez njezina izvršenja. Kaznenim je zakonom samo prividno bila napravljena distinkcija da se kazna „izriče“, a uvjetna osuda „primjenjuje“, iako se unutarnja normativna konstrukcija uvjetne osude sastojala od izricanja kazne i odgađanja njezina izvršenja.<sup>3</sup> U sudskoj praksi navedena prividna distinkcija nije bila dosljedno primjenjivana, pa su se u izreci presuda koristila dva izričaja glede primjene uvjetne osude, što je pogodovalo jezičnoj dihtomiji.<sup>4</sup> Kao što je uvodno rečeno, novim Kaznenim zakonom iz 2011. godine (dalje: KZ/11)<sup>5</sup> područje kaznenopravnih sankcija izmijenjeno je i osuvremenjeno. Što se tiče svrhe uvjetne osude, ona je ostala ista, ali je zakonodavac napustio mjere upozorenja kao samostalne kaznenopravne sankcije *sui generis* te je uvjetnu osudu regulirao kao modifikaciju kazne, a njezinu primjenu ograničio samo na slučajeve u kojima je počinitelju izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine ili novčana kazna.<sup>6</sup> Sužavanjem granice primjene uvjetne osude zakonodavac je apelirao na primat i afirmaciju primjene novčane kazne, odnosno rada za opće dobro. Upravo zbog snižavanja praga izrečene kazne zatvora s dvije godine na godinu dana kao formalnog uvjeta primjene uvjetne osude te napuštanje apstraktnog kriterija vezanog za propisanu kaznu<sup>7</sup> pojavila se potreba za uvođenjem do tada nepoznatog instituta djelomične uvjetne osude po uzoru na strana zakonodavstva, koji se ograničio na slučajeve koji zahtijevaju jači stupanj represije od pukog izricanja uvjetne osude, ali opet blaži negoli je to bezuvjetno izricanje kazne. Djelomična uvjetna osuda, kako joj i sam naziv govori, djelomično uvjetno odgađa dio kazne, dok se u preostalom neuvjetovanom dijelu kazna izvršava ako sud ocijeni da postoji visok stupanj vjerojatnosti da i bez izvršenja cijele kazne počinitelj neće ubuduće činiti kaznena djela. Jedan od najvažnijih nedostataka u sustavu kazni starog Kaznenog zakona ležao je u činjenici da je uvjetna osuda bila najčešće primjenjivana sankcija (u više od 70 % osuđujućih presuda).<sup>8</sup> To svakako nije bilo poželjno, to više što je poredbeno statistika

---

mjere temelje na opasnosti počinitelja, a ne na krivnji. Međutim mjere upozorenja, kao vrsta kaznenopravnih sankcija, bile su u najmanju ruku problematične. Prijetnja kaznom jest upozorenje, ali mogućnost realizacije te kazne dovodi do toga da se uvjetna osuda ne zadržava samo na prijetnji. Opozivom uvjetne osude ona se izvršava i prestaje biti mjera upozorenja.

<sup>3</sup> Cvitanović, L., Glavić, I., Prvi pogled na uvjetnu osudu u novom Kaznenom zakonu, HLJKPP, vol. 18, 2/2011, str. 757.

<sup>4</sup> Okrivljenik se „osuđuje“ na kaznu zatvora, a potom se „izriče“ uvjetna osuda, odnosno okrivljeniku se „izriče“ kazna zatvora, a potom se „primjenjuje“ uvjetna osuda. Krstulović, A., Šćepanović, M., Utjecaj izmjena Kaznenog zakona na mogućnost i učestalost primjene uvjetne osude i njihov daljnji utjecaj na primjenu instituta kaznenog materijalnog i procesnog prava, HLJKPP, vol. 13, broj 2/2006, str. 627.

<sup>5</sup> Kazneni zakon, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15.

<sup>6</sup> Kod formalnih pretpostavaka za izricanje uvjetne osude napuštena je do tada primjenjivana metoda kombiniranja konkretnog i apstraktnog kriterija te je zadržan samo konkretni kriterij - izrečena, a ne i propisana kazna (čl. 56, st. 2. KZ/11).

<sup>7</sup> Uvjetna osuda može se primijeniti prema počinitelju kaznenog djela za koje je zakonom propisana kazna zatvora do pet godina, a za kaznena djela za koja je propisana kazna do deset godina ako su primijenjene odredbe o ublažavanju kazne, čl. 67. st. 3. KZ/97.

<sup>8</sup> U odnosu na ukupan broj osuda u 2010. godini uvjetna je osuda izrečena u 71,3 % slučajeva, u 2011. godini u 71,6 % slučajeva, dok je u 2012. godini uvjetna osuda izrečena u 74,02 % slučajeva (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 1504, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2012., str. 13). Uvođenjem instituta djelomične uvjetne osude te ograničenjem primjene uvjetne osude u praksi, paradoksalno, proširen je katalog kaznenih djela za koja je moguće izreći uvjetnu

nedvojbeno pokazala da visok postotak izrečenih uvjetnih osuda nije pokazatelj uspješnosti sustava kaznenog pravosuđa, što je naš zakonodavac prepoznao kada je krenuo u pravcu sužavanja područja primjene uvjetne osude.

## **2. NOVO MJESTO UVJETNE OSUDE U SUSTAVU KAZNENOPRAVNIH SANKCIJA I NOVI INSTITUT DJELOMIČNE UVJETNE OSUDE U REPUBLICI HRVATSKOJ**

U ovom poglavlju autorica daje pregled novog koncepta uređenja instituta uvjetne osude, kao i razloge uvođenja novog instituta djelomične uvjetne osude po uzoru na komparativna zakonodavstva. Poglavlje je posvećeno pretpostavkama za izricanje djelomične uvjetne osude, dodatnim obvezama i zaštitnom nadzoru uz djelomičnu uvjetnu osudu te opozivu djelomične uvjetne osude. Na kraju poglavlja dat je sažetak zaključka sa sastanka predsjednika kaznenih odjela županijskih sudova u pogledu izricanja jedinstvene kazne za djela u stjecaju kada je počinitelju jednom od kazni izrečena djelomična uvjetna osuda.

### **2.1. Novi koncept uvjetne osude**

KZ/11 više ne poznaje mjere upozorenja, a uvjetna je osuda postala svojevrsna modifikacija kazne. Činjenica da uvjetna osuda sadržava i mogućnost opoziva, odnosno izvršenja kazne, čini je korak bliže modifikaciji kazne, a udaljava od suštine mjere upozorenja. Unutarnja normativna konstrukcija uvjetne osude ostala je ista, izricanje kazne uz odgađanje njezina izvršenja.<sup>9</sup> Iako su svrstane pod okrilje svojevrsne modifikacije kazne,<sup>10</sup> treba naglasiti da se uvjetna osuda, pa i djelomična uvjetna osuda, smatraju blažima od svake kazne, pa i novčane. Navedeno dovodi do nelogičnosti prilikom tumačenja dosljednom primjenom načela razmjernosti. Kada u konkretnoj situaciji dolazi u obzir primjena više kazni, koje se razlikuju po svojoj težini, uz primjenu načela razmjernosti, potrebno bi bilo prednost dati lakšoj mjeri kazne pred težom ako se tako može postići ista svrha kažnjavanja, odnosno utvrditi da ne postoje materijalni uvjeti za primjenu lakše kazne da bi se prednost dala težoj mjeri kazne.<sup>11</sup> Drugim riječima, do

---

osudu, a što je razvidno iz postotka izricanja uvjetne osude u ukupnoj strukturi osuda. Tako je u 2013. godini uvjetna osuda izrečena u 73,31 % slučajeva (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 1576, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2013., str. 112-113); u 2014. godini uvjetna je osuda izrečena u 70,75 % slučajeva (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 1551, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2014., str. 112-113); u 2015. godini uvjetna je osuda izrečena u 76,35 % slučajeva (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 1528, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2015., str. 126-127), dok se u 2016. godini udio izrečenih uvjetnih osuda popeo na 78,23 % (Državni zavod za statistiku Republike Hrvatske, Statistička izvješća 1605, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2016., str. 124-125).

<sup>9</sup> Hrvatski Kazneni zakon u osnovi prihvaća francusko-belgijski sustav, iako elementi probacijskog sustava dolaze do izražaja pri mogućnosti određivanja posebnih obveza i zaštitnog nadzora uz uvjetnu osudu (čl. 56. st. 4. KZ/11).

<sup>10</sup> Novoselec, P., Bojanić, I., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2014, str. 412.

<sup>11</sup> O strukturalnoj dihotomiji kao posljedici pozicioniranja uvjetne osude kao samostalne kaznenopravne sankcije više u Cvitanović/Glavić (2011), *op. cit.* (bilj. 3), str. 758.

primjene novčane kazne trebalo bi doći ako ne bi bilo moguće primijeniti uvjetnu osudu, a do kazne zatvora ako ne bi bilo moguće primijeniti novčanu kaznu. Međutim, sud prvo počinitelju izriče kaznu zatvora ili novčanu kaznu, pa tek onda na izrečenu kaznu primjenjuje uvjetnu ili djelomičnu uvjetnu osudu.

Modifikacijom formalnog kriterija izricanja uvjetne osude zamjećuje se intencija zakonodavca da zamijeni izrečenu kaznu zatvora radom za opće dobro ili novčanom kaznom. Navedeno proizlazi i iz načela razmjernosti proklamiranog u čl. 16. st. 2. Ustava, ali i iz odredbe čl. 45. st. 1. KZ/11 o iznimnosti kratkotrajne kazne zatvora. Stoga, ako postoje blaže sankcije (od kazne zatvora) kojima bi se ostvarila svrha kažnjavanja, država bi ih trebala predvidjeti u svojem kaznenom zakonodavstvu i dati im prednost pred kaznom zatvora.

Pri procjeni je li samo „uvjetno odgađanje“ izvršenja kazne dostatno za socijalnopreventivno djelovanje na počinitelja ranija je neosuđivanost važna okolnost, ali je od važnosti i naknadno ponašanje okrivljenika, jer činjenje kaznenih dijela nakon izricanja uvjetne osude upozorava na okolnost da je uvjetna osuda kao kazna u konkretnom slučaju nedostatna.<sup>12</sup>

Svrstavanjem odredaba o uvjetnoj osudi unutar poglavlja o kazni naš se zakonodavac polagano usuglasio sa suvremenim europskim kaznenopravnim sustavima. Poredbena zakonodavstva već u samom nazivu tog instituta naglašavaju njegovu prirodu jer upotreba riječi „uvjetna“ implicira na kaznu. Primjerice u austrijskom pravu koristi se termin „uvjetni popust od kazne“ (*bedingte Strafnachsicht*), dok se u švicarskom pravu koristi termin „uvjetno kažnjavanje kaznom“ (*bedingte Strafe*). Svrha uvjetne osude, kao odgađanja izvršenja kazne, pod uvjetom da se u roku kušnje ne počini novo kazneno djelo te da se ispune određene naložene obveze, inkorporirana je u svrhu kažnjavanja, ali je njezin utjecaj na generalnu prevenciju umanjen s obzirom na to da ostvarenje materijalnog uvjeta navedenog instituta ovisi o procjeni suda. Pritom sud vodi računa o ličnosti počinitelja, njegovu prijašnjem životu, osobito je li prije osuđivan, obiteljskim prilikama, okolnostima počinjenja samog kaznenog djela te ponašanju nakon počinjenog kaznenog djela, osobito o odnosu počinitelja prema žrtvi i nastojanju da oštećeniku popravi štetu. Razvidno je da u odredbi o svrsi kažnjavanja nema ni slova o zaštiti prava žrtava,<sup>13</sup> stoga bi u nabrajanju sadržaja svrhe kažnjavanja bilo opravdano i svrhovito staviti i zaštitu temeljnih prava žrtve kaznenog djela,<sup>14</sup> kao i unutar materijalnih

<sup>12</sup> KZ/11 proširuje krug okolnosti kojima se sud mora rukovoditi pri odlučivanju o uvjetovanju kazne, a koje se tiču prijašnjeg života počinitelja, s naglaskom na raniju osuđivanost i na obiteljske prilike, odnosno ponašanje počinitelja nakon počinjenog kaznenog djela, što uključuje i njegov odnos prema oštećeniku te naknadi štete.

<sup>13</sup> Na to je u svojim presudama upozorio i Europski sud za ljudska prava navodeći da primjena uvjetne osude kao kaznenopravne sankcije u situacijama kada je neproporcionalna povredi najbitnijih konvencijskih prava oštećenika, kao što su pravo na život iz čl. 2. i zabrana mučenja iz čl. 3., ujedno predstavlja i povredu njegovih konvencijskih prava od strane države. Primjer presuda ESLJP-a Ali i Ayşe Duran protiv Turske, 42942/02, 8. 4. 2008.

<sup>14</sup> Primjerice kod svrhe kažnjavanja u obliku generalne prevencije bilo bi poželjno da, osim društvene osude, jačanja povjerenja građana u pravni poredak te širenja svijesti o pogibeljnosti činjenja kaznenih djela i



pretpostavaka uvjetne osude inkorporirati da se ona ne može primijeniti ako bi njezina primjena bila nerazmjerna pravu na život ili pravu na tjelesni integritet žrtve.

## 2.2. Djelomična uvjetna osuda kao novi institut

Napuštanjem dvojnog kriterija kombiniranja propisane i izrečene kazne te snižavanjem posebnog minimuma izrečene kazne zatvora s dvije na jednu godinu, čime se uvjetna osuda svela na modifikaciju kazne zatvora isključivo za „lakša“ kaznena djela, nastala je praznina i potreba za modificiranom verzijom uvjetne osude za „srednje teški“ kriminal. Navedenu potrebu zakonodavac je nastojao zadovoljiti uvođenjem instituta djelomične uvjetne osude, kao što to predviđa švicarski (čl. 43.)<sup>15</sup> i austrijski (§ 43.a)<sup>16</sup> kazneni zakon. Rok provjeravanja određen je u zakonski propisanim okvirima od jedne do pet godina, ali se, za razliku od austrijskog i švicarskog prava, zadržalo naše tradicionalno rješenje, prema kojem vrijeme provjeravanja uvijek odgovara neizdržanom djelu kazne, jer se smatralo da se takvim rješenjem jače štite prava osuđenika. Ono na što je bila usmjerena intencija zakonodavca kod uvođenja ovog instituta jest pridonošenje mogućnosti rasterećenja zatvorskog sustava, kao i pridonošenje efikasnosti izvršenja novčanih kazni, što bi podredno trebalo dovesti do smanjenja izricanja supletornog zatvora. Republika Hrvatska više je puta upozoravana od Europskog odbora za prevenciju mučenja i nečovječnog postupanja ili kazne (CPT) na prenapučenost hrvatskih zatvora i kaznionica.<sup>17</sup> Problem prenapučenosti još je izraženiji u zatvorima nego u kaznionicama, jer se ondje izvršava i istražni i supletorni zatvor.<sup>18</sup>

Kada govorimo o mogućnosti primjene uvjetne osude, odnosno djelomične uvjetne osude kod novčanih kazni, nedoumice stvara propust zakonodavca da postavi striktnu granicu za iznos do kojega bi novčanu kaznu bilo moguće uvjetovati, odnosno izreći djelomičnu uvjetnu osudu. Kada je posrijedi kazna zatvora, iz zakonskog teksta nedvojbeno proizlazi da je djelomična uvjetna osuda namijenjena za „teža“ kaznena djela negoli je to slučaj s

---

opravdanosti kažnjavanja, bude inkorporirana i afirmacija prava žrtve na adekvatno sankcioniranje razmjerno naravi povrede.

<sup>15</sup> Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (Status as of 1 September 2017); Teilbedingte Strafen (Djelomična uvjetna osuda) Art. 43. (1). Informacije dostupne na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201709010000/311.0.pdf> (pristup 8. 11. 2017.).

<sup>16</sup> Austrian Penal Code (StGBö) (Legislative status of the legislation: 21. 9. 2017.); Bedingte Nachsicht eines Teiles der Strafe (Uvjetno odlaganje dijela kazne) § 43.a (4.). Informacije dostupne na: <https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/43a> (pristup 8. 11. 2017.).

<sup>17</sup> Turković, K., Maršavelski, A., Reforma sustava kazni u novom kaznenom zakonu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 19, 2/2012. str. 803.

<sup>18</sup> Raspoloživi podaci *World Prison Brief data* (podaci dostupni na: <http://www.prisonstudies.org/country/croatia>) o razini popunjenosti zatvorskih kapaciteta od 30. 9. 2016. pokazuju da su zatvorski kapaciteti u Republici Hrvatskoj popunjeni 80,3 % (pristup 8. 11. 2017.), što upućuje na smanjenje zatvorske (pre)napučenosti u odnosu na ranija razdoblja. Kulminacijska točka prenapučenosti zatvorskih kapaciteta dosegnuta je 2010. godine, kada je postotak prenapučenosti iznosio 154,13 %. Izvješće o stanju i radu kaznionica, zatvora i odgojnih zavoda za 2015. godinu Ministarstva pravosuđa, Zagreb, prosinac 2016., str. 11. Slika 2. Kretanje broja zatvorenika i smještajnih kapaciteta 2010. – 2015. godine.

primjenom instituta uvjetne osude, a što je razvidno i iz formalnih uvjeta primjene navedenih instituta. Međutim, kada je posrijedi novčana kazna, preciziranje formalnih uvjeta primjene izostalo je, pa nije jasno u kojim se slučajevima novčana kazna može u potpunosti uvjetovati, a kada predleži djelomično odgađanje novčane kazne.<sup>19</sup> Broj dnevnih iznosa kod novčane kazne pokazatelj je „težine“ kaznenog djela i trebao bi biti razmjernan težini počinjenog kaznenog djela i stupnju krivnje počinitelja. Sukladno tome kod uređenja instituta uvjetne osude zakonodavac bi trebao precizirati da se primjerice uvjetno odgoditi može novčana kazna do 360 dnevnih iznosa, što je, preračunato u supletorni zatvor, ekvivalentno godini dana zatvora. S druge strane, kad je novčana kazna izrečena zbog kaznenog djela iz koristoljublja u iznosu većem od 360 dnevnih iznosa do 500 dnevnih iznosa ili kad je novčana kazna od 500 dnevnih iznosa izričito propisana kaznenim zakonom (kleveta, čl. 149. st. 2.), trebala bi predležati samo mogućnost djelomičnog odgađanja novčane kazne. Zakonodavac je, propustivši učiniti navedeno, prepustio sudovima da se slobodnom procjenom, ali vodeći računa o legitimnome cilju i razmjerno visini izrečene novčane kazne, opredijele ili za uvjetno ili pak djelomično uvjetno odgađanje novčane kazne.<sup>20</sup> U budućnosti bi svakako trebao otkloniti eventualne nejasnoće preciziranjem formalnih uvjeta primjene navedenih instituta kod izrečene novčane kazne. Uzmemo li u obzir intenciju zakonodavca, koja afirmira primat ostvarenja novčane kazne, dvojbene su situacije u kojima bi sud, kod osude počinitelja na plaćanje novčane kazne koja se prisilno naplaćuje putem ovlaštenih institucija, počinitelju „oprostio“ plaćanje novčane kazne izricanjem uvjetne osude ili djelomične uvjetne osude.

### 2.2.1. Pretpostavke za izricanje djelomične uvjetne osude

Djelomična uvjetna osuda jest sankcija predviđena za „srednje teški“ kriminalitet, što je razvidno iz same formalne pretpostavke za izricanje djelomične uvjetne osude. Kriterij je konkretno izrečena kazna za konkretno kazneno djelo, neovisno o tome je li riječ o izrečenoj kazni zatvora za jedno kazneno djelo, jedinstvenoj kazni za stjecaj kaznenih djela, produljenom kaznenom djelu, je li sud pri izricanju kazne primijenio odredbe o ublažavanju ili nije. Djelomična uvjetna osuda, po opredjeljenju našeg zakonodavca,

<sup>19</sup> Zakonodavac samo navodi: „Sud može počinitelju koji je osuđen na (...) novčanu kaznu izreći uvjetnu osudu (čl. 56. st. 2.) / izreći uvjetnu osudu za dio kazne“ (čl. 57. st. 1.) nigdje ne navodeći do kojeg bi broja dnevnih iznosa novčanu kaznu bilo moguće uvjetno odgoditi, odnosno djelomično uvjetovati.

<sup>20</sup> Primjerice Općinski sud u Splitu pravomoćnom je presudom pod brojem K-237/14 od 27. svibnja 2014. osudio okrivljenika zbog kaznenog djela protiv časti i ugleda – kleveta iz čl. 200. st. 2. KZ/97 na novčanu kaznu u iznosu od deset prosječnih dnevnih dohodaka u Republici Hrvatskoj, što iznosi 1.855,00 kuna, ali je temeljem čl. 67. st. 2. KZ/97 optuženiku izrekao uvjetnu osudu na način da se novčana kazna neće izvršiti ako optuženik u roku od jedne godine po pravomoćnosti presude ne počini novo kazneno djelo. U drugom je slučaju okrivljenik, kao pravna osoba, pravomoćnom presudom Općinskog suda u Splitu K-1405/11 od 13. ožujka 2015. osuđen zbog kaznenog djela protiv službene dužnosti – nezakonito pogodovanje iz čl. 292. st. 2. KZ/11 na jedinstvenu novčanu kaznu u iznosu od 40.000,00 kuna, ali je temeljem čl. 13. st. 1. i st. 2. Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela optuženiku izrečena uvjetna osuda na način da se novčana kazna neće izvršiti ako optuženik u roku od tri godine po pravomoćnosti presude ne počini novo kazneno djelo. Navedeni primjer zorno prikazuje razliku u visini izrečenih novčanih kazni počinitelju koji je fizička osoba i pravnoj osobi kao počinitelju, pa ipak, sud se u oba slučaja opredijelio za uvjetno odgađanje izvršenja izrečene novčane kazne.

predleži i u situaciji kada je izrečena novčana kazna, što se u teoriji smatra dosta prijepornim, te su rijetka zakonodavstva koja dopuštaju takvu mogućnost.<sup>21</sup> Rašireno je shvaćanje da novčana kazna sama po sebi već predstavlja supstitut kazne zatvora s obzirom na to da je po tekstu Kaznenog zakona u sudskoj nadležnosti mogućnost izricanja novčane kazne kao glavne za određeno kazneno djelo za koje je propisana kazna zatvora do tri godine, pa samim time nema potrebe novčanu kaznu još dodatno djelomično uvjetovati.<sup>22</sup> Međutim ono što ide u prilog mogućnosti djelomičnog uvjetnog odgađanja novčane kazne leži u činjenici da je novčana kazna ipak jedna vrsta kazne i ne bi bilo opravdano počinitelja kojemu je izrečena kazna zatvora stavljati u povoljniji položaj nego počinitelja kojemu je izrečena novčana kazna jer bi navedeno dovelo do paradoksa da je djelomična uvjetna osuda moguća kod težih kaznenih djela za koja je izrečena kazna zatvora, ali ne i kod lakših, za koja je izrečena novčana kazna. Iz toga se razloga naš zakonodavac opravdano opredijelio za mogućnost djelomičnog uvjetnog odgađanja i kod novčane kazne. Materijalna pretpostavka izricanja djelomične uvjetne osude jest ocjena suda da postoji visok stupanj vjerojatnosti da i bez izvršenja cijele kazne počinitelj neće ubuduće činiti kaznena djela, što je zapravo povoljna prognoza počiniteljeva ponašanja u budućnosti, koja je najčešće rezultat osobnog iskustva suca, njegove intuicije ili ustaljene sudske prakse viših sudova.

### 2.2.2. Dodatne obveze i zaštitni nadzor uz djelomičnu uvjetnu osudu

Uz djelomičnu uvjetnu osudu sud može počinitelju odrediti jednu ili više posebnih obveza, samostalno ili uz zaštitni nadzor, čije trajanje ne smije biti duže od roka provjeravanja. Zakonodavac zabranjuje postavljanje nerazumnih i nemogućih obveza koje vrijeđaju dostojanstvo počinitelja.<sup>23</sup> Posebne su obveze uvijek fakultativne, one se izriču ili ne moraju uz glavnu obvezu, a glavna je obveza da počinitelj ne počini novo kazneno djelo. Za izricanje pojedinih posebnih obveza, kojima se u većoj mjeri zadire u privatni život pojedinca, potreban je pristanak počinitelja, čime se naglašava njegova spremnost da osobnim djelovanjem pridonese vlastitoj resocijalizaciji, ili pak nespremnost, i u tom se slučaju onda gubi i svaki smisao navedenih obveza.<sup>24</sup> Osim počiniteljeva doprinosa vlastitoj resocijalizaciji, posebnim obvezama nastoji se osigurati i zaštita žrtve, čime se naglašava i moralna dimenzija odnosa počinitelja prema žrtvi. KZ/11 posebno propisuje obveze koje sud može izreći počinitelju ako ocijeni da je njihova primjena nužna za zaštitu zdravlja i sigurnosti osobe na čiju je štetu kazneno djelo počinjeno ili kada je to korisno za otklanjanje okolnosti koje pogoduju ili poticajno djeluju na počinjenje novog kaznenog djela.<sup>25</sup> Posebne obveze nisu nabrojene taksativno, nego je riječ o generalnoj klauzuli, jer zakonodavac navodi da sud može primijeniti i druge obveze koje su primjerene s obzirom

<sup>21</sup> Primjerice austrijski zakonodavac predviđa mogućnost uvjetnog odgađanja izrečene novčane kazne, Strafgesetzbuch (posljednja izmjena 2010.), §43.a (4), kao i švicarski Schweizerisches Strafgesetzbuch (posljednja izmjena 2017.), Art. 42. (1).

<sup>22</sup> Čl. 40. st. 4. KZ/11.

<sup>23</sup> Čl. 63. st. 1. KZ/11.

<sup>24</sup> Čl. 63. st. 2. KZ/11.

<sup>25</sup> Čl. 62. st. 2. toč. 1. – toč. 12. KZ/11.

na narav počinjenog kaznenog djela.<sup>26</sup> Navedeno znači da je sudska praksa slobodna u formiranju posebnih obveza, ali da pri tome mora voditi računa o ostvarenju legitimnog cilja. Izvršenje posebnih obveza u nadležnosti je tijela za probaciju uz pomoć policije, a uređuje se posebnim zakonom i na temelju tog zakona donesenim podzakonskim propisima.<sup>27</sup>

Uz djelomičnu uvjetnu osudu sud može počinitelju odrediti zaštitni nadzor kad ocijeni da je počinitelju potrebna pomoć, vođenje i nadzor nadležnog tijela za probaciju kako ubuduće ne bi činio kaznena djela i kako bi se lakše uključio u društvo.<sup>28</sup> S obzirom na navedeno, iako su posebne obveze uz zaštitni nadzor korisne, treba imati na umu da se njima zadire u privatnost osuđenika. U odnosu na bezuvjetnu kaznu zatvora svaka je posebna obveza uz zaštitni nadzor blaža jer predstavlja samo mjeru ograničenja slobode, a ne mjeru oduzimanja slobode. Naprotiv, kada govorimo o novčanoj kazni, ne bi se moglo reći da je plaćanje novčane kazne znatno veća represija od primjerice podvrgavanja odvikavanju od ovisnosti ili redovitom javljanju nadležnom tijelu za probaciju. Upitno je bi li počinitelj koji je kadar platiti novčanu kaznu dao prednost ispunjenju posebne obveze uz zaštitni nadzor pred opozivom (djelomične) uvjetne osude.<sup>29</sup> Navedeno samo govori u prilog okolnosti da, iako djelomična uvjetna osuda *in abstracto* može biti lakša od bezuvjetne kazne, to ne znači da ona i *in concreto* predstavlja niži stupanj represije.

### 2.2.3. Opoziv djelomične uvjetne osude

Naš zakonodavac poznaje slučajeve obligatornog i fakultativnog opoziva uvjetovanog dijela kazne kod djelomične uvjetne osude. Djelomična uvjetna osuda u uvjetovanom dijelu obvezno se opoziva kada se osuđeniku za jedno ili više kaznenih djela počinjenih za vrijeme provjeravanja izrekne kazna zatvora u trajanju duljem od jedne godine.<sup>30</sup> Nasuprot tome, ako je osuđeniku za jedno ili više kaznenih djela počinjenih za vrijeme provjeravanja izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine ili novčana kazna, opoziv je fakultativan.<sup>31</sup> KZ/97 predviđao je obvezno opozivanje uvjetne osude i u slučaju kada osuđena osoba tijekom provjeravanja ne izvrši obveze koje su sudskom odlukom određene, a mogla ih je izvršiti. KZ/11 više ne predviđa obvezno opozivanje uvjetovanog dijela kazne ako osuđena osoba ne izvrši posebnu obvezu, nego je i u tim slučajevima opozivanje fakultativno. Međutim II. Novelom KZ/11, izmjenom čl. 58. st. 1. KZ/11, prošireno je obvezno opozivanje uvjetovanog dijela kazne ako osuđenik bez opravdanog razloga, u roku koji je određen presudom, ne vrati imovinsku korist ostvarenu kaznenim

---

<sup>26</sup> Primjerice sud može počinitelju koji je posjekao nečija stabla narediti da zasadi nova stabla, počinitelju koji je napisao grafit odrediti da ga očisti ili preboji zid i sl. Primjer prema Turković, K., Maršavelski, A. (ur.), Komentar kaznenog zakona i drugi izvori novoga hrvatskog kaznenog zakonodavstva, str. 93.

<sup>27</sup> Zakon o probaciji, Narodne novine, br. 143/12, Pravilnik o načinu obavljanja probacijskih poslova, Narodne novine, br. 29/2013.

<sup>28</sup> Čl. 64. st. 1. KZ/11.

<sup>29</sup> Cvitanović/Glavić (2011), *op. cit.* (bilj. 3), str. 768.

<sup>30</sup> Čl. 58. st. 1. KZ/11.

<sup>31</sup> Čl. 58. st. 2. KZ/11.

djelom.<sup>32</sup> U slučaju opoziva uzimaju se kao utvrđene ranije izrečena kazna i kazne za nova kaznena djela te se izriče jedinstvena kazna primjenom odredaba o odmjeravanju kazne za kaznena djela počinjena u stjecaju. Moguće je i da sud počinitelju opozove uvjetnu osudu i izrekne mu djelomičnu uvjetnu osudu.<sup>33</sup>

Posebno su izdvojeni slučajevi fakultativnog opoziva djelomične uvjetne osude zbog neizvršavanja dodatnih obveza. Zakonodavac taksativno navodi slučajeve povrede dužnosti vezane uz djelomičnu uvjetnu osudu, a da nije postojao opravdani razlog za povredu naloženih obveza.<sup>34</sup> Predviđena je mogućnost opoziva zbog prije počinjenog kaznenog djela,<sup>35</sup> ako pretpostavke za izricanje djelomične uvjetne osude ne bi bile ispunjene da se za to ranije kazneno djelo znalo.<sup>36</sup> U slučaju opoziva djelomične uvjetne osude dolazi do oživotvorenja uvjetovanog dijela kazne. Ono o čemu bi zakonodavac trebao posebno voditi računa prilikom donošenja odluke o opozivu zbog ranije počinjenog kaznenog djela jest činjenica da treba cijeliti napore koje je osuđenik uložio da bi ispunio pojedine dodatne obveze koje su mu bile naložene ranijom presudom. Ranije nepočinjenje kaznenog djela svakako je važna okolnost pri procjeni postoji li visok stupanj vjerojatnosti da će se i bez izvršenja cijele kazne ostvariti svrha kažnjavanja, ali ne smije se zanemariti ni činjenica naknadnog uzornog ponašanja okrivljenika. Opozivom djelomične uvjetne osude zbog prije počinjenog kaznenog djela osuđenik koji je u potpunosti izvršio posebne obveze stavljen je u nepovoljniji položaj negoli bi bio da je kaznu bezuvjetno izvršio bez naloženih posebnih obveza.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Zakon o izmjenama i dopunama kaznenog zakona, Narodne novine 56/2015, čl. 6.

<sup>33</sup> Okrivljenik je najprije pravomoćnom presudom Općinskog suda u Splitu K-1076/14 od 29. listopada 2014. zbog kaznenog djela protiv zdravlja ljudi – neovlaštena proizvodnja i promet drogama iz čl. 190. st. 1. KZ/11 osuđen na kaznu zatvora u trajanju od osam mjeseci s rokom provjeravanja od tri godine. U roku provjeravanja okrivljenik je počinio novo kazneno djelo protiv zdravlja ljudi – neovlaštena proizvodnja i promet drogama, djelo opisano u čl. 190. st. 1. KZ/11, za koje mu je Općinski sud u Splitu u novoj presudi Kov-112/16 od 22. travnja 2016. izrekao kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i osam mjeseci. Temeljem čl. 58. st. 1. KZ/11 sud je okrivljeniku opozvao uvjetnu osudu izrečenu ranijom presudom te mu ranije izrečenu kaznu zatvora u trajanju od osam mjeseci te kaznu zatvora za novo kazneno djelo u trajanju od jedne godine i osam mjeseci uzeo kao utvrđene. Primjenom odredaba o stjecaju sud je okrivljeniku izrekao jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od dvije godine i dva mjeseca, od čega je neuvjetovani dio kazne zatvora koja se ima izvršiti iznosio jednu godinu, a za preostali dio izrečene kazne zatvora u trajanju od jedne godine i dva mjeseca sud je temeljem čl. 57. u svezi s čl. 56. KZ/11 primijenio djelomičnu uvjetnu osudu, s time da se izrečeni dio kazne zatvora od jedne godine i dva mjeseca neće izvršiti ako okrivljenik u vremenu provjeravanja od četiri godine od pravomoćnosti presude ne počinio novo kazneno djelo.

<sup>34</sup> Sud može opozvati uvjetnu osudu ako je posrijedi: a) kršenje obveze koja je određena sigurnosnom mjerom izrečenom uz uvjetnu osudu (riječ je o sigurnosnim mjerama koje od osuđenika zahtijevaju nečinjenje), b) neizvršavanje posebnih obveza "u potpunosti" ili većoj mjeri, c) teško i uporno kršenje posebnih obveza, d) ustrajno izbjegavanje zaštitnog nadzora (čl. 58. st. 5. KZ/11).

<sup>35</sup> Suvremena poredbena zakonodavstva napustila su tu osnovu opoziva (djelomične) uvjetne osude.

<sup>36</sup> Čl. 58. st. 6. KZ/11.

<sup>37</sup> Opoziv djelomične uvjetne osude nije moguć nakon što proteknu dvije godine od isteka vremena provjeravanja, odnosno nakon što je proteklo godinu dana od isteka roka određenog za izvršavanje obveza (čl. 58. st. 7. i st. 8. KZ/11.)

#### 2.2.4. Djelomična uvjetna osuda i izricanje jedinstvene kazne za djela u stjecađu

U odredbi članka 498. st. 1. toč. 1. ZKP/08 propisano je opće pravilo da se pravomoćna presuda može preinačiti i bez obnove kaznenog postupka ako je u dvjema presudama ili u više presuda protiv istog osuđenika izrečeno više kazni, a nisu primijenjene odredbe o odmjerađanju jedinstvene kazne za djela u stjecađu.<sup>38</sup> Međutim, kada je u pitanju djelomična uvjetna osuda, možemo reći da se radi o iznimci od toga pravila. Naime, ako je isti osuđenik jednom presudom osuđen na kaznu zatvora, a drugom na kaznu zatvora koja mu je djelomično uvjetovana, navedeno pravilo o izricanju jedinstvene kazne neće se primijeniti. U tom pogledu donesen je Zaključak koji glasi: „*Pravomoćna presuda se ne može preinačiti u odluci o kazni u obnovljenom kaznenom postupku (tzv. nepravna obnova) ako je jednom presudom izrečena kazna zatvora, a drugom djelomična uvjetna osuda.*“<sup>39</sup>

Taj zaključak Vrhovni sud Republike Hrvatske temelji na stajalištu da djelomična uvjetna osuda nije kazna u smislu čl. 40. st. 1. KZ/11, nego svojevrsna modifikacija kazne, pa samim time nema ni mjesta za objedinjavanje kazni.

Na taj način dolazimo do problema koji se pojavljuju kod izdržavanja neobjedinjenih kazni zatvora, jer je primjerice jednom od presuda izrečena djelomična uvjetna osuda. Zakonodavac nije regulirao redoslijed izdržavanja neobjedinjenih kazni zatvora. Što ako je počinitelj započeo s izdržavanjem kazne zatvora iz djelomične uvjetne osude? Znači li to da tek po isteku uvjetovanog dijela kazne iz djelomične uvjetne osude počinje s izdržavanjem bezuvjetne kazne zatvora iz druge presude? Ili, primjerice, ako počinitelj prvo izvršava bezuvjetnu kaznu zatvora, kojom nije obuhvaćena izrečena djelomična uvjetna osuda, samim time počinitelj je *de facto* stavljen u nezahvalan položaj jer je postojanje više kazni koje nisu objedinjene razlog za odbacivanje prijedloga za uvjetni otpust (čl. 158.b, toč. 5. ZIKZ-a), odnosno odbijanje prijedloga za uvjetni otpust podnesenog po službenoj dužnosti (čl. 159.a, toč. 6. ZIKZ-a).<sup>40</sup> Navedeno bi značilo da osuđenik tek po izvršavanju izrečene kazne zatvora u cijelosti, bez mogućnosti uvjetnog otpusta, izvršava kaznu zatvora iz djelomične uvjetne osude.

Svakako bi na zakonodavnoj razini bilo poželjno riješiti postojeću pravnu prazninu redoslijeda izvršenja neobjedinjenih kazni zatvora, a ne prepustiti sudovima da predmetnu situaciju rješavaju kada se za tim naiđe potreba, jer, iako su takvi slučajevi rijetki u praksi, ipak se pojavljuju.

<sup>38</sup> Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14.

<sup>39</sup> Zaključak sa sastanka predsjednika kaznenih odjela županijskih sudova s predsjednicima vijeća i službom evidencije Vrhovnog suda Republike Hrvatske od 16. i 17. rujna 2015.

<sup>40</sup> Zakon o izvršavanju kazne zatvora, Narodne novine, br. 128/99, 55/00, 59/00, 129/00, 59/01, 67/01, 11/02, 190/03, 76/07, 27/08, 83/09, 18/11, 48/11, 125/11, 56/13, 150/13.

### 3. OSVRT NA KOMPARATIVNA ZAKONODAVSTVA KOJA SU POSLUŽILA KAO PODLOGA UVOĐENJU INSTITUTA DJELOMIČNE UVJETNE OSUDE

Pri uvođenju instituta djelomične uvjetne osude kao svojevrsna osnova poslužili su zakonicima susjednih zemalja koje su otprije poznavale i pravno regulirale predmetnu materiju. U ovom poglavlju dat je prikaz uređenja predmetne materije u austrijskom i švicarskom kaznenom zakonodavstvu, po uzoru na koje je i preuzet institut djelomične uvjetne osude kod nas.

#### 3.1. Uređenje instituta uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u austrijskom kaznenom zakonu

Austrijski kazneni zakon (Austrian Strafgesetzbuch, dalje: StGBö) uređuje dvije situacije primjene instituta djelomične uvjetne osude kod izrečenih kazni zatvora.<sup>41</sup> Prva, kada je izrečena kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do dvije godine, ali se s obzirom na prijašnje ponašanje počinitelja ne može zaključiti da će se pukim izricanjem uvjetne osude postići svrha kažnjavanja. Druga, ako je počinitelj osuđen na kaznu zatvora u trajanju dužem od dvije, ali kraćem od tri godine, a postoji velika vjerojatnost da ubuduće neće počinuti nova kaznena djela. Bezuvjetni dio kazne koji se ima izvršiti mora iznositi najmanje jedan mjesec i ne smije premašiti trećinu izrečene kazne,<sup>42</sup> iz čega je razvidno blaže uređenje instituta djelomične uvjetne osude u pogledu kriterija neuvjetovanog dijela kazne negoli je to slučaj s našim zakonodavnim uređenjem.<sup>43</sup>

Kod izrečene novčane kazne institut djelomične uvjetne osude primjenjuje se kad su ispunjeni uvjeti za primjenu uvjetne osude iz čl. 43., ali samo za dio izrečene kazne. Sud tada može uvjetovati dio izrečene novčane kazne, ali ne više od tri četvrtine izrečene novčane kazne.<sup>44</sup> Također austrijski zakonodavac poznaje situaciju zamjene izrečene kazne zatvora novčanom kaznom u visini do 720 dnevnih iznosa. Formalni je uvjet primjene izrečena kazna zatvora u trajanju dužem od šest mjeseci, ali kraćem od dvije godine, a nisu ispunjeni uvjeti za primjenu uvjetne osude na cijeli dio izrečene kazne zatvora. Time se počinitelju omogućava preračunavanje kazne zatvora u novčanu kaznu do 720 dnevnih iznosa, a u preostalom se dijelu primjenjuje uvjetna osuda.<sup>45</sup>

Izricanje uvjetne osude prepušteno je sudskoj diskreciji. Sud razmatra u kojoj će mjeri sama prijetnja kaznom, samostalno ili u kombinaciji s drugim mjerama, biti dovoljna za ostvarenje svrhe kažnjavanja. Izrečena uvjetna osuda može se kombinirati sa zaštitnim

---

<sup>41</sup> Fünfter Abschnitt; Bedingte Strafnachsicht und bedingte Entlassung, Weisungen und Bewährungshilfe Bedingte Strafnachsicht, § 43. Bedingte Strafnachsicht, StGBö, § 43. Informacije dostupne na: [https://www.jusline.at/Strafgesetzbuch\\_\(StGB\).html](https://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html) (12. 7. 2017.).

<sup>42</sup> § 43.a, Paragraph 3. i 4. StGBö.

<sup>43</sup> Naš je zakonodavac kao donju granicu neuvjetovanog dijela kazne predvidio najmanje šest mjeseci, dok gornja granica neuvjetovanog dijela kazne zatvora ne smije premašiti polovinu izrečene kazne zatvora, čl. 57. st. 2. KZ/11.

<sup>44</sup> § 43.a, Paragraph 1. StGBö.

<sup>45</sup> § 43.a, Paragraph 2. StGBö.

nadzorom, imenovanjem socijalnog radnika, ako je to potrebno za ostvarenje svrhe prevencije. Uvjetno odgođena kazna izvršit će se retroaktivno samo ako osuđenik počini novo kazneno djelo u roku provjeravanja i razlozi posebne prevencije govore u prilog takvu djelovanju ili ako počinitelj ne izvršava naložene obveze suda ili prestane vidati svojeg socijalnog radnika. Osuda se briše iz kaznene evidencije nakon tri godine.<sup>46</sup>

Djelomična uvjetna osuda jest institut koji je u praksu austrijskih sudova uveden 1990-ih godina i statistički prikazi datiraju od tog razdoblja. Podaci sudske kaznene statistike u razdoblju od primjene djelomične uvjetne osude u praksi od 1990. godine do danas pokazuju trend konstantnog porasta.

*Tablica 1. Učestalost izricanja djelomične uvjetne osude u austrijskoj kaznenopravnoj praksi u vremenskom intervalu od 1990. do 2015.<sup>47</sup>*

Izrečene kazne	1980.	1985.	1990.	1995.	2000.	2005.	2010.	2013.	2015.
UKUPNO	83.626	84.096	71.722	69.779	41.624	45.691	38.394	34.424	32.118
Kazne zatvora	20.862	23.377	20.065	20.897	20.432	26.187	23.686	22.538	21.562
Novčane kazne	57.506	56.318	49.735	47.094	19.281	17.756	12.929	10.077	8855
<b>Djelomične uvjetne osude</b>	/	/	348	496	642	746	878	1063	1008
Maloljetničke kazne zatvora	4755	3844	1210	870	930	483	321	233	218
Ostalo	503	557	364	422	339	519	580	513	475

Kako je razvidno iz same tablice, kroz promatrana razdoblja uočava se trend smanjenja ukupno izrečenih kazni, s paralelnim trendom porasta učestalosti izricanja djelomične uvjetne osude. Izraženo u postocima, navedeni trend porasta udjela primjene djelomične uvjetne osude u sudskoj praksi u odnosu na ukupan broj izrečenih kazni mogli bismo prikazati kako slijedi: 1990. – 0,48 %, 1995. – 0,71 %, 2000. – 1,54 %, 2005. – 1,63 %, 2010. – 2,28 %, 2013. – 3,09 %, 2015. – 3,14 %. Slijedom iznesenoga može se zaključiti da se institut djelomične uvjetne osude uvriježio u praksi austrijskih sudova, te se pokazao kao zadovoljavajući institut u situacijama koje ne opravdavaju uvjetovanje izrečene kazne zatvora u potpunosti, ali ne trpe ni bezuvjetno izricanje (kratkotrajnih) kazni zatvora. Navedeni trend nije ni približno ostvaren na našim prostorima, ali tome svakako valja pridodati okolnost novijeg datuma primjene tog instituta, koji je uveden KZ/11 od 1. siječnja 2013. godine. Austrijskoj sudskoj praksi trebalo je deset godina da postotak

<sup>46</sup> URBAN VIOLENCE - JUVENILES - NEW MEDIA Tackling the current challenges in Austria; Responses of justice to urban violence; Juveniles as perpetrators and victims Organised groups and their new ways of communicating REPORT presented by the Minister of Justice of Austria, Vienna 19 to 21 September 2012, str. 16.

<sup>47</sup> National Bureau of Statistics; informacije dostupne na: <http://www.statistica.md/pageview.php?l=en&idc=214> (23. 10. 2016.). Tablicu pod nazivom „Nonappealable convictions by imposed punishment from 1980 to 2015“ autorica je preuzela sa službene stranice i prevela je na hrvatski jezik.



primjene instituta djelomične uvjetne osude u ukupnom udjelu izrečenih kazni premaši 1 %, tako da možemo samo predviđati da će takav trend slijediti i naša sudska praksa.<sup>48</sup>

### **3.2. Uređenje instituta uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u švicarskom kaznenom zakonu**

Švicarski Kazneni zakon (Schweizerisches Strafgesetzbuch, dalje StGBSch) za počinitelje kaznenih djela predviđa tri vrste kazni: kaznu zatvora, novčanu kaznu te društveno koristan rad. Za svaku od navedenih kazni može se izreći uvjetna ili djelomična uvjetna osuda s određenim vremenom provjeravanja. Sud će uvjetno odgoditi izvršenje novčane kazne, rada za opće dobro ili kaznu zatvora izrečenu u trajanju od najmanje šest mjeseci i ne dužu od dvije godine ako izvršenje kazne nije neophodno za ostvarenje svrhe kažnjavanja. Također poznate su i kombinacije uvjetno odgođene kazne zatvora i novčane kazne.<sup>49</sup>

Švicarski Kazneni zakon kao formalni uvjet primjene djelomične uvjetne osude predviđa izrečenu kaznu zatvora u trajanju od jedne do tri godine ako je to dostatno za ostvarenje svrhe kažnjavanja s obzirom na krivnju počinitelja. Također mogućnost uvjetnog odgađanja švicarski zakonodavac predviđa i za izrečenu novčanu kaznu, ali i za rad za opće dobro.<sup>50</sup> Uvjetovani i bezuvjetni dio kazne zatvora ne može biti manji od šest mjeseci, odnosno dio kazne koji se treba izvršiti odmah ne smije prelaziti jednu polovinu kazne. Zakonodavac ne predviđa mogućnost primjene odredaba o uvjetnom otpustu na neuvjetovani dio kazne zatvora.<sup>51</sup>

Ako se počinitelj za vrijeme trajanja probacijskog perioda bude dobro vladao na način da ne čini nova kaznena djela ili da izvršava naložene mu obveze, izrečena kazna, odnosno uvjetovani dio kazne, neće se izvršiti. Ako se uvjetna osuda opozove, izrečena kazna bit će izvršena.<sup>52</sup>

Iz navedenog je razvidno da je hrvatski zakonodavac bliži švicarskom nego austrijskom uređenju instituta djelomične uvjetne osude i da je u konačnici navedena odredba

---

<sup>48</sup> Prema raspoloživim podacima Državnog zavoda za statistiku RH udio djelomične uvjetne osude u odnosu na ukupan broj izrečenih osuda iznosio je za 2013. godinu 0,006 %, za 2014. godinu 0,23 %, za 2015. godinu 0,47 % te za 2016. godinu 0,47 %.

<sup>49</sup> Art. 106. StGBSch (posljednja izmjena 1. rujna 2017.).

<sup>50</sup> Art 43. Paragraph 1. StGBSch.

<sup>51</sup> Art. 43. Paragraph 2. i 3. StGBSch.

<sup>52</sup> The execution of sentences and measures in Switzerland; An overview of the system and execution of sentences and measures in Switzerland for adults and juveniles, Federal Department of Justice and Police FDJP; Federal Office of Justice FOJ; Main Division of Criminal Law; Execution of Sentences and Measures Unit February 2010, p. 4.

švicarskog kaznenog zakona bila osnova za donošenje i uvođenje instituta djelomične uvjetne osude u naš kaznenopravni sustav, koju je naš zakonodavac u cijelosti i usvojio.<sup>53</sup>

#### 4. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA KOD POVREDA NAJVAŽNIJIH KONVENCIJSKIH PRAVA POČINJENIH OD STRANE DRŽAVE IZRICANJEM KAZNENOPRAVNIH SANKCIJA NERAZMJERNIH TEŽINI UČINJENIH POVREDA

Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) u svojoj je praksi postavio jasan standard da situacije u kojima postoji očiti nerazmjer između težine počinjenog kaznenog djela i izrečene sankcije, kod povrede najbitnijih konvencijskih prava oštećenika (kao što su pravo na život iz čl. 2. i zabrana mučenja iz čl. 3.),<sup>54</sup> ujedno predstavljaju i povredu njegovih konvencijskih prava od strane države. Tako je u predmetu *Ali i Ayşe Duran protiv Turske*<sup>55</sup> ESLJP zauzeo stav da je okolnost očitog nerazmjera između izrečene kaznenopravne sankcije i težine počinjenog kaznenog djela zorni pokazatelj da država nije ispunila svoje pozitivne obveze koje proizlaze iz suštine odredaba čl. 2. i čl. 3. Konvencije. U navedenom slučaju, nakon stupanja na snagu novog Kaznenog zakona od 1. lipnja 2005., osuđeni policijski službenici nikada nisu izdržali izrečene kazne zatvora jer je njihovo izvršenje obustavljeno sukladno Zakonu br. 4616. ESLJP je već prije utvrdio da je u situacijama kada je državni službenik (*State agent*) optužen za kazneno djelo koje uključuje zlostavljanje od najveće važnosti da kazneni postupci i kazne ne budu podložni zastari, dok mjere poput dodjele amnestije ili pomilovanja ne bi smjele biti dopuštene.<sup>56</sup> Prema mišljenju ESLJP-a suspenzija izvršenja zatvorskih kazni izrečenih policijskim službenicima usporediva je s djelomičnom amnestijom, i to je mjera koja se ne može smatrati dopuštenom jer je *de facto* dovela do virtualne nekažnjivosti policijskih službenika unatoč postojanju osuđujuće presude.<sup>57</sup>

U predmetu *Okkali protiv Turske*<sup>58</sup> podnositelj zahtjeva istaknuo je da nekažnjavanje osoba koje su ga mučile predstavlja suštinsku povredu prava iz čl. 3. Konvencije kao pozitivne obveze države da zaštiti fizičku i psihičku cjelovitost pojedinaca. Također podnositelj zahtjeva pozvao se na povredu prava na djelotvorni pravni lijek iz članka 13. Konvencije, uz obrazloženje da glavni cilj pravnih sredstava koja stoje na raspolaganju na nacionalnoj razini nije dobivanje odštete, nego utvrđenje kaznene i administrativne

<sup>53</sup> Informacije dostupne na: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201701010000/311.0.pdf>. Art. 43 Partially suspended sentences, Art. 44 General provisions Probationary period.

<sup>54</sup> Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10.

<sup>55</sup> Presuda ESLJP-a *Ali i Ayşe Duran protiv Turske*, zahtjev br. 42942/02, presuda od dana 8. travnja 2008. (konačno 08/07/2008).

<sup>56</sup> Vidi *mutatis mutandis* presudu ESLJP-a *Abdulsamet Yaman protiv Turske*, zahtjev br. 32446/96, presuda od dana 2. studenog 2004. (konačna 02/02/2005), usporedi *Dujardin i ostali protiv Francuske*, zahtjev br. 16734/90 od dana 2. rujna 1991.

<sup>57</sup> Vidi *mutatis mutandis* presudu ESLJP-a *Kalan protiv Turske*, zahtjev br. 73561/01, presuda od dana 2. listopada 2001.

<sup>58</sup> Presuda ESLJP-a *Okkali protiv Turske*, zahtjev br. 52067/99, presuda od dana 17. listopada 2006. (konačno 12/02/2007).

odgovornosti počinitelja. U navedenom predmetu ESLJP je zaključio da policijski službenici koji su mučili podnositelja zahtjeva s ciljem ishođenja priznanja nisu bili suspendirani s dužnosti tijekom trajanja kaznenog postupka niti je protiv njih bio pokrenut disciplinski postupak, iako kazne koje su im izrečene nisu bile samo kazna zatvora nego i disciplinska mjera obustave dužnosti. Međutim izvršenje izrečenih kazni, koje je odgođeno, nedvojbeno potpada u kategoriju "mjera" koje su neprihvatljive sukladno praksi ESLJP-a, jer su rezultirale donošenjem neučinkovitih osuda, nerazmjernih težini povreda temeljnih konvencijskih prava žrtve. Nekažnjivost koja je uslijedila bila je dovoljan pokazatelj neučinkovitosti pravosudnog sustava da u dovoljnoj mjeri zaštiti pojedinca od kršenja apsolutne zabrane sadržane u čl. 3. Konvencije.

U predmetu *Nikolova i Velichkova protiv Bugarske*<sup>59</sup> podnositeljice zahtjeva žalile su se ESLJP-u na povrede iz čl. 2. i čl. 3. Konvencije te na neučinkovitost kaznene istrage i nedostatak adekvatne naknade za nastupjelu posljedicu oslanjajući se na povrede prava na pošteno suđenje iz čl. 6. te prava na djelotvoran pravni lijek iz čl. 13. Konvencije.

Prvi aspekt ispitivanja ESLJP-a odnosio se na pitanje je li naknada koju su primile podnositeljice zahtjeva bila dostatna naknada.<sup>60</sup> Drugi aspekt ispitivanja odnosio se na pitanje jesu li uvjetne kazne koje su izrečene policijskim službenicima na kraju pretjerano dugog kaznenog postupka bile dostatne za ispunjenje pozitivnih obveza države prema čl. 2. Konvencije. Zadaća ESLJP-a u ovom se pogledu sastojala od razmatranja jesu li i u kojoj mjeri nacionalni sudovi podvrgnuli predmet brižljivom preispitivanju predviđenom čl. 2. Konvencije. U domeni ESLJP-a nije bilo da odlučuje o stupnju individualne krivnje ili da utvrđuje odgovarajuće kazne počiniteljima, jer su to pitanja koja spadaju u isključivu nadležnost nacionalnog kaznenog suda. Međutim prema članku 19. Konvencije i sukladno načelu da Konvencija ima za cilj jamčiti ne teorijska ili iluzorna, nego praktična i djelotvorna prava, ESLJP mora osigurati da svaka država na adekvatan način štiti prava onih koji su pod njezinom jurisdikcijom. U situacijama kada je primjena prekomjerne sile (od strane policijskih dužnosnika) rezultirala smrtnim ishodom mora se posebno brižljivo ispitati je li država ispunila svoju pozitivnu dužnost prema čl. 2. kako bi osigurala pravo na život stavljajući na raspolaganje učinkovita pravna sredstva (u obliku kaznenopravnih odredaba, sankcioniranja počinitelja te ne dopuštajući da kaznena djela protiv života prođu nekažnjeno). Iz toga slijedi da, iako nacionalni sudovi imaju slobodu pri izboru odgovarajućih sankcija, ESLJP mora imati određenu moć preispitivanja i interveniranja u slučajevima očitog nerazmjera između težine počinjenog kaznenog djela i izrečene sankcije. Izricanjem uvjetnih kazni zatvora i bez ikakvih disciplinskih mjera nakon dugogodišnjeg vođenja kaznenog postupka država je zapravo stvorila "osjećaj

---

<sup>59</sup> Presuda ESLJP-a *Nikolova i Velichkova protiv Bugarske*, zahtjev br. 7888/03, presuda od dana 20. prosinca 2007. (konačno 20/03/2008).

<sup>60</sup> ESLJP je primijetio da slučajevi namjernog zlostavljanja koji su rezultirali smrću predstavljaju kršenje odredaba čl. 2., što nipošto ne može biti otklonjeno isključivo putem dodjele novčane naknade. Mogućnost traženja i primanja novčane naknade samo je jedan dio mjera potrebnih za pružanje pravne zaštite za slučaj smrti uslijed namjernog zlostavljanja od strane državnih službenika.

nekažnjivosti" policijskih službenika i njihovu "nadu da će sve biti pokriveno" te je na takav način dovela do povrede konvencijskih prava podnositelja zahtjeva.

## **5. ISTRAŽIVANJE I PRAKSA SUDOVA U POGLEDU PRIMJENE INSTITUTA DJELOMIČNE UVJETNE OSUDE**

U ovom poglavlju autorica analizira podatke Državnog zavoda za statistiku RH u pogledu učestalosti primjene instituta uvjetne osude i djelomične uvjetne osude. S obzirom na to da je naglasak rada na institutu djelomične uvjetne osude, autorica se u radu fokusira upravo na navedeni institut, dok je prikaz zastupljenosti uvjetne osude dan samo komparativno radi vizualne konture učestalosti primjene navedenih instituta u praksi.

Slijedi prikaz zastupljenosti izricanja djelomične uvjetne osude na Općinskom sudu u Splitu, u pogledu kojega je autorica provela analizu sudskih presuda donesenih u razdoblju od stupanju na snagu KZ/11 od 1. siječnja 2013., kada je uveden institut djelomične uvjetne osude, do lipnja 2016. god.

Na kraju ovog poglavlja autorica daje prikaz odluka Vrhovnog suda RH donesenih povodom postupka po žalbi te povodom izvanrednog pravnog lijeka – izvanredno preispitivanje pravomoćne presude u postupcima u kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda, a koji se odnose na vremensko razdoblje od stupanja na snagu KZ/11 od 1. siječnja 2013. godine.

### **5.1. Analiza podataka Državnog zavoda za statistiku Republike Hrvatske**

Raspoloživi podaci Državnog zavoda za statistiku RH ne prate novo zakonsko uređenje instituta uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u pogledu formalnih uvjeta njihove primjene. Slijedom iznesenoga navedeni podaci samo su okvirni jer statistički obuhvaćaju kazne zatvora od 30 dana do dvije godine u odnosu na uvjetnu osudu, odnosno od dvije godine do tri godine za djelomičnu uvjetnu osudu.

Tablica 2. Učestalost izricanja uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u 2013. godini u odnosu na pojedinačne izrečene kazne zatvora do tri godine<sup>61</sup>

Izrečena kazna zatvora	Kazna zatvora	Uvjetna osuda	Postotak primjene uvjetne osude <sup>62</sup>	Djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude <sup>63</sup>
<b>2-3 godine</b>	227	-	-	<b>1</b>	<b>0,44 %</b>
<b>1-2 godine</b>	1144	405	35,4 %	-	-
6-12 mjeseci	6175	4902	79,38 %	-	-
3-6 mjeseci	5935	4954	83,47 %	-	-
2-3 mjeseca	1751	1661	94,86 %	-	-
1-2 mjeseca	181	174	96,13 %	-	-
30 dana	89	86	96,63 %	-	-
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora DO 3 GOD.</b>	15.502	12.182	78,58 %	1	<b>0,0064 %</b>
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora</b>	16.617	-	73,31 %	-	<b>0,00601 %</b>

Prvim danom 2013. godine započela je primjena KZ/11, a samim time i primjena novog instituta djelomične uvjetne osude. Kao što je razvidno iz tablice, u 2013. god. djelomična uvjetna osuda izrečena je samo jednom, i to za kazneno djelo protiv zdravlja ljudi - neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 2. U ukupnoj strukturi osuda postotak izricanja djelomične uvjetne osude iznosio je neznatnih 0,006 %, dok je u odnosu na izrečene kazne zatvora u trajanju od dvije do tri godine iznosio 0,44 %.

Tablica 3. Učestalost izricanja uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u 2014. godini u odnosu na pojedinačne izrečene kazne zatvora do tri godine<sup>64</sup>

Izrečena kazna zatvora	Kazna zatvora	Uvjetna osuda	Postotak primjene uvjetne osude	Djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude
<b>2-3 godine</b>	246	-	-	<b>35</b>	<b>14,23 %</b>
<b>1-2 godine</b>	956	325	34 %	-	-

<sup>61</sup> Autorica je sama izradila tablični prikaz sukladno raspoloživim podacima Državnog zavoda za statistiku RH, Statistička izvješća br. 1528, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2013., str. 112 i 113.

<sup>62</sup> Postotak primjene uvjetne osude prikazuje se za pojedine izrečene kazne zatvora kako su navedene u tabličnom prikazu.

<sup>63</sup> Postotak primjene djelomične uvjetne osude prikazan je u odnosu na izrečene kazne zatvora u trajanju od dvije do tri godine.

<sup>64</sup> Autorica je sama izradila tablični prikaz sukladno raspoloživim podacima Državnog zavoda za statistiku RH Statistička izvješća br. 1551, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2014., str. 112 i 113.

6-12 mjeseci	6459	4665	72,22 %	-	-
3-6 mjeseci	5114	4423	86,49 %	-	-
2-3 mjeseca	1207	1055	87,41 %	-	-
1-2 mjeseca	59	50	84,74 %	-	-
30 dana	15	15	100 %	-	-
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora DO 3 GOD.</b>	14.056	10.533	74,93 %	35	<b>0,25 %</b>
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora</b>	14.888	-	70,75 %	-	<b>0,23 %</b>

Tablica za 2014. godinu pokazuje da su se sudovi „uhodali“ u pogledu primjene instituta djelomične uvjetne osude i da se, u odnosu na raniju godinu, bilježi popriličan „skok“. Djelomična uvjetna osuda izrečena je u trideset i pet slučajeva, što je udio djelomične uvjetne osude u odnosu na izrečene kazne zatvora u trajanju od dvije do tri godine povećalo na 14,23 %. Udio djelomične uvjetne osude u ukupnoj strukturi osuda i dalje je neznatan i iznosio je 0,23 %. Kaznena djela iz pojedinih glava Kaznenog zakona za koja je izrečena djelomična uvjetna osuda prikazana su u tablici koja slijedi.

*Tablica 4. Učestalost primjene djelomične uvjetne osude kod izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine za 2014. godinu prema pojedinim glavama Kaznenog zakona*

Kaznena djela	Izrečene kazne zatvora u trajanju od <b>2-3 godine</b>	Izrečena djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude u odnosu na izrečene kazne zatvora u trajanju od 2 do 3 god.
Protiv čovječnosti i ljudskog dostojanstva	3	1	33,33 %
Protiv života i tijela	20	4	20 %
Protiv zdravlja ljudi	68	9	13,23 %
Protiv sigurnosti prometa	14	5	35,71 %
Protiv imovine	102	12	11,76 %
Protiv službene dužnosti	4	2	50 %
Protiv javnog reda	5	2	40 %
<b>UKUPNO</b>	216	35	16,2 %

Analiza gore navedene tablice za 2014. godinu pokazuje da je djelomična uvjetna osuda najviše puta izrečena kod kaznenih djela protiv imovine i protiv zdravlja ljudi, ali je u odnosu na ukupan broj izrečenih sankcija kod pojedinih kategorija kaznenih djela razvidan najveći postotak izricanja djelomične uvjetne osude kod kaznenih djela protiv službene dužnosti (zloraba položaja i ovlasti, čl. 291. st. 2., te primanje mita, čl. 293. st. 1.), protiv javnog reda (protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u Republici Hrvatskoj,

čl. 326. st. 1.) te protiv sigurnosti prometa (izazivanje prometne nesreće u cestovnom prometu, čl. 227. st. 1., st. 4. i st. 5.).

Tablica 5. Učestalost izricanja uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u 2015. godini u odnosu na pojedinačne izrečene kazne zatvora do tri godine<sup>65</sup>

Izrečena kazna zatvora	Kazna zatvora	Uvjetna osuda	Postotak primjene uvjetne osude	Djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude
<b>2-3 godine</b>	196	-	-	<b>59</b>	<b>30,10 %</b>
<b>1-2 godine</b>	870	395	45,40 %	-	-
6-12 mjeseci	6172	4961	80,34 %	-	-
3-6 mjeseci	3806	3497	91,88 %	-	-
2-3 mjeseca	743	703	94,62 %	-	-
1-2 mjeseca	25	21	84 %	-	-
30 dana	7	6	86 %	-	-
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora DO 3 GOD.</b>	11.819	9583	81,08 %	59	<b>0,49 %</b>
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora</b>	12.552	-	76,35 %	-	<b>0,47 %</b>

U 2015. godini udio djelomične uvjetne osude u ukupnoj strukturi osuda iznosio je 0,47 %, tj. s obzirom na ukupan broj izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine porastao je u odnosu na ranije razdoblje 2014. godine s 14,23 % na 30,1 %.

Kaznena djela kod kojih je primijenjen institut djelomične uvjetne osude u 2015. godini prikazana su u tablici koja slijedi.

Tablica 6. Učestalost primjene djelomične uvjetne osude kod izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine za 2015. godinu prema pojedinim glavama Kaznenog zakona

Kaznena djela	Izrečene kazne zatvora u trajanju od 2-3 godine	Izrečena djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude
Protiv života i tijela	17	3	17,65 %
Protiv osobne slobode	3	2	66,67 %
Protiv spolne slobode	6	2	33,33 %
Protiv spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta	4	2	50 %
Protiv zdravlja ljudi	45	13	28,89 %

<sup>65</sup> Autorica je sama izradila tablični prikaz sukladno raspoloživim podacima Državnog zavoda za statistiku RH, Statistička izvješća br. 1576, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2015., str. 126 i 127.

Protiv sigurnosti prometa	11	1	9,09 %
Protiv imovine	83	26	31,32 %
Protiv gospodarstva	14	5	35,71 %
Protiv krivotvorenja	2	2	100 %
Protiv službene dužnosti	4	1	25 %
Protiv javnog reda	3	2	66,67 %
<b>UKUPNO</b>	192 <sup>66</sup>	59	30,73 %

Analiza tablice za 2015. godinu pokazuje da je djelomična uvjetna osuda najviše puta izrečena kod kaznenih djela protiv imovine i protiv zdravlja ljudi, ali je u odnosu na ukupan broj izrečenih sankcija kod pojedinih kategorija kaznenih djela razvidan najveći postotak izricanja djelomične uvjetne osude kod kaznenih djela protiv krivotvorenja (krivotvorenje isprave, čl. 278. st. 1.), protiv osobne slobode (prijetnja, čl. 139. st. 2. i st. 3.) te protiv javnog reda (protuzakonito ulaženje, kretanje i boravak u Republici Hrvatskoj, čl. 326. st. 1.).

*Tablica 7. Učestalost izricanja uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u 2016. godini u odnosu na pojedinačne izrečene kazne zatvora do tri godine<sup>67</sup>*

Izrečena kazna zatvora	Kazna zatvora	Uvjetna osuda	Postotak primjene uvjetne osude	Djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude
<b>2-3 godine</b>	162	-	-	<b>63</b>	<b>38,89 %</b>
<b>1-2 godine</b>	838	457	54,53 %	-	-
6-12 mjeseci	6707	5382	80,24 %	-	-
3-6 mjeseci	4286	3932	91,74 %	-	-
2-3 mjeseca	735	700	95,24 %	-	-
1-2 mjeseca	20	19	95 %	-	-
30 dana	6	6	100 %	-	-
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora DO 3 GOD.</b>	12.754	10.493	82,27 %	63	<b>0,49 %</b>
<b>Ukupno izrečene kazne zatvora</b>	13.412	-	78,23 %	-	<b>0,47 %</b>

<sup>66</sup> Kazne zatvora u trajanju od dvije do tri godine još su izrečene za kaznena djela protiv čovječnosti i ljudskog dostojanstva (dva slučaja), protiv braka, obitelji i djece (jedan slučaj) te protiv intelektualnog vlasništva (jedan slučaj), ali kako nije primijenjena djelomična uvjetna osuda, nisu uvrštene u tablični prikaz.

<sup>67</sup> Autorica je sama izradila tablični prikaz sukladno raspoloživim podacima Državnog zavoda za statistiku RH, Statistička izvješća br. 1605, Punoljetni počinitelji kaznenih djela, prijave, optužbe i osude u 2016., str. 124 i 125.



U godini 2016. udio djelomične uvjetne osude u ukupnoj strukturi osuda iznosio je 0,47 %, kao i u ranije promatranom razdoblju 2015. godine. U odnosu na izrečene kazne zatvora u trajanju od dvije do tri godine djelomična uvjetna osuda izrečena je u 38,89 % slučajeva. Kaznena djela kod kojih je primijenjen institut djelomične uvjetne osude u 2016. godini prikazana su u tablici koja slijedi.

*Tablica 8. Učestalosti primjene djelomične uvjetne osude kod izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine za 2016. godinu prema pojedinim glavama Kaznenog zakona*

Kaznena djela	Izrečene kazne zatvora u trajanju od 2-3 godine	Izrečena djelomična uvjetna osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude
Protiv života i tijela	20	5	25 %
Protiv spolne slobode	8	2	25 %
Protiv spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta	5	4	80 %
Protiv braka, obitelji i djece	2	1	50 %
Protiv zdravlja ljudi	30	17	56,67 %
Protiv sigurnosti prometa	5	1	20 %
Protiv imovine	66	25	37,88 %
Protiv gospodarstva	15	5	33,33 %
Protiv krivotvorenja	3	1	33,33 %
Protiv službene dužnosti	3	2	66,67 %
<b>UKUPNO</b>	157	63	40,13 %

Kao i u ranijim promatranim razdobljima, nastavljen je trend najčešćeg izricanja djelomične uvjetne osude kod kaznenih djela protiv imovine te protiv zdravlja ljudi, ali s obzirom na pojedinačne izrečene kazne u postotku primjene djelomične uvjetne osude prednjače kaznena djela protiv spolnog zlostavljanja i iskorištavanja djeteta (iskorištavanje djece za pornografiju, čl. 163. st. 1 i st. 2.), protiv službene dužnosti (zlouporaba položaja i ovlasti, čl. 291. st. 2., i davanje mita, čl. 294. st. 1.) te protiv zdravlja ljudi (neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 1., st. 2. i st. 6.).

Tablica 9. Postotak primjene djelomične uvjetne osude u odnosu na izrečene kazne zatvora u trajanju od dvije do tri godine te u odnosu na ukupan broj osuda<sup>68</sup>

Godina	Broj izrečenih djelomičnih uvjetnih osuda	Postotak primjene djelomične uvjetne osude kod izrečenih kazni zatvora u trajanju od 2 do 3 godine	Postotak primjene djelomične uvjetne osude u odnosu na ukupan broj osuda
2013.	1	0,44 % (227) <sup>69</sup>	0,006 % (16.617) <sup>70</sup>
2014.	35	14,23 % (246)	0,23 % (14.888)
2015.	59	30,1 % (196)	0,47 % (12.552)
2016.	63	38,89 % (162)	0,47 % (13.412)

Može se zaključiti da institut djelomične uvjetne osude bilježi tendenciju rasta u primjeni kroz promatrana razdoblja kako u udjelu ukupno izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine tako i u ukupnoj strukturi osuda. Slijedom iznesenoga može se očekivati da će se takav trend nastaviti i u 2017. godini. Poučeni iskustvom adaptacije i primjene instituta djelomične uvjetne osude u komparativnim zakonodavstvima, posebice austrijskom, možemo predvidjeti relativno stabilan udio zastupljenosti, ali i polagani trend rasta primjene instituta djelomične uvjetne osude u praksi hrvatskih sudova.

## 5.2. Djelomična uvjetna osuda kroz praksu Općinskog suda u Splitu

Na temelju analize raspoloživih spisa sudaca Općinskog suda u Splitu, ukupno pedeset i četiri presude donesene u promatranom vremenskom razdoblju od 2013. godine do lipnja 2016. godina, možemo zaključiti da je institut djelomične uvjetne osude za suce Općinskog suda u Splitu još uvijek novitet, iako je njegova primjena uvedena stupanjem na snagu KZ/11 od 1. siječnja 2013. godine. Mišljenja sudaca u pogledu djelomične uvjetne osude podijeljena su. Dok manjina nije pobornik instituta djelomične uvjetne osude te smatraju da će ona teško zaživjeti u praksi, jer težina izrečene kazne u trajanju duljem od godine dana zahtijeva bezuvjetno kažnjavanje, a ne „gledanje kroz prste“ počinitelju, s obzirom na to da ne postoji prognoza dobrog ponašanja počinitelja u budućnosti, čemu u prilog govori i priroda počinjenog kaznenog djela, većina sudaca pozitivno je prihvatila ovaj institut smatrajući ga jako dobrim u situacijama kada nema mjesta izricanju uvjetne osude, ali ipak počinitelj „ne zaslužuje“ osudu na bezuvjetnu kaznu zatvora. Možemo reći da institut djelomične uvjetne osude služi kao svojevrsni „korektiv“ kazni za srednje teška kaznena djela, jer se uvjetna osuda izmjenama kaznenog zakona ograničila isključivo na

<sup>68</sup> Autorica je izradila tablični prikaz sukladno raspoloživim podacima Državnog zavoda za statistiku RH za godinu 2013., 2014., 2015. i 2016.

<sup>69</sup> Broj u zagradama odnosi se na ukupan broj izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine u promatranom razdoblju.

<sup>70</sup> Broj u zagradama odnosi se na ukupan broj osuda u promatranom razdoblju.

„lakša“ kaznena djela, kao svojevrsno „osvještenje“ počinitelja, koji će izricanjem bezuvjetne kazne u jednom dijelu osjetiti realnost kaznenog sustava i izvjesnost kazne zbog počinjenog kaznenog djela, čime ga se potiče na uzorno ponašanje u budućnosti, što je i svrha kažnjavanja predviđena Kaznenim zakonom. Iz analiziranih presuda nije razvidno kojom su se okolnošću suci rukovodili prilikom donošenja odluke o duljini trajanja vremena provjeravanja. Ni sami suci nisu ponudili ujednačeni odgovor, ali on bi se mogao podvesti pod slobodnu procjenu i sudačko iskustvo, koje varira od slučaja do slučaja.

U tablici koja slijedi dat je prikaz kaznenih dijela za koja je izrečena djelomična uvjetna osuda u promatranom razdoblju od početka 2013. god. do zaključno s lipnjem 2016. god.

Tablica 10. Učestalost izricanja djelomične uvjetne osude kroz praksu Općinskog suda u Splitu<sup>71</sup>

Kazneno djelo	2013. god.	2014. god.	2015. god.	2016. god.	UKUPNO izrečene djelomične uvjetne osude	Postotak primjene
čl. 118. st. 1.	-	1	-	1	<b>2</b>	3,70 %
čl. 136. st. 3.	-	-	2	1	<b>3</b>	5,56 %
čl. 154. st. 1.	-	1	-	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 190. st. 2.	3	8	8	7	<b>26</b>	48,15 %
čl. 218. st. 1.	-	-	1	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 224. st. 4.	-	1	-	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 228. st. 1.	-	-	-	1	<b>1</b>	1,85 %
čl. 229. st. 1.	1	4	4	1	<b>10</b>	18,50 %
čl. 233. st. 1.	-	2	-	-	<b>2</b>	3,70 %
čl. 247. st. 2.	-	1	-	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 272. st. 3.	-	1	1	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 278. st. 3.	-	-	-	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 293. st. 2.	-	-	1	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 314. st. 2.	-	-	1	-	<b>1</b>	1,85 %
čl. 315. st. 4.	-	-	2	-	<b>2</b>	3,70 %
<b>UKUPNO izrečene djelom. uvjetne osude</b>	<b>4</b>	<b>19</b>	<b>20</b>	<b>11</b>	<b>54</b>	<b>100 %</b>

<sup>71</sup> Teška tjelesna ozljeda (čl. 118.); protupravno oduzimanje slobode (čl. 136.); teška kaznena djela protiv spolne slobode (čl. 154.); neovlaštena proizvodnja i promet drogama (čl. 190.); uništenje, oštećenje ili zlouporaba znakova za opasnost (čl. 218.); ugrožavanje prometa opasnom radnjom ili sredstvom (čl. 224.); krađa (čl. 228.); teška krađa (čl. 229.); pronevjera (čl. 233.); prijevarena u gospodarskom poslovanju (čl. 247.); zlouporaba naprava (čl. 272.); krivotvorenje isprava (čl. 278.); primanje mita (čl. 293.); prisila prema službenoj osobi (čl. 314.); napad na službenu osobu (čl. 315.).

Iz tabličnog prikaza razvidno je da praksa izricanja djelomične uvjetne osude na Općinskom sudu u Splitu ne korespondira s podacima Državnog zavoda za statistiku RH. Razlog leži u činjenici da suci Općinskog suda u Splitu izriču djelomičnu uvjetnu osudu kod osuda na kaznu zatvora u trajanju (dužem) od godinu dana i (najčešće) kraćem od dvije godine,<sup>72</sup> dok Državni zavod za statistiku RH djelomičnu uvjetnu osudu zavodi pod visinu zatvorske kazne u trajanju od dvije do tri godine zatvora. Iako se zastupljenost izricanja djelomične uvjetne osude na Kaznenom odjelu Općinskog suda u Splitu svodi na tek nekoliko spisa godišnje po sucu pojedincu, to je ipak znatno veći broj negoli to pokazuju podaci Državnog zavoda za statistiku RH, koji zbog neusklađenosti visine izrečenih kazni zatvora s novim zakonodavnim uređenjem instituta uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u pogledu formalnih uvjeta njihove primjene ne daju realni prikaz.

Djelomična uvjetna osuda najčešće se izricala kod kaznenih djela protiv zdravlja ljudi (čl. 190. Neovlaštena proizvodnja i promet drogama) te kaznenih djela protiv imovine (čl. 229. Teška krađa). Dapače, u 2013. godini, kada je stupanjem na snagu KZ/11 uvedena djelomična uvjetna osuda, ona je izrečena samo za ta dva kaznena djela.

Kako je vidljivo iz tablice, u 2014. godini broj izrečenih djelomičnih uvjetnih osuda povećao se te se proširio krug kaznenih djela za koja je djelomična uvjetna osuda izrečena. Trend porasta primjene novouvedenog instituta nastavljen je i u 2015. godini.<sup>73</sup> Pretpostavlja se da će sličan trend laganog porasta donošenja presuda kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda biti nastavljen i u 2016. godini.

S obzirom na to da je djelomična uvjetna osuda najčešće izricana za kazneno djelo neovlaštene proizvodnje i promet drogama, čl. 190. st. 2., presude koje se odnose na predmetno kazneno djelo detaljnije su analizirane u tablici koja slijedi.

---

<sup>72</sup> Na Općinskom sudu u Splitu u 70,37 % slučajeva djelomična uvjetna osuda izrečena je kod osuda na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, ali manje od dvije godine, dok je u 29,63 % slučajeva izrečena kod osuda na kaznu zatvora u trajanju od dvije do tri godine.

<sup>73</sup> Drugostupanjski sudovi također mogu izreći djelomičnu uvjetnu osudu preinakom pobijane presude suda prvog stupnja u odluci o kaznenoj sankciji. Primjer: presudom Općinskog suda u Splitu broj K-29415 sud je počinitelja proglasio krivim za kazneno djelo iz čl. 190. st. 2. te za kazneno djelo iz čl. 331. st. 1. KZ/11 i osudio ga na jedinstvenu (bezuovjetnu) kaznu zatvora u trajanju od dvije godine. Županijski je sud presudom Kž-497/15 preinačio pobijanu presudu suda prvog stupnja u odluci o kaznenoj sankciji na način da je prihvatio izrečenu kaznu zatvora suda prvog stupnja u trajanju od dvije godine, ali je temeljem čl. 57. na izrečenu kaznu zatvora primijenio djelomičnu uvjetnu osudu na način da se kazna zatvora u trajanju od jedne godine ima izvršiti, a preostali dio kazne zatvora u trajanju od jedne godine neće se izvršiti ako okrivljenik u roku provjeravanja od tri godine ne počini neko novo kazneno djelo.

Tablica 11. Visine izrečenih kazni zatvora i trajanje roka provjeravanja kod izrečenih djelomičnih uvjetnih osuda za kazneno djelo neovlaštena proizvodnja i promet drogama, čl. 190. st. 2. KZ/11

Kazneno djelo	Izrečena kazna zatvora	Bezuvjetni dio kazne zatvora	Uvjetovani dio kazne zatvora	Rok provjeravanja	Datum objave presude
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 2 mj.	8 mj.	6 mj.	3 god.	16. svibnja 2013.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 6 mj.	9 mj.	9 mj.	3 god.	15. studenog 2013.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 6 mj.	9 mj.	9 mj.	3 god.	15. studenog 2013
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 4 mj.	6 mj.	10 mj.	3 god.	21. veljače 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god.	6 mj.	6 mj.	3 god.	7. ožujka 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god.	6 mj.	6 mj.	2 god.	10. ožujka 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 2 mj.	6 mj.	8 mj.	3 god.	10. ožujka 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 2 mj.	6 mj.	8 mj.	2 god.	17. travnja 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 6 mj.	6 mj.	1 god.	3 god.	14. svibnja 2014.
Čl. 190. st. 2.	2 god. i 2 mj.	10 mj.	1 god. i 4 mj.	4 god.	25. rujna 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 6 mj.	8 mj.	10 mj.	3 god.	7. studenog 2014.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 6 mj.	7 mj.	11 mj.	3 god.	28. svibnja 2015.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 2 mj.	7 mj.	7 mj.	3 god.	9. lipnja 2015.
Čl. 190. st. 2.	2 god.	1 god.	1 god.	3 god.	19. lipnja 2015.
Čl. 190. st. 2.	2 god.	1 god.	1 god.	3 god.	14. rujna 2015.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 3 mj.	7 mj.	8 mj.	4 god.	29. rujna 2015.
Čl. 190. st. 2.	2 god. i 10 mj.	1 god. i 5 mj.	1 god. i 5 mj.	5 god.	29. rujna 2015.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 4 mj.	6 mj.	10 mj.	4 god.	11. prosinca 2015.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 2 mj.	6 mj.	8 mj.	3 god.	11. prosinca 2015.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 2 mj.	7 mj.	7 mj.	3 god.	19. siječnja 2016.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 4 mj.	6 mj.	10 mj.	3 god.	22. siječnja 2016.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 9 mj.	9 mj.	1 god.	3 god.	28. siječnja 2016.
Čl. 190. st. 2.	2 god. i 2 mj.	1 god.	1 god. i 2 mj.	4 god.	22. travnja 2016.
Čl. 190. st. 2.	1 god. i 6 mj.	8 mj.	10 mj.	3 god.	26. travnja 2016.
Čl. 190. st. 2.	2 god. i 11 mj.	1 god. i 5 mj.	1 god. i 6 mj.	3 god.	11. svibnja 2016.
Čl. 190. st. 2.	2 god.	1 god.	1 god.	4 god.	2. lipnja 2016.

Raspon izrečenih kazni zatvora za kazneno djelo iz čl. 190. st. 2. bliži je donjoj granici izricanja djelomične uvjetne osude, najčešće osuda na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i dva mjeseca (23,1 %) te osuda na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i šest mjeseci (23,1 %). U samo jednom slučaju izrečena je kazna zatvora pri samom vrhu gornje granice u trajanju od dvije godine i jedanaest mjeseci. Vrijeme provjeravanja najčešće se određuje u trajanju od tri godine (69,23 %), zatim u trajanju od četiri godine (19,23 %), a nešto rjeđe u trajanju od dvije (7,69 %) ili pak pet godina (3,85 %). Ne postoji ujednačeni

obrazac pri određivanju trajanja vremena provjeravanja, što je razvidno iz sudskih presuda prikazanih u ovom tabličnom prikazu.<sup>74</sup>

Ono što se ne može ne zamijetiti, a nije omaška, jesu dvije situacije u kojima je sud presudom izrekao kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, ali spram počinitelja nije primijenio uvjetnu osudu, nego je izrečenu kaznu djelomično uvjetovao.<sup>75</sup> Naime u praksi nisu strane situacije da Državno odvjetništvo predloži, a sudovi izreknu djelomičnu uvjetnu osudu kod osude na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Zakonodavac je vrlo decidan pri postavljanju formalnih uvjeta za izricanje uvjetne osude, odnosno djelomične uvjetne osude, i ne ostavlja praznine koje bi eventualno mogle rezultirati takvim slučajevima u praksi, no ipak sudska nam praksa pokazuje da postoje slučajevi u kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda u situacijama kada bi sud mogao izreći uvjetnu osudu, jer se radilo o osudama na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Ovdje se nedvojbeno radi o pogrešnoj primjeni Kaznenog zakona, pa nije poznato kako se na povredu zakona nije pozvala obrana u žalbenim razlozima s obzirom na to da se radi o pravomoćnim presudama. S pravnog aspekta to pridonosi pravnoj nesigurnosti kad nedvojbeno čiste situacije, za eventualnu primjenu uvjetne osude, sudovi po svojoj volji modificiraju primjenom djelomične uvjetne osude. To može utabati put prema modifikaciji primjene djelomične uvjetne osude, što je svakako nedopustivo. Takva se „omaška“ ne može pripisati samo sudovima prvog stupnja, jer i žalbeni sudovi preinakom prvostupanjske presude u dijelu koji se odnosi na kaznu znaju preinačiti izrečenu kaznu zatvora na visinu od godinu dana zadržavajući pritom primjenu instituta djelomične uvjetne osude, za koji s obzirom na visinu izrečene kazne više nema mjesta.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Primjerice za isto kazneno djelo u jednom je slučaju okrivljeniku izrečena kazna zatvora u trajanju od dvije godine i deset mjeseci s rokom provjeravanja od pet godina, dok je u drugom slučaju okrivljeniku izrečena kazna zatvora u trajanju od dvije godine i jedanaest mjeseci s rokom provjeravanja od tri godine. Razlike u bezuvjetno izrečenoj kazni nema (u oba slučaja bezuvjetne kazne zatvora iznosile su godinu i pet mjeseci), ali je razlika kod vremena provjeravanja očita.

<sup>75</sup> Presudom Općinskog suda u Splitu broj Kml-221/10 sud je počinitelja proglasio krivim za kazneno djelo iz čl. 154. st. 1., a u svezi s čl. 152. st. 1. i st. 3., te ga osudio na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Temeljem čl. 57. u svezi s čl. 56. KZ/11 sud je spram okrivljenika primijenio djelomičnu uvjetnu osudu na način da se dio izrečene kazne u trajanju od šest mjeseci ima izvršiti, dok se preostali dio od šest mjeseci neće izvršiti ako u vremenu provjeravanja od dvije godine okrivljenik ne počini novo kazneno djelo. Istovjetna je i presuda Općinskog suda u Splitu broj K-383/13, u kojoj je sud počinitelja osudio zbog kaznenog djela iz čl. 190. st. 2. KZ/11 te mu izrekao kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Temeljem čl. 57. u svezi s čl. 56. KZ/11 spram okrivljenika je primijenio djelomičnu uvjetnu osudu na način da se dio izrečene kazne u trajanju od šest mjeseci ima izvršiti, dok se preostali dio od šest mjeseci neće izvršiti ako u vremenu provjeravanja od dvije godine okrivljenik ne počini novo kazneno djelo.

<sup>76</sup> Presudom Općinskog suda u Splitu broj K-598/13 sud je počinitelja proglasio krivim za kazneno djelo iz čl. 190. st. 2., a u svezi sa st. 1. KZ/11, te ga osudio na bezuvjetnu kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i dva mjeseca. Županijski je sud u Splitu presudom broj Kž-263/14, odlučujući o žalbi optuženika, preinačio prvostupanjsku presudu u odluci o kaznenoj sankciji na način da je okrivljenika osudio na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od jedne godine te primjenom čl. 57. KZ/11 izrekao djelomičnu uvjetnu osudu na način da se dio kazne na koju je optuženik osuđen u trajanju od šest mjeseci ima izvršiti, dok se preostali dio kazne u trajanju od šest mjeseci neće izvršiti ukoliko okrivljenik u roku provjeravanja od tri godine ne počini neko novo kazneno djelo.

### 5.3. Djelomična uvjetna osuda kroz praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske

Autorica je analizirala odluke Vrhovnog suda Republike Hrvatske donesene povodom postupka po žalbi te povodom izvanrednog pravnog lijeka – izvanredno preispitivanje pravomoćne presude – u postupcima u kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda, a koje se odnose na vremensko razdoblje od stupanja na snagu KZ/11 od 1. siječnja 2013. godine nadalje.<sup>77</sup> Uvidom u ukupno 163 presude razvidno je da je Vrhovni sud Republike Hrvatske, postupajući kao drugostupanjski povodom žalbe, u 78 slučajeva odbio žalbe žalitelja i potvrdio prvostupanjsku presudu kojom je izrečena djelomična uvjetna osuda, dok je u 14 slučaja ukinuo pobijanu presudu i predmet uputio prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje i odluku. Što se tiče donošenja odluka povodom izvanrednog pravnog lijeka – izvanredno preispitivanje pravomoćne presude – Vrhovni je sud Republike Hrvatske u 23 slučaja odbio kao neosnovan zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude, a u dva je slučaja utvrdio da je zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude osnovan te je predmet uputio drugostupanjskom sudu na ponovno odlučivanje.<sup>78</sup> Slijedom iznesenoga, razvidno je da presude kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda najčešće bivaju potvrđene od strane Vrhovnog suda, što nam pokazuje da se institut djelomične uvjetne osude polako, ali sigurno integrirao u praksu hrvatskih kaznenih sudova.

<sup>77</sup> <http://www.iusinfo.hr/Default.aspx>, raspoloživi podaci odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske u predmetima s izrečenom djelomičnom uvjetnom osudom, zaključno s listopadom 2016.

<sup>78</sup> Tablica 12. Odluke Vrhovnog suda RH povodom postupka po žalbi te povodom izvanrednog pravnog lijeka - izvanredno preispitivanje pravomoćne presude u predmetima u kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda

<b>VRHOVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE</b>	
<b>Vrsta odluke</b>	<b>Broj donesenih odluka</b>
Potvrđena prvostupanjska presuda	78
Odbija se kao neosnovan zahtjev za izvanredno preispitivanje pravomoćne presude	23
Preinaka pobijane presude u pravnoj oznaci djela	8
Preinaka pobijane presude u odluci o kaznenoj sankciji	38
Presuda se ukida i predmet vraća na ponovno suđenje	16
<b>UKUPNO DONESENIH ODLUKA</b>	<b>163</b>

Autorica je sama oblikovala tablicu prema podacima do kojih je došla analizom odluka Vrhovnog suda RH donesenih povodom postupka po žalbi te povodom izvanrednog pravnog lijeka – izvanredno preispitivanje pravomoćne presude, u predmetima u kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda.

## 6. ZAKLJUČAK

Normiranjem uvjetne osude u kontekstu sustava kaznenopravnih sankcija i uvođenjem djelomične uvjetne osude napravljeni su pomaci da navedeni instituti, sukladno svojoj normativnoj strukturi, nađu svoje mjesto pod okriljem modificirane kazne, kao svojevrsna važna alternativa kratkotrajnim kaznama zatvora. Normiranje instituta djelomične uvjetne osude posljedica je potrebe za popunjavanjem „praznine“ nastale reduciranjem primjene uvjetne osude na slučajeve iznimno kratkih kazni zatvora, a koje se izmjenama kaznenog zakona vežu za izrečenu kaznu zatvora do godinu dana ili novčanu kaznu. Navedeno je postavilo pitanje pravne regulacije situacija koje traže nešto stroži oblik uvjetnog kažnjavanja, a opet blaži od same bezuvjetne kazne. Mogli bismo reći da je „ciljano“ područje primjene novouvedenog instituta djelomične uvjetne osude tzv. srednje teški kriminal, koji opravdava primjenu tog instituta sukladno načelu razmjernosti, koje proklamira primjenu blaže mjere u odnosu na težu, koja stoji na raspolaganju ako se blažom mjerom može postići ista svrha kažnjavanja. Ne smijemo smetnuti s uma da to što je djelomična uvjetna osuda *in abstracto* lakša od bezuvjetne kazne ne znači da je ona lakša i *in concreto* te da podrazumijeva niži stupanj represije, pogotovo ako uzmemo u obzirom mogućnost nametanja posebnih obveza uz zaštitni nadzor kojima se u većoj mjeri zadire u privatnost pojedinca te okolnost da se ona u uvjetovanom dijelu kazne može opozvati. Cilj instituta djelomične uvjetne osude trebao bi biti i rasterećenje zatvorskog sustava, dok sadržajno naglašava specijalpreventivnu svrhu, koja se temelji na povjerenju iskazanom počinitelju da će se svojevrijedno i vlastitim naporima vratiti na pravi put i poštovati zakone.

Načelni stav ESLJP-a da primjena uvjetne osude kao kaznenopravne sankcije u situacijama kada je neproporcionalna povredi najbitnijih konvencijskih prava žrtve (zajamčenih čl. 2. i čl. 3.) ujedno predstavlja i povredu njezinih konvencijskih prava od strane države sve više afirmira vođenje računa o pravima i zaštiti žrtve te primjenu represivnijih mehanizama zaštite. Stoga bi u nabranjanju sadržaja svrhe kažnjavanja bilo opravdano i svrhovito staviti i zaštitu temeljnih prava žrtve kaznenog djela, kao i unutar materijalnih pretpostavaka uvjetne osude inkorporirati da se ona ne može primijeniti ako bi njezina primjena bila nerazmjerna pravu na život ili pravu na tjelesni integritet žrtve.

Podaci Državnog zavoda za statistiku RH pokazuju da institut djelomične uvjetne osude bilježi tendenciju rasta kako u udjelu ukupno izrečenih kazni zatvora u trajanju od dvije do tri godine tako i u ukupnoj strukturi osuda. Koliko će i u kojoj mjeri sudovi prihvatiti i primjenjivati institut djelomične uvjetne osude u velikoj mjeri ovisi i o samom sudu koji sudi u konkretnom predmetu, jer sudska praksa pokazuje da su mišljenja sudaca u pogledu instituta djelomične uvjetne osude podijeljena, barem kada su u pitanju suci kaznenog odjela Općinskog suda u Splitu. Nedvojbeno je da je institut djelomične uvjetne osude ponudio najadekvatnije rješenje u situacijama koje ne trpe samu prijetnju kaznom, ali svrha kažnjavanja ne traži ni bezuvjetno izvršenje kazne zatvora. Koliko je uvjetovanje dijela kazne zatvora adekvatno u ozračju tendencije redukcije izricanja kratkotrajnih kazni zatvora možemo tek naslutiti. Počinitelj će djelomičnim uvjetovanjem kazne na



kraće vrijeme osjetiti surovost zatvorskog sustava, koji bi na njega trebao imati šok-terapijski efekt u smislu poticajnog djelovanja na buduće dobro vladanje, što je u ozračju visokopostotnog udjela zastupljenosti uvjetne osude novitet koji svakako treba pozdraviti.

Institut djelomične uvjetne osude, kako statistički podaci i recentnija sudska praksa pokazuju, nije često primjenjivan u praksi. U ovom kratkom vremenu primjenjivanja sudska je praksa takva da izricanju djelomične uvjetne osude najčešće prethodi sporazum državnog odvjetnika i okrivljenika. Recentnija praksa Općinskog suda u Splitu pokazuje da se djelomična uvjetna osuda najčešće izricala za kazneno djelo neovlaštene proizvodnje i prometa drogama, čl. 190. st. 2., s rasponom izrečenih kazni zatvora bližim donjoj granici izricanja djelomične uvjetne osude i s vremenom provjeravanja do tri godine. Također zastupljenost izricanja djelomične uvjetne osude na kaznenom odjelu Općinskog suda u Splitu svodi se na tek nekoliko spisa godišnje po sucu pojedincu, što je ipak znatno veći broj negoli to pokazuju podaci Državnog zavoda za statistiku RH, koji zbog neusklađenosti visine izrečenih kazni zatvora s novim zakonodavnim uređenjem instituta uvjetne osude i djelomične uvjetne osude u pogledu formalnih uvjeta njihove primjene ne daju realni prikaz. Podaci za izrečene kazne zatvora, kako se vode pri Državnom zavodu za statistiku RH, još uvijek izrečene kazne zatvora u trajanju od jedne do dvije godine vezuju uz uvjetnu osudu, iako se radi o izrečenim kaznama zatvora koje se više ne mogu uvjetno dogoditi, već je moguće eventualno primijeniti institut djelomične uvjetne osude.

Podrobnija analiza primjene instituta djelomične uvjetne osude u praksi upozorila je na određene nedoumice i nedostatke, korekcija kojih bi na zakonodavnoj razini svakako trebala biti prioritet u budućnosti, a koji bi se mogli podvesti pod nekoliko točaka:

- Propust zakonodavca da postavi striktnu granicu za primjenu novčane kazne kod djelomične uvjetne osude. Time je otvoren širok prostor modifikacije iznosa do kojeg bi novčanu kaznu bilo moguće uvjetovati, odnosno izreći djelomičnu uvjetnu osudu. Preciziranje formalnih uvjeta primjene navedenih instituta kod izrečene novčane kazne svakako je okolnost o kojoj bi zakonodavac trebao voditi računa u budućnosti.
- Problem redoslijeda izvršenja neobjedinjenih kazni zatvora u situacijama kada je jednom presudom izrečena kazna zatvora, a drugom djelomična uvjetna osuda, s obzirom na to da djelomična uvjetna osuda nije kazna u smislu čl. 40. st. 1. KZ/11, nego svojevrsna modifikacija kazne, pa samim time nema ni mjesta objedinjavanju kazni. O navedenom zakonodavac nije vodio računa, nego je reguliranje redoslijeda izvršavanja neobjedinjenih kazni zatvora prepustio sudovima kada se za to ukaže potreba, a to je prebacivanje nadležnosti na tijela koja o tome ne bi trebala odlučivati.

- Analiza presuda Općinskog suda u Splitu pokazala je pogrešnu primjenu djelomične uvjetne osude u praksi. Notirani su slučajevi izricanja djelomične uvjetne osude u situacijama kada je, s obzirom na izrečenu kaznu zatvora u trajanju od jedne godine, eventualno bilo moguće izreći uvjetnu osudu. Modificirana primjena instituta djelomične uvjetne osude u nedvojbeno čistim situacijama za eventualnu primjenu uvjetne osude pridonosi pravnoj nesigurnosti i kao takva ne bi smjela postojati u praksi, to više što je zakonodavac egzaktni u pogledu formalnih uvjeta za izricanje uvjetne osude, odnosno djelomične uvjetne osude.

Iz svega navedenog razvidno je da se tek s vremenskim odmakom od uvođenja određenog instituta uočavaju njegove manjkavosti prilikom primjene u praksi, a to se manifestiralo i kod instituta djelomične uvjetne osude. Na zakonodavcu je obveza da uočene nedostatke reducira, odnosno, po mogućnosti, anulira.

Analiza presuda Općinskog suda u Splitu, ali i analiza odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske donesenih povodom postupka po žalbi te povodom izvanrednog pravnog lijeka (izvanredno preispitivanje pravomoćne presude) u postupcima u kojima je izrečena djelomična uvjetna osuda u razdoblju od siječnja 2013. do 2016. nedvojbeno je apostrofirala disharmoniju stvarno izrečenih djelomičnih uvjetnih osuda i podataka kojima raspolaže Državni zavod za statistiku RH. U ozračju navedenog nužno je osuvremenjivanje načina vođenja evidencija pri Državnom zavodu za statistiku RH u pogledu visine izrečenih zatvorskih kazni, što podrazumijeva korelaciju sa zakonodavnim rješenjem. U protivnom postojat će nesklad statističkog prikaza i realnog stanja stvari kakav trenutno egzistira.

## **THE PARTIALLY SUSPENDED SENTENCE AND ITS APPLICATION IN PRACTICE WITH AN OVERVIEW OF THE SUSPENDED SENTENCE SYSTEM IN THE NEW CRIMINAL CODE**

The leading ideas of this paper are the shifts made by “dropping” the concept of suspended sentence as a sui generis criminal sanction and confirming it as a modification of punishment, which is what it actually represents, and by introducing the new concept of the partially suspended sentence. In the new Criminal Code, adopted at the end of October 2011, the legislator provided a new place for the suspended sentence in the criminal sanctions system. The legislator treats the suspended sentence as a non-autonomous criminal sanction, as a kind of modified punishment, and an important alternative to short-term imprisonment. When the word “suspended” is used in foreign legislation, it means first of all punishment, and our legislator is gradually aligning this with modern legislations by abandoning the concept of suspended sentence as a precautionary measure. Introducing the concept of suspended sentence in the form of a partially suspended sentence is also justified in criminal and political terms. The partially suspended sentence certainly represents a novelty in Croatian criminal legislation, although in terms of comparative law it cannot be considered as an innovation in criminal law. The concept of partially suspended sentence has been known in comparative legislations, for example in the legislation of Switzerland and Austria, on which it was modelled. The ultimate goal of introducing this new concept of the partially suspended sentence is to broaden the scope of application, and to provide for more flexibility of the mode of criminal-law response to situations which require the application of a more stringent form of suspended sentence for “medium serious” crimes.

*Keywords: suspended sentence, partially suspended sentence, modification of punishment, alternative sanctions*

**Nevena Aljinović**, Assistant Lecturer in Criminal Law in the University Department for Forensic Sciences, University of Split, attending the postgraduate doctoral study in criminal-law sciences at the Faculty of Law of the University of Zagreb



# SVRHovitost PRIVREMENIH MJERA U TRGOVAČKIM SPOROVIMA

*Pregledni znanstveni rad*

UDK 347.952.6(497.5)  
347.999(497.5)

*Primljeno: 10. listopada 2016.*

Ivana Mandić\*

Vedrana Švedl Blažeka\*\*

---

*Autorice se u članku bave privremenim mjerama osiguranja u trgovačkim sporovima. Pozornost će prije svega biti posvećena povezanosti (ne)učestalost određivanja privremenih mjera od strane trgovačkih sudova s postojećim zakonskim uređenjem privremenih mjera te sa sudskom praksom. Dakle cilj je ovog rada ispitati ostvaruje li se postojećim zakonskim uređenjem privremenih mjera iz čl. 341., 344. i 346. Ovršnog zakona<sup>1</sup> (u daljnjem tekstu: OZ) svrha privremenih mjera osiguranja te koja je uloga sudske prakse. Radi dobivanja odgovora na navedena pitanja autorice su analizirale postojeću sudsku praksu, mišljenja praktičara (odvjetnika) i druge dostupne podatke.*

Ključne riječi: privremene mjere, privremene mjere – Ovršni zakon, privremene mjere – sudska praksa

---

## 1. UVOD

Današnje dugotrajno sudsko rješavanje trgovačkih sporova dovodi u pitanje svrhu privremenih mjera. Stoga su autorice odlučile fokusirati svoje istraživanje upravo na (ne)učestalost određivanja privremenih mjera u trgovačkim sporovima. Ovim radom autorice žele ispitati ostvaruje li se postojećim zakonskim uređenjem privremenih mjera iz OZ-a na adekvatan način svrha privremenih mjera osiguranja u trgovačkim sporovima. Također će se ispitati doprinos sudske prakse svrhovitosti privremenih mjera u trgovačkim sporovima. Autorice dakle ističu dva sporna pitanja. Prvo je pitanje je li postojeće zakonsko rješenje privremenih mjera iz OZ-a adekvatno za ostvarenje svrhe privremenih mjera u trgovačkim sporovima. Drugo je pitanje potiče li sudska praksa ostvarenje svrhe privremenih mjera u trgovačkim sporovima.

Prilikom provođenja istraživanja s ciljem davanja odgovora na postavljena pitanja korišteni su primarni i sekundarni izvori podataka. Primarni je izvor podataka *on-line* anketa, koja je obuhvatila stavove odvjetnika s područja cijele Republike Hrvatske, te anketa upućena pojedinim sucima Trgovačkog suda u Osijeku (u daljnjem tekstu: TS OS).

---

\* Ivana Mandić, dipl. iur., polaznica poslijediplomskog specijalističkog studija iz trgovačkog prava i prava društava na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

\*\* Vedrana Švedl Blažeka, univ. spec. iur. trgovačkog prava i prava društava

<sup>1</sup> Ovršni zakon, NN 112/12, 25/13, 93/14, 73/17.

Sekundarni izvor podataka jest prije svega znanstvena i stručna literatura koja obuhvaća problematiku privremenih mjera (istražena putem *on-line* kataloga Pravnog fakulteta u Zagrebu i Pravnog fakulteta u Osijeku te putem raznih internetskih stranica), baza podataka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: VTS), baza podataka pravnog portala Ius Info, gdje smo pribavile dostupnu sudsku praksu u razdoblju od 1994. do 2013., te sudska praksa iz vlastitih izvora (vlastito obavljanje odvjetničke djelatnosti).

Obrađujući literaturu, uvidjele smo da problematika koju je cilj prezentirati ovim radom do sada nije obrađivana na ovaj način, pa je malobrojna postojeća literatura vrlo sličnog sadržaja poslužila za prezentaciju teorijske osnove bitne za razumijevanje privremenih mjera. Kroz istraživanje literature naišli smo na nekoliko hrvatskih autora<sup>2</sup> koji se bave problematikom privremenih mjera, no većina od tih autora toj temi pristupa na vrlo sličan način, dajući prikaz privremenih mjera kroz zakonsko uređenje, i pri tome rijetko ulaze u detaljnije analize pojedinih pojmova ili sl. Stoga su se autorice ovog članka pri prezentaciji teorijske osnove privremenih mjera bazirale na radovima jedinog hrvatskog autora koji je toj temi pristupio sveobuhvatno. Budući da se dakle radi o slabo istraženoj problematici, ovaj rad može poslužiti prije svega kao izvor informacija praktičarima koji se susreću s privremenim mjerama te im može dati smjernice vezane za ispunjenje uvjeta potrebnih za ishođenje privremene mjere i dr. Uz to rad može poslužiti u daljnjoj analizi privremenih mjera kao mjera osiguranja kroz znanstveni rad, pa čak i zakonodavstvo, gledano kroz jednu od postavljenih hipoteza, tj. da se postojećim zakonskim rješenjem ne ostvaruje svrha privremenih mjera.

U radu ćemo dati kratak teorijski pregled privremenih mjera s ciljem objašnjenja pojma, svrhe, vrsta i pretpostavaka određivanja privremenih mjera. Nadalje, prikazat ćemo komparativna zakonska rješenja slovenskog i njemačkog prava. Smatramo da je za odgovor na pitanje je li postojeće zakonsko rješenje privremenih mjera iz OZ-a adekvatno za ostvarenje svrhe privremenih mjera u trgovačkim sporovima najvažnije razmotriti zakonska rješenja poredbenog prava, tj. zadržati se na usporedbi upravo zakonskih odredaba poredbenog prava koje uređuju privremene mjere. Smatramo da je takav pristup koristan prilikom eventualnog prijedloga poboljšanja postojećeg zakonskog rješenja iz OZ-a. Prilikom prijevoda stranih zakona koristili smo pomoć izvornih govornika za slovenski jezik te profesora/sudskog tumača za njemački jezik. Kroz članak ćemo prikazati i metode istraživanja, a kraj rada posvetiti analizi rezultata istraživanja i prikazu zaključaka do kojih su autorice došle u pogledu postavljenih pitanja.

---

<sup>2</sup> Buljan, Vesna: „Privremene mjere u trgovačkim sporovima u svezi sa sudskom registrom“, Pravo i porezi, br. 2, veljača 1997., str. 28-31; Eraković, Andrija: „Prethodne i privremene mjere prema Ovršnom zakonu“, Zaštita vjerovnika, Zagreb, 2005, str. 295-328; Marić-Ivanović, Renata: „Privremene mjere“, Informator, 57 (2009), 5720-5722, str. 1-20; Ruždjak, Marijan: „Privremene mjere“, Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996, str. 141-157.

## 2. POJAM I SVRHA PRIVREMENIH MJERA

Privremene mjere možemo definirati kao sredstva kojima je cilj stvaranje uvjeta za buduće ostvarenje tražbina vjerovnika na temelju odluke koja će biti ili koja je već donesena o glavnom pitanju (u glavnom postupku).<sup>3</sup> U tom su smislu privremene mjere sredstva kojima bi se eliminirala ili umanjivala mogućnost sprječavanja ili otežanja budućeg ostvarenja tražbina vjerovnika.<sup>4</sup> Zadaća je privremenih mjera ostvarenje regulacijske funkcije brzog i privremenog uređenja odnosa između stranaka u sporu čija je bit u ovlaštenju suda da određene pravne odnose privremeno uredi prema svojoj slobodnoj ocjeni.<sup>5</sup>

Karakteristike privremenih mjera jesu sljedeće: a) sredstva su vremenski ograničenog osiguranja (u nekim slučajevima supsidijarnog karaktera) budućeg ostvarenja tražbine (konzervacijska funkcija<sup>6</sup>), b) sredstva su kojima se ostvaruje vremenski ograničeno, djelomično ili potpuno, namirenje tražbine prije njezina utvrđenja ovršnom ispravom (anticipativna funkcija<sup>7</sup>) i c) sredstva su provizornog uređenja odnosa među strankama do konačnog rješenja spora pravomoćnom ili ovršnom odlukom (regulacijska funkcija<sup>8</sup>), koja se u pravilu određuje ako se učini vjerojatnim postojanje tražbine te ako se učini vjerojatnim ili opasnost da bi bez takve mjere bilo onemogućeno ili znatno otežano ostvarenje tražbine, ili da je mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti, ili da je iz drugih važnih razloga potrebno mjerom privremeno urediti sporni odnos među strankama.<sup>9</sup> Moguće je i da određena privremena mjera ima istodobno više karakteristika.<sup>10</sup>

Jedan od temeljnih postulata našeg prava osiguranja prema OZ-u jest da sredstva kojima se osigurava buduće zadovoljenje vjerovnika trebaju biti dovoljno efikasna da onemogućće neuspjeh ovrhe, ali s druge strane ne smiju biti toliko intenzivna da dovode do potpunog ostvarenja pretendiranog vjerovnikova prava.<sup>11</sup> Takav se oblik privremene

<sup>3</sup> Dika, Mihajlo: „Građansko ovršno pravo, Opće građansko ovršno pravo“, Narodne novine, 2007, str. 847.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 847, 848.

<sup>6</sup> Npr. zabrana raspolaganja novčanim sredstvima po računima do visine duga ili zabrana otuđenja i/ili opterećenja nekretnine uz zabilježbu zabrane u zemljišnu knjigu (čl. 345. st. 1. OZ-a).

<sup>7</sup> Npr. ovlaštenje predlagatelju osiguranja da preko trećih osoba obavi određenu radnju radi uspostave prijašnjeg stanja i sl., povjeravanje dionica i/ili poslovnih udjela na upravu trećoj osobi (čl. 347. st. 1. OZ-a).

<sup>8</sup> Najbolji su primjer privremene mjere iz radnih odnosa, koje spominjemo primjera radi (npr. vraćanje na rad). Regulacijska će se zaštita sadržajno često podudarati s privremenim mjerama radi osiguranja novčanih i nenovčanih tražbina (Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 892). Kod odabira regulacijskih mjera treba nastojati da one ne budu ireverzibilnoga učinka, jer u pravilu tek trebaju biti opravdane u odgovarajućem kognicijskom postupku (Dika, Mihajlo: „Privremene mjere radi osiguranja pravnih odnosa i pravnoga reda“, Pravo i porezi, br. 9, rujan 2000., str. 17).

<sup>9</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 850.

<sup>10</sup> Npr. postavljanje privremene uprave trgovačkom društvu istodobno može imati i konzervacijski i regulacijski karakter, dok privremene mjere u radnim odnosima imaju anticipacijski i regulacijski karakter, jer se npr. privremenom mjerom radnik vraća na rad i isplaćuje mu se plaća za vrijeme trajanja sudskog spora.

<sup>11</sup> Dika, Mihajlo: „Privremene mjere prema Ovršnom zakonu - opće značajke“, Pravo i porezi, 8 (1999), 3, str. 8.

pravne zaštite, premda je ograničen vrstom tražbine koja se osigurava i uvjetima koji moraju biti ispunjeni, pokazuje u znatnoj mjeri autonoman u odnosu na meritorno suđenje.<sup>12</sup> Njegova je autonomija funkcionalna jer privremeno zamjenjuje meritornu odluku. Ona se očituje i s obzirom na pretpostavke i pravila o postupku – objektom utvrđenja postaje vjerojatnost prava umjesto samog prava. Privremene su mjere vremenski ograničenog trajanja, odnosno njihovo je trajanje uvjetovano pokretanjem i odgovarajućim ishodom glavnog postupka.

Privremene mjere primarno su uređene OZ-om, no u nekim sporovima iz nadležnosti trgovačkih sudova privremene mjere imaju određene specifičnosti u odnosu na uređenje OZ-om. Tako su za privremene mjere mjerodavni i propisi *lex specialis*, npr. Pomorski zakonik<sup>13</sup> (čl. 951.-956., privremene mjere zaustavljanja broda<sup>14</sup>), Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima<sup>15</sup> (čl. 185., privremene mjere zbog povrede prava<sup>16</sup>), Zakon o žigu<sup>17</sup> (čl. 79.b, privremene mjere zbog povrede žiga), Zakon o patentu<sup>18</sup> (čl. 95.j privremene mjere zbog povrede patenta), Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu<sup>19</sup> (čl. 170.-173., privremena mjera zaustavljanja ili čuvanja zrakoplova) i Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja<sup>20</sup> (čl. 51.). No s obzirom na to da privremene mjere po navedenim propisima imaju svaka svoje specifičnosti, autorice neće ulaziti u pojedinačne analize.

### 3. PRIVREMENE MJERE PREMA OZ-U

Privremene su mjere u OZ-u regulirane člancima 340.-355. Za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje privremenom mjerom mjesno je nadležan sud koji bi bio nadležan za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu (čl. 340. st. 1. OZ-a). Jednako tako, za provedbu privremene mjere nadležan je sud koji bi bio nadležan za provedbu ovrhe (čl. 340. st. 2. OZ-a). Prijedlog za određivanje privremene mjere može se predložiti prije pokretanja i tijekom sudskog ili upravnog postupka te nakon završetka tih postupaka, sve dok ovrha ne bude provedena (čl. 341. st. 1. OZ-a). Sadržajno nema razlike u samom prijedlogu za osiguranje privremenom mjerom kada se ona predlaže prije i tijekom sudskog postupka.

Privremene se mjere u pravilu sastoje u naredbama (npr. „Nalaže se lučkoj kapetaniji da m/b Serine oduzme isprave, i to: upisni list, popis posade i brodske svjedodžbe, kao i

<sup>12</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 10, str. 9.

<sup>13</sup> Pomorski zakonik, NN 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15.

<sup>14</sup> Pogledati i Marin, Jasenko: „Privremene mjere zaustavljanja broda“, Monografije Pravnog fakulteta u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu, 2003.

<sup>15</sup> Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima, NN 167/03, 79/07, 125/11, 141/13, 127/14, 62/17.

<sup>16</sup> Pogledati i Blažević, Berislav: „Privremene mjere u autorskom pravu“, objavljeno na web-stranici: [hdap-alai.hr/wp-content/uploads/2014/09/Blazevic-privremene-mjere-u-autorskom-pravu.pdf](http://hdap-alai.hr/wp-content/uploads/2014/09/Blazevic-privremene-mjere-u-autorskom-pravu.pdf), s danom 20. 2. 2018.

<sup>17</sup> Zakon o žigu, NN 173/03, 54/05, 76/07, 30/09, 49/11.

<sup>18</sup> Zakon o patentu, NN 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11, 76/13.

<sup>19</sup> Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu, NN 132/98, 63/08, 134/09, 94/13.

<sup>20</sup> Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/09, 80/13.



svjedodžbu o sposobnosti broda za plovidbu, odnosno druge isprave koje odgovaraju ovim hrvatskim ispravama<sup>21</sup>) i zabranama (npr. „Zabranjuje se otuđenje i opterećenje 2.578 dionica sa računa nematerijaliziranih vrijednosnih papira oznake 2786710“<sup>22</sup>), a mogu se pojaviti i u obliku dopuštenja. Njima se mogu normirati odnosi između stranaka, mogu imati karakter dispozicija kojima se izravno određuju mjere koje treba primijeniti radi osiguranja određene tražbine ili uspostave određenog pravnog stanja (npr. „Određuje se privremena mjera oduzimanjem stroja i povjeravanjem istoga na čuvanje predlagatelju osiguranja...“<sup>23</sup>).<sup>24</sup> Na prijedlog predlagatelja sud može odrediti više privremenih mjera (čl. 350. st. 1. OZ-a). U tom će slučaju sud odrediti onu privremenu mjeru koja je najprikladnija da bi se ostvarila svrha osiguranja, a ako su jednako prikladne, sud je dužan odrediti onu koja je najmanje tegobna za protivnika osiguranja (čl. 350. st. 2. OZ-a). Privremenom mjerom ne stječe se založno pravo (čl. 245. st. 2. OZ-a).

Osiguranje je dakle dopušteno svakom privremenom mjerom kojom se postiže svrha osiguranja, no ne i takvom privremenom mjerom čija bi provedba imala za posljedicu namirenje tražbine predlagatelja osiguranja za koju se traži osiguranje privremenom mjerom.<sup>25</sup> U presudi VTS-a broj: Pž-344/06 od 20. 2. 2006. navodi se kako privremena mjera ne može trajati neograničeno vrijeme jer bi njome predlagatelj osiguranja u potpunosti ostvario svoje potraživanje,<sup>26</sup> dok u presudi VSRH broj: Rev-1480/11 od 20. 7. 2011. stoji kako nije zapreka za određivanje privremene mjere to što ona sadržajno odgovara presudi kojom se predlagatelju osiguranja pruža pravna zaštita u parničnom postupku, jer je privremena mjera vremenski ograničenog trajanja, pa sud njome samo privremeno uređuje sporni odnos stranaka.<sup>27</sup> Prema odredbi čl. 347. st. 2. OZ-a, kada se radi o privremenim mjerama radi osiguranja nenovčane tražbine, ostavlja se mogućnost po određenim pretpostavkama predložiti i odrediti privremenu mjeru kojom će se privremeno urediti sporni odnos među strankama.<sup>28</sup>

### 3.1. Vrste privremenih mjera

Dvije su vrste privremenih mjera prema OZ-u. Postoje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine i privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine. Kroz literaturu se uočava da je bilo spornih slučajeva oko tumačenja koja je tražbina novčana, a koja

<sup>21</sup> VTS: Pž-6477/08 od 16. 10. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.)

<sup>22</sup> VTS: Pž-6769/08 od 29. 10. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.)

<sup>23</sup> VTS: Pž-8062/08 od 29. 1. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.)

<sup>24</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 855.

<sup>25</sup> Mihelčić, Gabrijela: „Komentar Ovršnog zakona: s opsežnom sudskom praksom i abecednim kazalom pojmova“, Organizator, Zagreb, 2015, str. 1026.

<sup>26</sup> Izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1010.

<sup>27</sup> Izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1045.

<sup>28</sup> Ako je to nužno radi sprječavanja nastanka nenadoknadive ili teško nadoknadive štete, nasilja, ili ako je iz drugih važnih razloga to potrebno radi osiguranja pravnog reda (čl. 347. st. 2. OZ-a), tako i u presudi VSRH, Rev-1480/11 od 20. 7. 2011. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1045.).

nenovčana.<sup>29</sup> Osnova razlika između novčane ili nenovčane tražbine jest to što je novčana tražbina pravo na naplatu određenog novčanog iznosa, a sve druge tražbine bile bi nenovčane.<sup>30</sup> Odredbama čl. 344. i 346. OZ-a propisan je sadržaj prijedloga za osiguranje privremenom mjerom za novčane i nenovčane tražbine. Tu se uočavaju određene razlike, koje ćemo prikazati u sljedećem poglavlju. Odredbama čl. 345. i čl. 347. OZ-a određene su neke vrste privremenih mjera za osiguranje novčanih i nenovčanih tražbina.

Radi osiguranja novčane tražbine privremenom mjerom može se odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha osiguranja, primjerice: 1. oduzimanje i polaganje gotovoga novca, vrijednosnih papira i sl. u sud, odnosno kod javnoga bilježnika, 2. zabrana protivniku osiguranja otuđenja ili opterećenja svoje nekretnine<sup>31</sup> ili stvarnih prava koja su na nekretnini uknjižena u njegovu korist, uz zabilježbu te zabrane u zemljišnu knjigu, ili 3. nalog pravnoj osobi koja obavlja poslove platnoga prometa da protivniku osiguranja ili trećoj osobi, na temelju naloga protivnika osiguranja, uskrati s dužnikova računa isplatu novčanoga iznosa za koji je određena privremena mjera itd. (čl. 354. st. 1. OZ-a).

Radi osiguranja nenovčanih tražbina također se može odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha takva osiguranja, primjerice: 1. zabrana otuđenja i opterećenja dionica, udjela ili poslovnoga udjela na koje je upravljena tražbina, uz zabilježbu zabrane u knjigu dionica, udjela ili poslovnih udjela; a po potrebi i u sudski upisnik; zabrana korištenja ili raspolaganja pravima po osnovi takvih dionica, udjela ili poslovnih udjela; povjeravanje dionica, udjela ili poslovnih udjela na upravu trećoj osobi; postavljanje privremene uprave društvu, 2. zabrana otuđenja i opterećenja nekretnine na koju je upravljena tražbina ili stvarnih prava upisanih na nekretnini na koja je upravljena tražbina, uz zabilježbu zabrane u zemljišnu knjigu; oduzimanje nekretnine i njezino povjeravanje na čuvanje i upravu predlagatelju osiguranja ili trećoj osobi, 3. ovlaštenje predlagatelju osiguranja da zadrži stvari protivnika osiguranja koje se kod njega nalaze i na koje se tražbina odnosi sve dok se parnica pravomoćno ne završi, 4. ovlaštenje predlagatelju osiguranja da sam ili preko treće osobe obavi određene radnje ili nabavi određene stvari, osobito radi uspostave prijašnjega stanja itd. (čl. 347. st. 1. OZ-a).

Dakle osiguranje privremenom mjerom moguće je nekom od privremenih mjera navedenih u čl. 345. st. 1. i čl. 347. st. 1. OZ-a, ali i svakom mjerom kojom se postiže svrha osiguranja.<sup>32</sup> Kroz sudsku praksu tako primjerice nije moguće privremenom mjerom oduzeti ovlast članu uprave da zastupa društvo,<sup>33</sup> potraživanje se ne može osigurati tako

---

<sup>29</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 851. Radi se primjerice o slučajevima gdje se tražilo osiguranje zabranom naplate akceptnog naloga i zabranom naplate bjanko zadužnice (kasnija praksa zabranu naplate po bjanko zadužnici svrstava u privremene mjere osiguranja nenovčane tražbine).

<sup>30</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 851, i Dika, *op. cit.*, bilj. 11, str. 10.

<sup>31</sup> VS: Gzz- 8/01 od 12. 12. 2001. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 24, str. 1033): „Učinak privremene mjere zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine nije sprečavanje vlasnika nekretnine da njome raspoláže, već u tome što predlagatelju osiguranja omogućuje naplatu njegove ovršne tražbine na nekretnini unatoč tome što je ona nakon zabilježbe zakonom opterećena ili otuđena.“

<sup>32</sup> Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1026, tako i u presudi VTS-a: Pž-765/92 od 31. 3. 1992. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1016).

<sup>33</sup> VTS: Pž-1007/98 od 7. 4. 1998. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1011).

da se dužniku onemogućí obavljanje djelatnosti koja je predmet njegova poslovanja,<sup>34</sup> privremenom mjerom ne bi se moglo tražiti povjeravanje dionica na upravu trećim osobama uz upis trećih osoba u knjigu dionica protivnika osiguranja i tvrdnju predlagatelja osiguranja da protivnik osiguranja loše posluje s imovinom dioničara,<sup>35</sup> nije opravdano ni izdavanje privremene mjere ako predlagatelj osiguranja ima ovršnu ispravu na temelju koje može tražiti ovrhu, a predložena mjera ne bi pridonijela većem stupnju ostvarenja tražbine od onoga koji se može ostvariti prijedlogom za ovrhu,<sup>36</sup> zatim nije osnovan prijedlog za određivanje privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine predlagatelja osiguranja vlasnika pšenice protiv protivnika osiguranja skladištara koji se koristi svojim zakonskim založnim pravom i odbija bez plaćanja troškova skladištenja predati uskladištenu pšenicu<sup>37</sup> te nije privremenom mjerom moguće osigurati tražbinu koja je postavljena u obliku procesne *facultas alternativa*, kojom tužitelj izjavljuje da je umjesto određene nenovčane tražbine voljan primiti tuženikovu činidbu isplate novčanog iznosa.<sup>38</sup> Također, sud može iznimno privremenom mjerom zabraniti naplatu po zadužnici ako predlagatelj osiguranja učini vjerojatnom svoju nenovčanu tražbinu na vraćanje zadužnice ili zabranom naplate po zadužnici, pri čemu zahtjev može temeljiti na različitim osnovama: a) nedostaci koji se odnose na samu zadužnicu kao ispravu ili na pribavljanje zadužnice i b) vjerojatnost da tražbina u vezi s kojom je zadužnica izdana nije ni nastala ili da je u cijelosti prestala nakon obvezivanja zadužnicom.<sup>39</sup>

### 3.2. Sadržaj prijedloga za određivanje privremene mjere

Postupak osiguranja privremenom mjerom započinje podnošenjem prijedloga nadležnom sudu. Postupak osiguranja privremenom mjerom sastoji se od dvaju stadija: stadija određivanja osiguranja privremenom mjerom i stadija provedbe osiguranja.<sup>40</sup> Sadržaj prijedloga za osiguranje privremenom mjerom uređen je čl. 341. st. 2. OZ-a. U prijedlogu za određivanje privremene mjere predlagatelj mora istaknuti zahtjev u kojem će: točno označiti tražbinu čije se osiguranje traži, odrediti kakvu mjeru traži, vrijeme njezina trajanja, ako je potrebno, sredstva osiguranja kojima će se privremena mjera prisilno ostvariti, te predmet osiguranja, činjenice na kojima se temelji zahtjev, predložiti dokaze kojima se te činjenice potkrepljuju. Privremena mjera može se odrediti i radi osiguranja nedospjelih i uvjetnih tražbina (čl. 343. st. 1. OZ-a). Što se tiče budućih tražbina, u praksi se smatra da takve tražbine nije dopušteno osiguravati privremenom

<sup>34</sup> VTS: Pž-765/92 od 31. 3. 1992. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str.1016).

<sup>35</sup> VS: Gzz-37/97 od 18. 12. 1997. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1048).

<sup>36</sup> VTS: Pž- 2273/06 od 12. 5. 2006. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1018).

<sup>37</sup> VTS: Pž-6281/02 od 4. 2. 2003. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1038).

<sup>38</sup> VTS: Pž-6569/06 od 14. 12. 2006. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1037).

<sup>39</sup> VTS: Pž-5549/06 od 28. 12. 2006. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1046) i Pž-2453/09 od 23. 4. 2009. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1036).

<sup>40</sup> Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1003.

mjerom neovisno o postojanju okolnosti temeljem kojih bi tražbina moguće nastala u budućnosti.<sup>41</sup>

Budući da se prijedlogom za osiguranje privremenom mjerom istodobno predlaže i provedba osiguranja, predlagatelj nije dužan posebno predlagati da se određeno osiguranje privremenom mjerom i provede.<sup>42</sup>

U pogledu trajanja privremene mjere treba napomenuti da se u duhu odredbe čl. 337. st. 2. u vezi s odredbom čl. 355. OZ-a osiguranje privremenom mjerom može odrediti za vrijeme najdulje petnaest dana nakon nastupanja uvjeta za ovrhu.<sup>43</sup>

U prijedlogu za određivanje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine predlagatelj osiguranja mora učiniti vjerojatnim postojanje tražbine i opasnost da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati (čl. 344. OZ-a). Opasnost se ne mora dokazivati ako predlagatelj učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu.<sup>44</sup> Smatra se da opasnost postoji ako bi se tražbina imala pravo ostvariti u inozemstvu. U pravilu se dakle<sup>45</sup> za određivanje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine trebaju kumulativno ispuniti dvije osnovne pretpostavke, a to su: 1. vjerojatnost postojanja tražbine i 2. vjerojatnost opasnosti da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati.

U prijedlogu radi osiguranja nenovčane tražbine predlagatelj svoju tražbinu mora učiniti vjerojatnom te dokazati vjerojatnost opasnosti da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari, ili ako dokaže da bi mjera spriječila nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti (čl. 346. OZ-a). Dakle za određivanje privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine potrebno je da se kumulativno ispuni pretpostavka vjerojatnosti postojanja tražbine s jednom od alternativno određenih pretpostavaka, a to su ili vjerojatnost opasnosti da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari, ili vjerojatnost da bi mjera spriječila nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijeti (čl. 346. st. 1. OZ-a).

---

<sup>41</sup> Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1007.

<sup>42</sup> Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1008.

<sup>43</sup> VTS: PŽ-344/06 od 20. 2. 2006. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1010): „Privremena mjera ne može trajati neograničeno vrijeme, jer bi njome predlagatelj osiguranja u potpunosti ostvario svoje potraživanje.“

<sup>44</sup> „Smatra se da je ovom zahtjevu (neznatna šteta) udovoljeno npr. kod osiguranja privremenom mjerom zabranom otuđenja i opterećenja pokretnine bez oduzimanja pokretnine iz posjeda protivnika osiguranja.“ Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1021.

<sup>45</sup> Osim kada se radi o presumiranoj opasnosti (čl. 344. st. 2. i 3. OZ-a) ili ako su ispunjeni uvjeti za davanje jamčevine umjesto privremene mjere (čl. 348. OZ-a) ili davanje jamčevine kao uvjet određivanja privremene mjere (čl. 349. OZ-a).

Potrebno je uzeti u obzir i pravne učinke koji se namjeravaju ostvariti osiguranjem privremenom mjerom i ostvaruju li se ti učinci već samom dostavom rješenja o osiguranju (čl. 347. st. 3. OZ-a).<sup>46</sup> Tako je npr. važno, upisuje li se privremena mjera u javne evidencije/registre, da rješenje o osiguranju sadrži odgovarajući nalog za upis upravljen na predmet osiguranja.<sup>47</sup> Kada za ostvarenje pravnih učinaka osiguranja privremenom mjerom nije dovoljno samo dostaviti rješenje kojim je određeno, nego je osiguranje potrebno prisilno ostvariti, rješenjem o određivanju privremene mjere treba odrediti i sredstva i predmet kojima će se izrečena kondemnacija prisilno ostvariti.<sup>48</sup>

### 3. 2. 1. Što znači vjerojatnost iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a?

Smatramo potrebnim odrediti pojam vjerojatnosti iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a. U hrvatskoj doktrini zastupa se stav da je vjerojatnost uvjerenje da ima više argumenata u prilog postojanju ili nepostojanju neke činjenice nego onih koji govore protiv njezina postojanja ili nepostojanja.<sup>49</sup>

Ranije je navedeno kako se prijedlog za određivanje privremene mjere može predložiti prije pokretanja i tijekom sudskog ili upravnog postupka te nakon završetka tih postupaka, sve dok ovrha ne bude provedena. S time u vezi vjerojatnost postojanja tražbine iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a može se utvrđivati na razne načine, prema okolnostima svakog pojedinog slučaja (npr. postojanjem ugovora između stranaka, pisane izjave svjedoka, pisane dokumentacije, postojanje vlastite mjenice itd.). Za utvrđenje vjerojatnosti mogla bi poslužiti sva dokazna sredstva dopuštena u hrvatskom građanskom procesnom pravu.<sup>50</sup>

Prema čl. 344. st. 1. OZ-a dakle kod privremenih mjera radi osiguranja novčane tražbine govori se o opasnosti da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati. Prema čl. 346. st. 1. OZ-a kod privremenih mjera radi osiguranja nenovčane tražbine iz čl. 346. st. 1. OZ-a riječ je o opasnosti da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari. Predlagatelj osiguranja koji bi trebao učiniti vjerojatnom postojanje opasnosti iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a trebao bi zapravo učiniti vjerojatnim: da je protivnik osiguranja poduzeo ili da bi mogao poduzeti neku ugrožavajuću radnju, zatim uzročnu vezu između te radnje protivnika osiguranja posljedice, koja bi se sastojala u sprečavanju ili znatnom otežanju ostvarenja njegove tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari, te da bi se predloženom

<sup>46</sup> Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1015.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Dika, Mihajlo: „Privremene mjere radi osiguranja nenovčanih tražbina“, *Pravo i porezi*, 8 (1999), 9, str. 10.

<sup>50</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 49, str. 10-11.

privremenom mjerom nastupanje te posljedice moglo otkloniti.<sup>51</sup> Privremena mjera ne bi bila dopuštena kada bi predlagatelj svoj pravnozaštitni cilj mogao ostvariti efikasnijim pravnim sredstvom, npr. ovrhom<sup>52</sup> ili upisom zabrane otuđenja ili opterećenja.<sup>53</sup>

Prema teoriji razlikuju se subjektivni i objektivni element opasnosti, o kojima ovisi određivanje privremene mjere. Opasnost o kojoj ovisi određivanje privremene mjere u teoriji se kvalificira kao subjektivna opasnost, no ne traži se da to ponašanje protivnika osiguranja bude poduzeto radi predlagatelja osiguranja, pa bi subjektivan odnos (namjera, nepažnja) protivnika osiguranja prema štetnoj posljedici bio irelevantan.<sup>54</sup> Bitno je dakle da je protivnik osiguranja izvor opasnosti, a ne njegov subjektivni stav prema ugrožavajućoj radnji i pravnoj posljedici.<sup>55</sup>

Opasnost od nasilja i nastupanja nenadoknadive štete bila bi objektivna opasnost (npr. nepovoljno imovinsko stanje, opasnost od stečaja itd.), što znači da ne bi trebalo učiniti vjerojatnim da je dužnik svojim ponašanjem prouzročio nasilje, odnosno nastupanje nenadoknadive štete.<sup>56</sup> Autorice iz tog teorijskog prikaza izvode zaključak da, iako teorija nije napravila detaljniju razliku u pojmovima subjektivne i objektivne opasnosti, možemo zaključiti da je osnovni razlikovni element izvor opasnosti, a u duhu odredaba čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a. Dakle kod određivanja pojma subjektivne opasnosti bitno je da je upravo protivnik osiguranja izvor opasnosti, neovisno o njegovu subjektivnom stavu prema toj radnji i njezinoj posljedici. Objektivna bi opasnost bila, u duhu čl. 346. st. 1. OZ-a i iznesene teorije, ona kod koje izvor opasnosti nije u osobi protivnika osiguranja, pa stoga ne bi trebalo učiniti vjerojatnim da je dužnik svojim ponašanjem prouzročio nasilje, odnosno nastupanje nenadoknadive štete.

S druge strane na uzorku od 76 sudskih odluka u njih 17 izričito se obrazlaže drugačiji stav glede shvaćanja subjektivne opasnosti. Ispitujući poimanje subjektivne opasnosti kroz 17 sudskih odluka, nailazimo na samo jednu sudsku odluku koja uzima u obzir teorijsko shvaćanje pojma subjektivne opasnosti, prema kojemu je dovoljno da je protivnik osiguranja izvor opasnosti, a da ne postoji subjektivni odnos u obliku namjere ili nepažnje. Kroz sudsku praksu dominantno je stajalište sudova da se pod pojmom subjektivne opasnosti smatraju konkretne radnje subjektivne prirode s ciljem skrivanja i otuđenja imovine, koje moraju biti svjesno poduzete radi ugrožavanja namirenja predlagatelja.<sup>57</sup> Traži se čak i namjera protivnika osiguranja da namjerno spriječi naplatu

---

<sup>51</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 49, str. 11.

<sup>52</sup> VTS: Pž-2273/06 od 12. 5. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 308), VTS: Pž-6337/05 od 3. 11. 2005. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 11, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 213).

<sup>53</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 49, str. 11.

<sup>54</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 868.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 877.

<sup>57</sup> VTS: Pž-8231/08 od 6. 3. 2009., Pž-6055/08 od 23. 9. 2008., Pž-7854/07 od 1. 7. 2008., Pž-1377/08 od 28. 7. 2008., Pž-6885/08 od 23. 12. 2008., Pž-7076/08 od 6. 2. 2009., Pž-5907/08 od 21. 10. 2008., Pž-

predlagateljeva potraživanja.<sup>58</sup> Također radnje moraju za posljedicu imati stvarno ugrožavanje naplate tražbine predlagatelja osiguranja.<sup>59</sup> Pojam objektivne opasnosti analizom sudske prakse nije dvojbjen.<sup>60</sup> Na tragu takva stava trgovačkih sudova moramo spomenuti još jedno teorijsko poimanje subjektivne opasnosti. Naime navodi se kako je subjektivna opasnost ona koja proizlazi iz određenog ponašanja protivnika osiguranja, te se citira sudska praksa istovjetna prethodno opisanoj.<sup>61</sup>

Prema tom teorijskom shvaćanju zaključuje se kako je predlagateljima prilično teško učiniti vjerojatnim tako shvaćenu subjektivnu opasnost.<sup>62</sup> Ključna je stvar to da sve što protivnik osiguranja čini najčešće ulazi u radnje koje on redovito poduzima u okviru svoje djelatnosti, što predlagatelja osiguranja dovodi u nepovoljniji položaj.<sup>63</sup> Čini nam se logičnim da protivnik osiguranja koji posluje na način da se njegova imovina samo povećava obavljanjem djelatnosti uopće neće imati štetne posljedice određivanjem privremene mjere.

Smatramo da je opisani stav sudske prakse uvelike pridonio nastanku ključnih problema na koje se upozorava u ovom članku. Iz sudske prakse vidljiv je stav Trgovačkih sudova i Visokog trgovačkog suda, kod kojeg se inzistira upravo na subjektivnom stavu i odnosu protivnika osiguranja prema radnji i štetnoj posljedici. Prema postojećoj zakonskoj formulaciji OZ-a (čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1.) ne može se izvesti zaključak da se subjektivan element opasnosti sastoji u subjektivnom stavu protivnika osiguranja prema radnji i štetnoj posljedici.

---

1748/08 od 20. 11. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.) i VTS: Pž-767/2007. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 368), te Pž-6714/06 od 15. 2. 2007. (izvor: Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1023).

<sup>58</sup> VTS: Pž-4753/08 od 9. 9. 2008., Pž-2273/06 od 12. 5. 2006., Pž-8062/08 od 29. 1. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.), VTS, Pž-1158/94 od 19. 4. 1994. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.), VTS: Pž-767/07 od 13. 4. 2007. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 368).

<sup>59</sup> VTS: Pž-4904/08 od 4. 9. 2008., Pž-7129/05 od 7. 1. 2009., Pž-1630/08 od 19. 11. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>60</sup> VTS: Pž-4371/2008 od 26. 6. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.). Prema navedenoj presudi za određivanje privremene mjere bila bi dostatna tzv. objektivna opasnost, npr. nepovoljno imovinsko stanje, mogućnost da drugi vjerovnici zatraže ovrhu, opasnost od nelikvidnosti i dr. Pod pojmom subjektivne opasnosti smatra se da je protivnik osiguranja izvor ugroze.

VTS: Pž-767/2007. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 368). U navedenoj se presudi navodi kako sud o nužnosti mjere odlučuje vodeći računa o objektivnim okolnostima koje mogu dovesti do osujećenja naplate tražbine te dodatno o takvu ponašanju dužnika koje je usmjereno na osujećenje tražbine.

<sup>61</sup> Eraković, *op. cit.*, bilj. 2, str. 23.

<sup>62</sup> Eraković, *op. cit.*, bilj. 2, str. 24.

<sup>63</sup> *Ibid.*

### 3.3. Odluke suda povodom prijedloga za određivanje privremene mjere

Prijedlogom za određivanje privremene mjere predloženu privremenu mjeru sud može riješenjem (čl. 342. st. 1. OZ-a) u cijelosti ili djelomično prihvatiti, odbiti ili odbaciti. Izraz „može se odrediti“ iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a ne bi se smio tumačiti u smislu da bi o slobodnoj dispoziciji suda ovisilo hoće li ili ne odrediti privremenu mjeru, već bi je sud bio dužan odrediti ako bi iz okolnosti slučaja proizlazilo da su za to ispunjene pretpostavke i da bi okolnosti konkretnog slučaja to opravdavale.<sup>64</sup> Rješenje o osiguranju privremenom mjerom, jednako kako i rješenje o ovrsi, treba biti komplementarno prijedlogu za osiguranje privremenom mjerom.<sup>65</sup> To znači da nije dopušteno odrediti što drugo do onog što je predlagatelj osiguranja tražio te se traži da rješenje o osiguranju sadržava sve što u smislu čl. 341. OZ-a treba sadržavati prijedlog za osiguranje.<sup>66</sup> U rješenju o određivanju privremene mjere sud će, ako je to potrebno s obzirom na vrstu mjere i svrhu osiguranja koja se njome treba postići, odrediti na prijedlog predlagatelja osiguranja i sredstva kojima će se ona prisilno ostvariti te predmet osiguranja, uz odgovarajuću primjenu pravila OZ-a o određivanju sredstva i predmeta ovrha u rješenju o ovrsi (čl. 342. st. 1. OZ-a). Prigodom odlučivanja o tome hoće li odrediti privremenu mjeru sud bi trebao voditi računa o interesima stranaka, o njihovu međusobnom odnosu, o tome hoće li radi zaštite tražbine vjerovnika ugroziti opravdane interese druge strane te opravdava li vjerojatna ugroženost interesa jedne strane ugrožavanje interesa druge strane.<sup>67</sup> Iz odredbe čl. 345. st. 1. i čl. 347. st. 1. OZ-a proizlazi da se radi osiguranja novčanih, odnosno nenovčanih tražbina može odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha osiguranja te se navodi što se time osobito smatra (npr. zabrana otuđenja ili opterećenja pokretnina, oduzimanje i polaganje gotovoga novca, zabrana otuđenja ili opterećenje nekretnine itd. radi osiguranja novčane tražbine, te npr. zabrana otuđenja ili opterećenja pokretnina, zabrana otuđenja ili opterećenja prava na koja je upravljena tražbina, zabrana dužniku protivnika osiguranja da protivniku osiguranja preda stvari itd. radi osiguranja nenovčane tražbine). Smatramo bitnim naglasiti i da rješenje o određivanju privremene mjere mora biti obrazloženo (čl. 342. st. 5. OZ-a).

Iz raspoložive sudske prakse autorice ne mogu uvijek utvrditi povodom kakvih se zahtjeva postavljaju prijedlozi za određivanje privremenih mjera, jer raspoložemo samo odlukama po privremenoj mjeri iz kojih to nije uvijek razvidno. No prema dostupnoj praksi većinom se radi o prijedlozima za određivanje privremene mjere povodom kondemnatornih zahtjeva.

---

<sup>64</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 862.

<sup>65</sup> Mihelčić, *op. cit.*, bilj. 25, str. 1014.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 862.



### 3.3.1. O uvjetima za određivanje privremenih mjera kroz sudsku praksu

U ovom odjeljku autorice će prikazati mišljenja sudova, u prvom redu VTS-a, povodom prijedloga za određivanje privremene mjere. Stajališta iznesena u tim odlukama prenijeti ćemo onako kako su navedena u konkretnim odlukama.

Prema jednom stajalištu sudske prakse svrha privremene mjere jest postići konzerviranje postojećih stanja glede protivnikova vlasništva na predmetu osiguranja kako bi predlagatelj u slučaju uspjeha u sporu mogao svoju tražbinu u ovršnom postupku naplatiti unovčenjem predmeta osiguranja.<sup>68</sup>

S druge strane, stav je sudske prakse da sud neće odrediti privremenu mjeru ako ta mjera nije proporcionalna zaštićenom interesu vjerovnika, npr. neće se ograničiti pravo vlasništva na nekretnini (npr. onemogućiti prodaja nekretnine) radi osiguranja tražbine predlagatelja iako za protivnika osiguranja nema štete.<sup>69</sup> Privremena mjera neće biti određena ni ako nije učinjena vjerojatnost nužnosti takve mjere s obzirom na objektivne okolnostima glede ponašanja dužnika.<sup>70</sup>

Sudovi neće usvajati prijedloge za određivanjem privremene mjere ako se traži npr. promjena podataka u sudskom registru,<sup>71</sup> ako protivnik osiguranja nije vlasnik sredstva osiguranja, npr. motornog vozila, broda ili nekretnine,<sup>72</sup> mjere koje konzumiraju tužbeni zahtjev (npr. vraćanje zaplijenjenog iznosa predlagatelju osiguranja),<sup>73</sup> ako protivnik osiguranja ima na raspolaganju i druga zakonska sredstva zaštite (npr. zahtjev za ukidanje klauzule pravomoćnosti),<sup>74</sup> ako je tražbina osigurana po zakonu (npr. pravom

---

<sup>68</sup> VTS: Pž-5297/08 od 13. 8. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.) i VTS, Pž-767/2007 (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 368).

<sup>69</sup> VTS: Pž-5297/08 od 13. 8. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.). Prema navedenoj presudi privremena mjera zabrane otuđenja i opterećenja nekretnine po svojoj je prirodi zadiranje u Ustavom zajamčena vlasnička prava, koja u sebi uključuju i pravo raspolaganja. Stoga će sud takvu mjeru odrediti samo ako nađe da je mjera nužna i da je proporcionalna pravom zaštićenom interesu predlagatelja. Ako vjerovniku stoje na raspolaganju druga sredstva osiguranja koja u dovoljnoj mjeri osiguravaju njegovu tražbinu, nema mjesta određivanju takve mjere.

<sup>70</sup> VTS: Pž-767/2007 (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 368).

<sup>71</sup> VTS: Pž-128/02 od 9. 4. 2002. i VTS: Pž-6415/03 od 23. 6. 2003. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>72</sup> VTS: Pž-454/94 od 22. 2. 1994., Pž-199/94 od 1. 2. 1994. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>73</sup> VTS: Pž-6708/08 od 17. 11. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>74</sup> VTS: Pž-4904/2008 od 4. 9. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

zadržanja),<sup>75</sup> ako je presudom odbijen tužbeni zahtjev,<sup>76</sup> ako je tražbina utvrđena pravomoćnom presudom<sup>77</sup> i dr.

Kao primjer dokazane opasnosti iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a kroz sudsku praksu ističe se određivanje zadužnice člana uprave u svoju korist (sklapanje ugovora sa samim sobom),<sup>78</sup> prodaja nekretnine koja je otuđena nakon prijedloga za osiguranje između povezanih društava<sup>79</sup> i sl. Suprotno tome, neće se smatrati da je opasnost dokazana ako se radi o bezgotovinskom plaćanju (kompenzacija, cesija),<sup>80</sup> financijskim problemima kao problemima objektivne, a ne subjektivne naravi,<sup>81</sup> statusnim promjenama kod protivnika osiguranja,<sup>82</sup> učestalim blokadama računa i nedostatkom sredstava na računu protivnika osiguranja,<sup>83</sup> zatim nedostatku dokaza o raspolaganju nekretninom kao jedinom imovinom protivnika osiguranja,<sup>84</sup> novinskim člancima o radnjama protivnika osiguranja,<sup>85</sup> prodaji stambenih jedinica ako je to predmet poslovanja protivnika osiguranja,<sup>86</sup> oduzimanju opreme koju koristi u poslovanju,<sup>87</sup> poslovanju preko računa druge pravne osobe,<sup>88</sup> nuđenju jahte u *charter* ako je to djelatnost protivnika

<sup>75</sup> VTS: Pž-3182/02 od 24. 9. 2002. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>76</sup> VTS: Pž-7401/2008 od 19. 1. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.). Prvostupanjski je sud na temelju izvedenih dokaza odbio tužbeni zahtjev za isplatu zakupnine u vezi s kojima je podnesen prijedlog za osiguranje.

<sup>77</sup> VTS: 6337/05 od 3. 11. 2005. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 11, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 213).

<sup>78</sup> VTS: Pž-311/2006 od 17. 2. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 11, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 220). Zadužnica je izdana protivniku osiguranja kao osiguranje isplate iznosa iz ugovora o zajmu. Punomoć za zastupanje predlagatelja osiguranja pri zaključenju takva ugovora s protivnikom osiguranja odvjetniku je potpisao protivnik osiguranja, ujedno i direktor predlagatelja osiguranja. Predmetnom zadužnicom protivnik osiguranja, kao član uprave predlagatelja osiguranja, dao je izjavu o zapljeni računa predlagatelja osiguranja u svoju korist.

<sup>79</sup> VTS, Pž-6000/08 od 23. 9. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>80</sup> VTS: Pž-6055/08 od 23. 9. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>81</sup> VTS: Pž-5907/08 od 21. 10. 2008., Pž-4898/05 od 27. 8. 2008., VTS: Pž-6055/08 od 23. 9. 2008., Pž-4898/05 od 27. 8. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>82</sup> VTS: Pž-1473/94 od 28. 2. 1995. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>83</sup> VTS: Pž-7727/08 od 16. 1. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>84</sup> VTS: Pž-5832/08 od 15. 9. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>85</sup> VTS: Pž-8231/08 od 6. 3. 2009. i Pž-7076/2008 od 6. 2. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.) i VTS: Pž-6390/05 od 31. 10. 2005. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 11, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 218).

<sup>86</sup> VTS: Pž-4371/08 od 27. 6. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.) i VTS: Pž-767/07 od 13. 4. 2007. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 368).

<sup>87</sup> VTS: Pž-8062/2008 od 29. 1. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.): „Oduzimanje tiskarskog stroja (iako je isti u vlasništvu predlagatelja osiguranja) moglo bi protivniku osiguranja uzrokovati štetu jer bi bilo dovedeno u pitanje obavljanje tiskarske djelatnosti protivnika osiguranja.“

<sup>88</sup> VTS: Pž-3675/08 od 20. 6. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

osiguranja,<sup>89</sup> propuštanju uknjižbe prava vlasništva u zemljišnim knjigama temeljem kupoprodajnog ugovora ako je prijavljen porez (nije prikrivanje imovine)<sup>90</sup> itd.

Primjer dokazane tražbine prema postojećoj sudskoj praksi jest npr. postojanje vlastite mjenice protivnika osiguranja,<sup>91</sup> postojanje ugovora (npr. ugovor o nagodbi,<sup>92</sup> ugovor o cesiji, ugovor o priznanju duga<sup>93</sup>), prestanak članstva u zadruzi – obveza isplate udjela,<sup>94</sup> tražbina iz teretnice<sup>95</sup> i sl. S druge strane sudska je praksa stava da tražbina nije učinjena vjerojatnom u slučaju postojanja zahtjeva za naknadom štete,<sup>96</sup> spora zbog istupanja člana iz društva,<sup>97</sup> nemogućnosti isplate dividende zbog financijskih problema<sup>98</sup> i sl. Nedosljednost sudske prakse uočena je primjerice kod tumačenja vjerojatnosti postojanja tražbine predlagatelja osiguranja kada se radi o (ne)ovjerenim okončanim i privremenim situacijama. Presudom VTS-a broj: Pž-1748/08 od 20. 11. 2008.<sup>99</sup> konstatirano je kako neovjerene privremene i okončane situacije predstavljaju dokaz vjerojatnosti tražbine predlagatelja protiv protivnika osiguranja. No s druge strane VTS u odluci broj: P-6885/08 od 23. 12. 2008.<sup>100</sup> zauzima stajalište da je pogrešno stajalište prvostupanjskog suda kako su ovjerene privremene i okončane situacije osnova iz koje bi neupitno proizlazila tuženikova obveza isplate iznosa iz tih situacija.

---

<sup>89</sup> VTS: Pž-2273/06 od 12. 5. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 308).

<sup>90</sup> VTS: Pž-1840/2009 od 9. 4. 2009. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.): „Nema radnji prikrivanja imovine propuštanjem podnošenja prijedloga za uknjižbu prava vlasništva, jer postoji obveza prijave poreza na promet nekretnine iz koje činjenice ne proizlazi prikrivanje imovine, već naprotiv transparentnost.“

<sup>91</sup> VTS: Pž-2534/06 od 21. 9. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 310). Stranke su u ovom slučaju zaključile Sporazum iz kojeg proizlazi postojanje založnog prava radi osiguranja tražbine.

<sup>92</sup> VTS: Pž-6055/2008 od 23. 9. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.) i VTS: Pž-2534/06 od 21. 9. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 310). Protivnik osiguranja izdao je vlastitu mjenicu temeljem koje je sud utvrdio vjerojatnost postojanja tražbine predlagatelja osiguranja.

<sup>93</sup> VTS: Pž-4898/2005 od 27. 8. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>94</sup> VTS: Pž-542/09 od 11. 2. 2000. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.): „Prestankom članstva u zadruzi dokazana je vjerojatnost postojanja tražbine na isplatu udjela, no u konkretnom slučaju nije učinjena vjerojatnom opasnost da predlagatelji osiguranjem neće moći naplatiti svoju tražbinu.“

<sup>95</sup> VTS: Pž-6477/08 od 16. 10. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>96</sup> VTS: Pž-1185/07 od 3. 10. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>97</sup> VTS: Pž-4898/05 od 27. 8. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>98</sup> VTS: Pž-5039/05 od 7. 10. 2008. (izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.).

<sup>99</sup> Izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.

<sup>100</sup> Izvor: Ius Info s danom 21. 8. 2015.

### 3.3.2. Dopuštenost privremenih mjera kod deklaratornih i konstitutivnih zahtjeva kroz sudsku praksu

U pravnoj teoriji nailazimo na stajalište da je povodom deklaratornih tužbi moguće u nekim slučajevima odrediti privremene mjere kojima se osiguravaju druga prava, a ne ona čije se utvrđenje traži, a takve privremene mjere bile bi regulacijskog karaktera.<sup>101</sup>

Jednako tako, u pravnoj teoriji nailazimo na stajalište da bi povodom konstitutivnih parnica bilo moguće tražiti privremene mjere regulacijsko-konstitutivnog karaktera.<sup>102</sup>

Na uzorku od 75 sudskih odluka u samo 5 % sudskih odluka pojavio se problem dopuštenosti privremenih mjera kod deklaratornih i konstitutivnih zahtjeva. Tu se primjerice radi o deklaratornim zahtjevima za utvrđenjem raskida ugovora,<sup>103</sup> utvrđenju ništetnosti akceptnog naloga<sup>104</sup> i utvrđenju da je osoba razriješena funkcije direktora društva,<sup>105</sup> dok je jedini primjer konstitutivnog zahtjeva raskid ugovora.<sup>106</sup>

Sudska praksa zauzima stajalište kako se isticanjem deklaratornog zahtjeva ne ističe ni novčana ni nenovčana tražbina, dakle nema tražbine koju bi trebalo osigurati. Uz to mora se raditi o tražbini koja je podobna da se u ovršnom postupku provede sukladno

---

<sup>101</sup> Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 854.

Primjeri privremenih mjera regulacijskog karaktera jesu npr.: a) ako se u sudskom sporu traži utvrđenje statusa člana javnog trgovačkog društva u pogledu spornog pitanja nastavlja li se društvo s nasljednicima, može se predložiti privremena mjera kojom će predlagatelj biti ovlašten obavljati radnje na koje bi bio ovlašten kao član društva, ili b) ako je pokrenuta parnica radi utvrđenja ništetnosti odluke skupštine društva s ograničenom odgovornošću, može se predložiti određivanje privremene mjere kojom će se tražiti da se zaustavi ili odgodi primjena odluke čije se utvrđenje ništetnosti traži, što proizlazi iz odredbe čl. 363.b Zakona o trgovačkim društvima NN 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 kao *lex specialis*, odnosno odgovarajućom primjenom odredbe čl. 299. st. 2. OZ-a (Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 854 i Eraković, *op. cit.*, bilj. 2, str. 21).

U teoriji je razmotrena mogućnost određivanja privremene mjere radi osiguranja nenovčane tražbine postavljanjem privremene uprave društvu te se zaključno izlaže da ne bi trebalo biti zakonske zapreke da se takva privremena mjera odredi, no da bi prilikom odlučivanja sudovi trebali biti oprezni i suzdržani s obzirom na osjetljivost problema i moguće štetne posljedice (Dika, Mihajlo: „Postavljanje privremene uprave trgovačkom društvu kao privremena mjera osiguranja“, *Pravo u gospodarstvu*, 42 (2003), 4, str. 161). Autorice ovdje neće ulaziti u dublju analizu dopuštenosti takve privremene mjere.

<sup>102</sup> Primjer privremene mjere regulacijsko-konstitutivnog karaktera jest npr. kad predlagatelj osiguranja, ako se tužbom pobija odluka o izboru članova nadzornog odbora koji je imenovao novu upravu, traži određivanje privremene mjere kojom bi se odredila zabrana poduzimanja radnji tih izabраниh članova nadzornog odbora i postavljanje privremene uprave društvu (Dika, *op. cit.*, bilj. 3, str. 855).

<sup>103</sup> VTS: Pž-454/94 od 22. 2. 1994. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>104</sup> VTS: Pž-345/94 od 22. 2. 1994. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.). Kod određivanja privremene mjere s akceptnim nalogom sporna je stvar osigurava li se novčana ili nenovčana tražbina. Praksa je pokazala da predlagatelji osiguranja često prijedlog za osiguranje postavljaju kao da se radi o novčanoj tražbini, iako izdavatelj akceptnog naloga može prema onome koji ga je izdao imati samo nenovčanu tražbinu – zahtjev da mu se preda akceptni nalog ili da se protivniku osiguranja zabrani naplata po akceptnim nalogima (tako i Eraković, *op. cit.*, bilj. 2, str. 22).

<sup>105</sup> VTS: Pž-2777/95 od 19. 9. 1995. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>106</sup> VTS: Pž-4360/03 od 6. 6. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 305).

pravilima koja vrijede u ovršnom postupku. Deklaratorne odluke prema tome ne obvezuju na činidbu, pa nema izvršenja.<sup>107</sup>

Što se tiče konstitutivnih zahtjeva, također se ističe da takav zahtjev nije moguće ostvariti u ovršnom postupku, tj. nije moguće tražiti izvršenje.<sup>108</sup>

Takva uporišta sudske prakse oko dopuštenosti privremenih mjera kod deklaratornih i konstitutivnih zahtjeva više nisu aktualna, sukladno odredbi čl. 346. st. 1. OZ-a.<sup>109</sup> Uz to treba naglasiti da nenadoknativa ili teško nadoknativa šteta i nasilje mogu prijetiti i u slučajevima kada predlagatelj osiguranja ne ističe kondemnatorni zahtjev, nego zahtijeva deklaratornu ili konstitutivnu zaštitu.<sup>110</sup>

Detaljnija razmatranja oko pitanja određivanja privremenih mjera kod deklaratornih i konstitutivnih zahtjeva uslijed svoje opsežnosti mogu biti predmetom posebnog istraživanja, stoga se autorice neće detaljnije upuštati u tu problematiku, ali nakon početne analize bliže smo teorijskom stajalištu, pa je u određenim okolnostima moguće predložiti određivanje privremene mjere kod deklaratornih i konstitutivnih zahtjeva.

## 4. PRIVREMENE MJERE PREMA SLOVENSKOM I NJEMAČKOM ZAKONU

### 4.1. Privremene mjere prema slovenskom zakonu

Privremene mjere u slovenskom pravu uređene su u *Zakonu o izvršbi in zavarovanju*<sup>111</sup> (u daljnjem tekstu: ZIZ). U slučaju kada nije određen parnični ili kakav drugi sudski postupak za odlučivanje o prijedlogu za određivanje privremene mjere nadležan je sud koji bi bio nadležan odlučivati o prijedlogu za ovrhu (čl. 266. ZIZ-a), što je rješenje jednako rješenju iz odredbe čl. 258. OZ-a. Ako je određen parnični ili drugi sudski postupak, za odlučivanje o prijedlogu za određivanje privremene mjere nadležan je sud pred kojim se vodi taj postupak.

Privremenu mjeru moguće je odrediti, sukladno odredbi čl. 267. ZIZ-a, prije pokretanja sudskog postupka, tijekom postupka te po okončanju postupka sve dok nije provedena ovrha, što je istovjetno odredbi čl. 340. st. 1. OZ-a. Na prijedlog predlagatelja osiguranja

---

<sup>107</sup> VTS: Pž-4360/03 od 6. 6. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006, str. 305), VTS: Pž-345/94 od 22. 2. 1994. i Pž-2777/95 od 19. 9. 1995. (izvor: Internet stranica VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>108</sup> VTS: Pž-454/94 od 22. 2. 1994. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>109</sup> Eraković, *op. cit.*, bilj. 2, str. 21.

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> *Zakon o izvršbi in zavarovanju*, Uradni list Republike Slovenije, br. 3/07 – *uradno prečišćeno besedilo*, 93/07, 37/08-ZST-1, 45/08-Zarbit, 28/09, 51/10, 26/11, 17/13-odl. US, 45/14-odl. US, 53/14, 58/14-odl. US, 54/15 in 76/15-odl. US.

sud može odrediti više privremenih mjera ako je to potrebno (čl. 276. ZIZ-a). Privremenom mjerom ne stječe se založno pravo na predmetu osiguranja (čl. 271. ZIZ-a).

Slovenski ZIZ, za razliku od čl. 341. st. 2. OZ-a, ne uređuje sadržaj prijedloga za određivanje privremene mjere. Privremena mjera nije dopuštena ako su ispunjeni uvjeti za određivanje prethodne mjere kojom se može postići ista svrha osiguranja, što odgovara uređenju iz čl. 343. st. 2. OZ-a. Prema čl. 270. i 272. ZIZ-a vrste privremenih mjera jesu: a) privremene mjere za osiguranje novčane tražbine i b) privremene mjere za osiguranje nenovčane tražbine.

Člankom 270. ZIZ-a uređeni su uvjeti za određivanje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine, pa će sud odrediti privremenu mjeru za osiguranje novčane tražbine ako: a) predlagatelj osiguranja (vjerovnik) dokaže vjerojatnost da tražbina postoji ili da će mu tražbina protiv protivnika osiguranja (dužnika) nastati i b) predlagatelj osiguranja (vjerovnik) učini vjerojatnim postojanje opasnosti da će zbog dužnikova otuđenja, skrivanja ili kakva drugog raspolaganja imovinom naplata njegove tražbine biti otežana ili onemogućena.

Predlagatelj osiguranja nije dužan dokazivati postojanje opasnosti ako učini vjerojatnim da bi dužnik predloženom privremenom mjerom pretrpio samo neznatnu štetu. Smatra se da opasnost postoji ako bi se tražbina imala ostvariti u inozemstvu, osim ako se radi o državama članicama Europske unije (čl. 270. st. 4. ZIZ-a).

Radi osiguranja novčanih tražbina može se odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha takva osiguranja (čl. 271. ZIZ-a), primjerice: 1. zabrana dužniku da raspolaže pokretninama ili ih čuva te upis te zabrane u registar iz čl. 81. st. 3. ZIZ-a ako se takav registar vodi, 2. zabrana da dužnik raspolaže ili optereti svoju imovinu ili stvarnim pravima koja su uknjižena na nekretninama u njegovu korist, sa zabilježbom zabrane u zemljišnim knjigama, 3. nalog organizaciji za obavljanje platnog prometa da mora dužniku ili komu drugome po dužnikovu nalogu uskratiti plaćanje novčanoga iznosa s računa dužnika za koji je određena privremena mjera itd.

Radi osiguranja nenovčanih tražbina može se odrediti svaka mjera kojom se postiže svrha takva osiguranja (čl. 273. ZIZ-a), primjerice: 1. zabrana otuđenja i opterećenja pokretnina na koje je usmjerena tražbina, zabrana čuvanja tih stvari i upis zabrane u registar ako se vodi, 2. zabrana otuđenja ili opterećenja nekretnina na koje je usmjerena tražbina te zabilježba te zabrane u zemljišnim knjigama, 3. zabrana dužnikovu dužniku da dužniku preda stvari na koje je usmjerena tražbina itd.

Uvjeti za određivanje privremene mjere za osiguranje nenovčane tražbine, prema odredbi čl. 272. st. 1. ZIZ-a, jesu da vjerovnik učini vjerojatnim postojanje tražbine ili da će mu tražbina prema dužniku nastati i vjerovnik mora učiniti vjerojatnim jednu od sljedećih pretpostavaka: opasnost da će ispunjenje tražbine biti onemogućeno ili otežano, da je privremena mjera potrebna radi sprečavanja uporabe sile ili nastanka teško

nadoknadle štete, da dužnik određivanjem privremene mjere neće trpjeti veću štetu od one koju bi trpio predlagatelj osiguranja u slučaju da privremena mjera ne bi bila određena.

Uočljive su manje razlike u odnosu na čl. 346. st. 1. OZ-a, koji ne traži da vjerovnik mora dokazati da dužnik određivanjem privremene mjere neće trpjeti veću štetu od one koju bi trpio predlagatelj osiguranja u slučaju da privremena mjera ne bi bila određena.

Glede vremena na koje se određuje privremena mjera mjerodavan je čl. 277. ZIZ-a, koji je istovjetan odredbi čl. 351. OZ-a. Tako će u odluci kojom određuje privremenu mjeru sud odlučiti i o njezinu trajanju.

Vidljivo je da su rješenja slovenskog zakonodavstva u pogledu privremenih mjera vrlo slična rješenjima iz hrvatskog zakonodavstva.

#### 4.2. Privremene mjere prema njemačkom zakonu

Privremene mjere u njemačkom pravu uređene su njemačkim ZPP-om (*Zivilprozesordnung*, § 916.-945.,<sup>112</sup> u daljnjem tekstu: ZPO), odnosno uređene su Zakonikom o građanskom postupku. U njemačkom pravu ZPO poznaje dvije vrste privremenih mjera: „*Arrest*“ kao pravni institut radi osiguranja novčanih tražbina i onih tražbina koje se mogu pretvoriti u novčane tražbine (§ 916.-935. ZPO-a) i „*einstweilige Verfügung*“ (§ 934.-945.b ZPO-a) kao privremena mjera, odnosno pravni institut radi osiguranja nenovčanih tražbina. Obje vrste privremenih mjera prema njemačkom ZPO-u mogu se odrediti prije ili u tijeku parnice između stranaka.

Razlikuje se „*Arrest*“ na stvarima (*dinglicher Arrest*) od tzv. osobnog „*Arresta*“ (*persönlicher Arrest*). Najčešći oblik *Arresta* jest onaj na stvarima radi provedbe ovrhe na pokretnoj ili nepokretnoj imovini zbog neke novčane tražbine ili zbog neke tražbine koja može prijeći u novčanu tražbinu (§ 916. ZPO-a). Takva vrsta privremene mjere provodi se pljenidbom pokretnina ili potraživanja (§ 931. ZPO-a) ili upisom hipoteke na nekretninama (§ 932. ZPO-a, *Arresthypothek*). Osobni *Arrest* jest mjera koja također služi osiguranju novčane tražbine kada je potrebno osigurati provedbu ovrhe na imovini dužnika, npr. ako protivnik osiguranja izbjegava dati prokaznu izjavu o svojoj imovini ili postoji bojazan da će otuđiti imovinu. U tim slučajevima moguće je određivanje prisilnog oduzimanja slobode, dakle zatvora, ili na neki drugi način ograničiti slobodu protivniku osiguranja. Procesna pretpostavka za određivanje *Arresta* kao privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine jest, kao i u hrvatskom pravu, opasnost da će bez određivanja odgovarajuće mjere biti onemogućena ili bitno otežana provedba ovrhe (§ 917. st. 1. ZPO-a). Opasnost se pretpostavlja ako se presuda ima izvršiti u inozemstvu, a ne postoji zajamčena uzajamnost. Takvo rješenje njemačkog ZPO-a slično je našem čl.

<sup>112</sup> *Bundesgesetzblatt*, BGBl I, 2005, str. 3202, posljednja izmjena BGBl I, 2016, str. 2591; *Zivilprozesordnung*, Nr. 44/2001, 1206/2001, 2201/2013, 804/2004, 861/2007, 1393/2007, 33/2016.

344. st. 3. OZ-a u dijelu u kojem se pretpostavlja opasnost ako se tražbina ima ostvariti u inozemstvu, ali različito u dijelu dodatnog uvjeta „da ne postoji zajamčena uzajamnost“ koju naš OZ ne traži kao dodatni uvjet pretpostavljene opasnosti. Predlagatelj mora učiniti vjerojatnim tražbinu i opasnost da će bez predložene mjere ovrha biti onemogućena ili znatno otežana (§ 920. st. 2. ZPO-a). Protiv rješenja kojim je određen *Arrest* dopušten je prigovor (§ 924. ZPO-a, „*Widerspruch*“). Podnositelj prigovora može iznijeti razloge za ukidanje mjere. U tom slučaju održava se usmena rasprava, a o pravovaljanosti izdane mjere odlučuje se konačnom presudom (§ 925. ZPO-a). Ako parnica o glavnoj stvari još nije pokrenuta, tj. ako je *Arrest* izdan prije pokretanja parnice, protivnik može zatražiti od suda da predlagatelju zada rok u kojem mora podnijeti tužbu. Ako tužbu ne podnese u zadanom roku, privremena se mjera ukida. U navedenome je i bitna razlika u odnosu na hrvatsko pravo, odnosno Ovršni zakon. Naime prema OZ-u sud uvijek mora odrediti rok u kojem predlagatelj mora podnijeti tužbu radi opravdanja privremene mjere ako je ona izdana prije okretanja parnice, dok prema njemačkom ZPO-u privremena mjera ostaje na snazi trajno, sve dok se ne ukine, bilo povodom prigovora koji podnese protivnik osiguranja bilo povodom presude ako je predlagatelj osiguranja podnio tužbu. Pri tome držimo bitnim naglasiti da ne postoji rok za ulaganje prigovora protivnika osiguranja. Posebnost u odnosu na naše zakonodavstvo jest u tome što sud može prema slobodnoj ocjeni odrediti privremenu mjeru koja je podobna za postizanje svrhe privremene mjere. Tako može zabraniti određene radnje, otuđenje ili opterećenje neke nekretnine, iseljenje stambenog poslovnog prostora ili privremeno urediti neki odnos koji je predmet spora ako je to nužno radi izbjegavanja znatne štete ili sprječavanja prijeteće upotrebe sile. U odnosu na naše zakonodavno rješenje posebnost njemačkog prava očituje se i u § 923. ZPO-a, a sastoji se u tome da sud može odrediti privremenu mjeru *Arrest* i ako predlagatelj nije učinio vjerojatnim postojanje potraživanja i razlog (opasnost), ako predlagatelj takve mjere da osiguranje za štetu koja bi protivniku mogla nastati zbog takve mjere.

Sud može zatražiti da predlagatelj osiguranja preda iznos osiguranja od štete protivniku osiguranja čak i kada predlagatelj učini vjerojatnim svoje potraživanje i opasnost ako Sud to smatra opravdanim. U odluci o određivanju privremenih mjera prema njemačkom pravu sud određuje novčani iznos koji protivnik osiguranja može deponirati i time zaustaviti ovrhu privremene mjere i zatražiti njezino ukidanje (§ 923. ZPO-a).

Ako je *Arrest* određen prije pokretanja parnice, protivnik može zatražiti od suda da predlagatelju zada rok u kojem tužba u glavnoj stvari mora biti pokrenuta (§ 924. st. 2. ZPO-a). Takvu parnicu može pokrenuti kao tužitelj predlagatelj osiguranja, ali i protivnik osiguranja koji je podnio sudu zahtjev da predlagatelju osiguranja zada rok u kojem predlagatelj osiguranja kao tužitelj mora podnijeti tužbu (§ 924. st. 3. ZPO-a). Ako predlagatelj, odnosno tužitelj, ne podnese u tako zadanom roku tužbu, privremena se mjera ukida. Dakle za razliku od hrvatskog prava privremena mjera ostaje na snazi trajno, sve dok se ne ukine, ako je predlagatelj podnio tužbu. Takva privremena mjera u njemačkom se pravu može ukinuti i povodom prigovora koji podnosi protivnik



osiguranja, pri čemu je bitno istaknuti da takav prigovor nema rok za svoje podnošenje, kako smo već i naveli, za razliku od hrvatskog prava (§ 925. ZPO-a).

Na određivanje *Einstweilige Verfügung*, pravnog instituta u obliku privremene mjere radi osiguranja nenovčanih tražbina, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe koje se odnose na određivanje privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine, odnosno *Arresta*, ako u odredbama § 396.-495. ZPO-a nije određeno drugačije. *Einstweilige Verfügung* izdaje se radi osiguranja nenovčanih tražbina kada u pogledu predmeta spora postoji opasnost da bi se promjenom postojećeg stanja moglo omogućiti ili znatno otežati ostvarenje nekog prava stranke (§ 359. ZPO-a). Sud prema slobodnoj ocjeni određuje privremenu mjeru koja je podobna za postizanje svrhe mjere. Tako se mogu zabraniti određene radnje (npr. otuđenje ili opterećenje neke nekretnine, ispražnjenje stambenog prostora) ili privremeno urediti neki odnos, koji je predmet spora, ako je to nužno radi izbjegavanja znatne štete ili sprječavanja prijeteće upotrebe sile.

Prigovor protiv rješenja o privremenoj mjeri, odnosno zahtjev za otvaranje postupka o glavnoj stvari, može se postaviti u bilo koje doba. To znači da protivnik osiguranja prema kojem je izdana privremena mjera nije vezan ni za kakav rok. U tom smislu predlagatelj osiguranja koji je ishodio privremenu mjeru mora u svako doba računati s tim da bi protivnik osiguranja mogao pobijati privremenu mjeru i tražiti njezino ukidanje zbog primjerice neosnovanosti ili promijenjenih okolnosti. Ako predlagatelj osiguranja želi dobiti pravomoćnu odluku, mora podnijeti tužbu ili se potruditi da dobije tzv. „završno pismo“, o kojem će više riječi biti dolje u tekstu. Ako protivnik osiguranja nije zainteresiran za daljnji postupak o glavnoj stvari, takav postupak može izazvati daljnje nepotrebne troškove. U takvim slučajevima u njemačkoj je praksi stvoren institut „*Abschlusschreiben*“.<sup>113</sup> Osnovna svrha „*Abschlusschreiben*“ jest izbjegavanje parnice glavnog postupka. *Abschlusschreiben* znači da predlagatelj osiguranja može pozvati protivnika osiguranja da mu odredi tzv. završno pismo, kojim će privremenu mjeru priznati kao obvezujuću i obvezati se da neće ulagati pravne lijekove iz § 924., 926. i 927. ZPO-a. Protivnik osiguranja može takvu izjavu dati i samoinicijativno. Ako „završno pismo“ protivnik osiguranja daje samoinicijativno, on u njemu izjavljuje da neće ulagati prigovor niti tražiti otvaranje postupka u glavnoj stvari. U slučaju da protivnik osiguranja odredi takvo „završno pismo“, kasnije ulaganje prigovora bilo bi nedopušteno. Ako protivnik osiguranja odredi *Abschlusschreiben*, predlagatelj osiguranja više nema pravnog interesa podnositi tužbu radi opravdanja privremene mjere. U tom slučaju privremena mjera ostaje trajno na snazi.

Privremena mjera *Einstweilige Verfügung*, kao i u hrvatskom pravu, jest mjera nakon koje bi načelno trebao slijediti parnični postupak o glavnoj stvari ako je privremena mjera određena prije pokretanja parnice (§ 395. ZPO-a).

---

<sup>113</sup> <http://mobile.lexexakt.de/glossar/abschlusschreiben.php> s danom 21. 4. 2017.

„*Abschlussserklärung*“ – zaključna izjava – daje se ako protivnik osiguranja nije zainteresiran za daljnji postupak o glavnoj stvari, osobito stoga što takav postupak može izazvati nepotrebne daljnje troškove, pa se takav postupak može izbjeći izdavanjem tzv. zaključne izjave „*Abschlussserklärung*“.<sup>114</sup> Taj pravni institut nije reguliran zakonom, nego je nastao u praksi, i kao takav je u praksi i priznat kao brži i jeftiniji način rješavanja privremenih mjera. *Abschlussserklärung* može izdati protivnik osiguranja samovoljno, a na izdavanje takva očitovanja može ga pozvati i predlagatelj osiguranja. Tim očitovanjem protivnik osiguranja priznaje privremenu mjeru kao obvezujuću i obvezuje se da neće ulagati pravne lijekove, kao i da neće ulagati prigovor niti tražiti otvaranje postupka o glavnoj stvari. U slučaju izdavanja takve zaključne izjave kasnije ulaganje prigovora bilo bi nedopušteno, a predlagatelj osiguranja više ne bi imao pravni interes podnositi tužbu radi opravdanja privremene mjere. U tom slučaju treba voditi računa da privremena mjera ostaje stalno na snazi.

„*Schutzschrift*“ je reguliran § 954.a i b ZPO-a, koji su stupili na snagu izmjenama 1. siječnja 2016., te bi u hrvatskom prijevodu značio „zaštitni podnesak“. Zemaljska uprava za pravosuđe Hessen vodi centralni elektronički registar zaštitnih podnesaka za cijelu SR Njemačku. Centralni registar funkcionira tako da, čim se zaštitni podnesak dostavi registru, to bude vidljivo svim sudovima u SR Njemačkoj. Prije izmjena 1. siječnja 2016. praksa je bila drugačija s obzirom na to da suprotna strana nije znala kojem će sudu podnositelj zahtjeva podnijeti prijedlog za privremenu mjeru, pa je protustranka na više sudova dostavljala zaštitni podnesak. Iz navedenoga je jasno da je *Schutzschrift* oblik preventivne obrane od očekivane privremene mjere. Takav zaštitni podnesak dostavlja se sudu i prije nego što predlagatelj osiguranja podnese prijedlog radi izdavanja privremene mjere, a sve to zbog mogućnosti da sud zbog hitnosti donese privremenu mjeru bez održavanja rasprave, odnosno, bez davanja protivniku osiguranja mogućnosti da se očituje na prijedlog za izdavanje privremene mjere. Tako najčešće postupaju stranke kojima stigne opomena pred tužbu ili opomena zbog propuštanja neke radnje.

Izdavanje zaključne izjave *Abschlussserklärung* ima smisla ako protivnik osiguranja nema interes ponovnog poduzimanja radnje zabranjene privremenom mjerom. Izdavanjem završnog pisma *Abschluss schreiben*<sup>115</sup> nije međutim isključen rizik da predlagatelj osiguranja pored svog zahtjeva za nečinjenje istakne naknadno i zahtjev za davanjem određenih informacija ili naknade štete. Pasivno držanje protivnika osiguranja, odnosno neulaganje prigovora protiv rješenja o privremenoj mjeri ili zahtjeva da se predlagatelju naloži pokretanje parnice radi opravdanja privremene mjere, ne znači i priznavanje pravne osnovanosti zahtjeva za „nečinjenje“ koji je usvojen privremenom mjerom.

<sup>114</sup> <https://www.omsels.info/v-das-verfahren-oder-wie-laeufts-ab/g-abschluss schreiben-und-abschlussserklaerung/1-abschluss schreiben/awartefrist-s-danom-29-3-2017>.

<sup>115</sup> [www.lhr-law.de/magazin/bgh-abschluss schreiben-nach-2-wochen-loest-regelmaessig-eine-13-geschaef tsgebuehr-aus-s-danom-21-4-2017](http://www.lhr-law.de/magazin/bgh-abschluss schreiben-nach-2-wochen-loest-regelmaessig-eine-13-geschaef tsgebuehr-aus-s-danom-21-4-2017).

## 5. REZULTATI ANALIZE PODATAKA VTS-A, SUDSKIH ODLUKA I ON-LINE ANKETE

### 5.1. Rezultati analize podataka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske

Na pisanu zamolbu VTS je dostavio podatke kojima raspolaže u pogledu privremenih mjera.<sup>116</sup> VTS ne vodi evidenciju o usvojenim i odbijenim prijedlozima, nego samo o priljevu predmeta u kojima je predloženo određivanje privremene mjere. Što se tiče podataka o broju usvojenih i odbijenih prijedloga za određivanjem privremene mjere po sudovima i na VTS-u upućene smo od VTS-a da se obratimo Ministarstvu pravosuđa. Od Ministarstva pravosuđa na pisani zahtjev nismo dobile tražene podatke. Podatke koje smo zaprimile od VTS-a prikazujemo u nastavku teksta.

*Tablica 1. Priljev prijedloga za određivanje privremenih mjera po trgovačkim sudovima od 2000. do 2015.*

sud	2000.	2001.	2002.	2003.	2004.	2005.	2006.	2007.
BJELOVAR	5	8	9	9	17	11	15	14
OSIJEK	5	8	14	14	26	17	21	23
OSIJEK SS SLAVONSKI BROD	2	5	4	4	9	12	14	8
RIJEKA	34	37	38	32	42	40	47	24
PAZIN							13	16
SPLIT	15	25	38	37	70	55	74	50
SPLIT SS DUBROVNIK		5	5	3	8	7	8	6
VARAŽDIN	2	7	8	9	9	14	5	22
ZADAR			1	6	3	4	7	6
ZADAR SS ŠIBENIK			1	3	5	2	4	6
ZAGREB	97	63	58	98	110	54	91	86
ZAGREB SS KARLOVAC	5	6	5	2	11	5	2	2
ZAGREB SS SISAK				1	5	3	5	8
Ukupni zbroj	165	164	181	218	315	224	306	271

<sup>116</sup> Baze podataka VTS-a i TS OS-a nisu javno objavljene, nego su podaci dobiveni na pisani zahtjev. Pri tome su od VTS-a zatraženi podaci o priljevu predmeta u kojima se traži određivanje privremene mjere o kojima je odlučivao VTS (izuzev predmeta koji obuhvaćaju intelektualno vlasništvo) u razdoblju od 2000. do 2015. te podaci o priljevu tih predmeta kod trgovačkih sudova (Zagreb, Rijeka, Pazin, Zadar, Split, Osijek, Varaždin, Bjelovar), kao i podaci o broju usvojenih i odbijenih odluka po prijedlogu za određivanjem privremene mjere kod Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske i kod pojedinih trgovačkih sudova (Zagreb, Rijeka, Pazin, Zadar, Split, Osijek, Varaždin, Bjelovar) za razdoblje od 2000. do 2015.

sud	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013.	2014.	2015.	ukupno
BJELOVAR	8	7	11	7	3	5	6	1	136
OSIJEK	14	19	18	56	40	10	10	8	303
OSIJEK SS SLAVONSKI BROS	12	8	13	9	4	3	4	3	114
RIJEKA	23	27	26	50	22	20	16	12	490
PAZIN	9	25	20	20	8	9	9	4	133
SPLIT	52	53	60	46	41	36	31	24	707
SPLIT SS DUBROVNIK	7	6	7	8	9	3	3		85
VARAŽDIN	12	9	11	16	22	11	8	10	175
ZADAR	4	8	11	9	7	9	5	3	83
ZADAR SS ŠIBENIK	8	1	4	6		4	5	9	58
ZAGREB	87	78	116	87	105	108	97	67	1402
ZAGREB SS KARLOVAC	3	4	5	12	4	16	7	5	94
ZAGREB SS SISAK	7	4	5	7	10	6			61
Ukupni zbroj	246	249	307	333	275	240	201	146	3841

## 5.2. Rezultati analize sudskih odluka

Predmet je analize 76 sudskih odluka VTS-a objavljenih na portalu Ius info dana 21. 8. 2015.<sup>117</sup> i u Zborniku odluka VTS-a.<sup>118</sup> Nadalje, obrađene su i odluke koje se nalaze na

<sup>117</sup> VTS: Pž-6477/08 od 16. 10. 2008., Pž-8062/08 od 29. 1. 2009., Pž-6885/08 od 23. 12. 2008., Pž-7129/05 od 7. 1. 2009., Pž-8332/08 od 15. 1. 2009., Pž-7076/08 od 5. 2. 2009., Pž-7727/08 od 16. 1. 2009., Pž-23/09 od 26. 1. 2009., Pž-5907/08 od 21. 10. 2008., Pž-6769/08 od 29. 10. 2008., Pž-6708/08 od 17. 11. 2008., Pž-1630/08 od 19. 11. 2008., Pž-1748/08 od 20. 11. 2008., Pž-6697/07 od 23. 12. 2008., Pž-7777/08 od 2. 1. 2009., Pž-1840709 od 9. 4. 2009., Pž-7401/08 od 19. 1. 2009., Pž-7868/08 od 27. 1. 2009., Pž-1156/09 od 10. 3. 2009., Pž-542/09 od 11. 2. 2009., Pž-5391/05 od 15. 9. 2005., Pž-8231/08 od 6. 3. 2009., Pž-2016/07 od 23. 4. 2007. Pž-5297/08 od 13. 8. 2008., Pž-4371/08 od 26. 6. 2008., Pž-6000/08 od 23. 9. 2008., Pž-6055/08 od 23. 9. 2008., Pž-5039/05 od 7. 10. 2008., Pž-1185/07 od 3. 10. 2008., Pž-5844/08 od 15. 09. 2008., Pž-5832/08 od 15. 9. 2008., Pž-4129/08 od 30. 6. 2008., Pž-3675/08 od 20. 6. 2008., Pž-7854/08 od 1. 7. 2008., Pž-4407/08 od 4. 7. 2008., Pž-4298/08 od 10. 7. 2008., Pž-4541/08 od 4. 7. 2008., Pž-1377/08 od 14. 7. 2008., Pž-1/08 od 19. 8. 2008., Pž-4898/05 od 27. 8. 2008., Pž-4753/08 od 9. 9. 2008., Pž-4904/08 od 4. 9. 2008., Pž-5472/08 od 1. 9. 2008.

<sup>118</sup> VTS: Pž-6390/05 od 31. 10. 2005., Pž-6337/05 od 3. 11. 2005., Pž-311/06 od 17. 2. 2006., Pž-5776/05 od 19. 12. 2005., Pž-5391/05 od 15. 9. 2005. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 11, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006).

VTS: Pž-4630/03 od 6. 6. 2006., Pž-2534/06 od 21. 9. 2006., Pž-2273/06 od 12. 5. 2006., Pž-3198/06 od 21. 6. 2006. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 12, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2006).

VTS: Pž-767/07 od 13. 4. 2007. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 14, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2008).

VTS: Pž-4375/09 od 16. 7. 2009., Pž-2453/09 od 23. 4. 2009. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 15, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2009).

VTS: Pž-2337/09 od 28. 4. 2009., Pž-951/10 od 2. 3. 2010. (izvor: Visoki trgovački sud Republike Hrvatske: Izbor odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: 16, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Tiskara Znanje, 2010).

internetskim stranicama VTS-a<sup>119</sup> te neobjavljene odluke iz prakse odvjetničkih ureda autorica.<sup>120</sup> Smatramo da je stav sudaca VTS-a po pitanju određivanja privremenih mjere izražen kroz istraženu sudsku praksu, pa nema potrebe ispitivati stav pojedinih sudaca. Rezultati analize koji su ključni za zaključno razmatranje u pogledu hipoteza rada radi jasnoće i preglednosti bit će prikazani u grafikonima, dok ćemo ostale rezultate analize prikazati opisno.

Na uzorku od 76 sudskih odluka 70 % prijedloga za određivanjem privremene mjere podneseno je radi osiguranja novčane tražbine, a 29 % prijedloga za određivanjem privremene mjere podneseno je radi osiguranja nenovčane tražbine. U samo jednoj sudskoj odluci nije poznato traži li se privremena mjera radi osiguranja novčane ili nenovčane tražbine (1 %).

Kada se radi o privremenim mjerama radi osiguranja novčane tražbine, na uzorku od 45 sudskih odluka u 42 % slučajeva predložena je privremena mjera zabrane raspolaganja nekretninom, u 7 % slučajeva predložena je privremena mjera zabrane otuđenja pokretnine (npr. strojevi ili pšenica), u 9 % slučajeva predložena je privremena mjera zabrane raspolaganja, otuđenja ili opterećenja dionica ili poslovnih udjela, u 18 % slučajeva predložena je privremena mjera zabrane isplate i raspolaganja sredstvima po bankovnom računu, a u 24 % slučajeva predložene su ostale vrste privremenih mjera (npr. oduzimanje isprava, predaja ili oduzimanje broda, zabrana postupanja po rješenju o ovrsi, zabrana naplate bankarske garancije na poziv itd.).

Kada se radi o privremenim mjerama radi osiguranja nenovčane tražbine, na uzorku od 16 odluka u 56 % slučajeva predloženom privremenom mjerom predlagala se zabrana naplate po zadužnici, u 6 % slučajeva tražila se zabrana otuđenja pokretnine, u 19 % slučajeva predlagala se zabrana raspolaganja, otuđenja ili opterećenja dionica/poslovnih udjela, a u 19 % slučajeva predložene su ostale vrste privremenih mjera (npr. opoziv člana uprave).

Na uzorku od 76 sudskih odluka u samo je jednom slučaju predlagatelj privremene mjere uspio učiniti vjerojatnim da bi predloženom privremenom mjerom protivnik osiguranja trpio samo neznatnu štetu (čl. 344. st. 2. i čl. 346. st. 2. OZ-a). U tom slučaju utvrđeno je kako postoji obveza protivnika osiguranja da preda brodicu predlagatelju osiguranja, pa njezino otuđenje protivniku osiguranja ne predstavlja štetu.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> VTS: Pž-2712/96 od 19. 11. 1996., Pž-199/94 od 1. 2. 1994., Pž-6281/02 od 4. 2. 2003., Pž-5422/02 od 15. 10. 2002., Pž-3905/98 od 13. 1. 1999., Pž-3182/02 od 24. 9. 2002. Pž-1158/94 od 19. 4. 1994., Pž-1437/94 od 28. 2. 1995., Pž-1888/95 od 6. 6. 1995., Pž-9111/03 od 8. 1. 2004., Pž-2777/95 od 19. 9. 1995., Pž-454/94 od 22. 2. 1994., Pž-128/02 od 9. 4. 2002., Pž-6415/03 od 23. 9. 2003. i Pž-345/94 od 22. 2. 1994. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

<sup>120</sup> VTS: Pž-2691/15 od 12. 2. 2015., Pž-7355/13 od 23. 7. 2013. i Pž-9504/13 od 28. 10. 2013. (neobjavljene odluke).

<sup>121</sup> VTS, Pž-3905/98 od 13. 1. 1999. (izvor: internetske stranice VTS-a [www.vts.hr](http://www.vts.hr) s danom 25. 8. 2015.).

Tablica 2.

Odluke povodom prijedloga za određivanje privremene mjere – prvi stupanj (uzorak: 76 odluka)		
usvojeni prijedlozi	32	42 %
odbijeni prijedlozi	41	54 %
odbačaj	1	1 %
obustava	2	3 %
ukupno	76	100 %

Tablica 2. prikazuje omjer usvojenih i odbijenih prijedloga za određivanje privremenih mjera pred prvostupanjskim sudom. Vidljiv je nešto veći broj odbijenih nego usvojenih prijedloga za određivanjem privremene mjere.

Tablica 3.

Odluke povodom prijedloga za određivanje privremene mjere – VTS (uzorak: 76 odluka)					
potvrđene prvostupajnske odluke	47	62 %	odbijene u I	39	51 %
			usvojene u I	8	11 %
ukinute prvostupajnske odluke	22	29 %	usvojene u I	20	26 %
			odbijene u I	2	3 %
preinačene prvostupajnske odluke	4	5 %			5 %
potvrđene obustave postupka osiguranja	2	3 %			3 %
potvrđen odbačaj prijedloga za osiguranje	1	1 %			1 %
ukupno	76	100 %		76	100 %

U tablici 3. prikazane su potvrđene odluke prvostupajnskih sudova, zatim ukinute odluke prvostupajnskih sudova, preinačene odluke prvostupajnskih sudova te dva slučaja odbačaja i obustave postupka, gdje se dakle nije ulazilo u razloge za usvajanje ili odbijanje prijedloga za određivanje privremene mjere. Dvije odluke prvostupajnskog suda o odbačaju, odnosno obustavi potvrđene su od strane VTS-a. Glede navedenih preinačenih odluka treba naglasiti da su sve preinačene odluke preinačene na odbijanje prijedloga za određivanje privremene mjere, a nakon što je u prvom stupnju određena privremena mjera. Navodimo i kako su dvije odluke kojima je prvostupajnski sud obustavio postupak osiguranja potvrđene od VTS-a, kao i jedna prvostupajnska odluka kojom je prijedlog za određivanje privremene mjere odbačen.

Tablica 4.

Analiza odluka VTS-a po u prvom stupnju usvojenim prijedlozima za određivanje privremene mjere (uzorak: 32 odluke)		
potvrđene	8	25 %
ukinute	20	62,5 %
preinačene na odbijanje	4	12,5 %
ukupno	32	100 %

Na uzorku od 32 odluke kojima je u prvom stupnju usvojen prijedlog za određivanje privremene mjere VTS je po žalbi ukinuo 62,5 % takvih odluka prvostupanjskih sudova, preinačio 12,5 %, dok je potvrdio 25 % takvih prvostupanjskih odluka. Brojčano se radi o svega osam odluka u kojima je VTS potvrdio prvostupanjsku odluku kojom je usvojen prijedlog za određivanje privremene mjere, dok je u 24 slučaja takva prvostupanjska odluka ukinuta ili preinačena.

Tablica 5.

Analiza odluka VTS-a po u prvom stupnju odbijenim prijedlozima za određivanje privremene mjere (uzorak: 41 odluka)		
ukinuto	2	5 %
potvrđeno	39	95 %
ukupno	41	100 %

Na uzorku od 41 odluke kojima je u prvom stupnju odbijen prijedlog za određivanje privremene mjere VTS je po žalbi potvrdio 95 % takvih odluka prvostupanjskih sudova, dok je ukinuo svega 5 % takvih prvostupanjskih odluka. Brojčano su u drugom stupnju ukinute svega dvije odluke kojima je u prvom stupnju odbijen prijedlog za određivanje privremene mjere.

Tablica 6.

Razlozi odbijanja prijedloga za određivanjem privremene mjere (uzorak: 76 odluka)		
razlozi odbijanja		
neispunjenje kumulativnih pretpostavaka	52	68 %
ostalo	24	32 %
ukupno	76	100 %

U 68 % slučajeva razlozi odbijanja prijedloga za određivanjem privremene mjere jesu neispunjenje kumulativnih uvjeta iz čl. 344. i 346. OZ-a, dok se u ostalih 32 % slučajeva radi o odbijanju ili odbačaju prijedloga za određivanje privremene mjere, npr. jer je prijedlog nedopušten (ispunjeni uvjeti za prethodnu mjeru, nema označene tražbine itd.),

sama je predložena privremena mjera nedopuštena (npr. izmjena upisa u sudskom registru, upis nad brodom čiji vlasnik nije protivnik osiguranja) itd.

Tablica 7.

Slučaj kada nisu ispunjene kumulativne pretpostavke za određivanje privremene mjere (uzorak: 52 odluke)		
Razlozi		
opasnost	20	38 %
tražbina	6	12 %
oboje	26	50 %
ukupno	52	100 %

U slučajevima kada je prijedlog za određivanje privremene mjere odbijen jer nisu ispunjene kumulativne pretpostavke iz čl. OZ-a, u 38 % slučajeva predlagatelj nije uspio učiniti vjerojatnom opasnost iz čl. OZ-a, u 12 % slučajeva nije dokazana tražbina, a u velikih 50 % predlagatelji nisu uspješno učinili vjerojatnom nijednu od kumulativnih pretpostavaka za određivanje privremene mjere, dakle ni opasnost ni tražbinu.

### 5.3. Rezultati analize stajališta ispitanih odvjetnika

Prikupljanje podataka opisanog u metodologiji istraživanja rezultiralo je sudjelovanjem 25 od ukupno 48 odvjetnika zamoljenih da sudjeluju u *on-line* anketi.<sup>122</sup> Za sudjelovanje u *on-line* anketi zamolili smo kolege odvjetnike za koje imamo osobna saznanja da imaju iskustva s privremenim mjerama te kolege odvjetnike na koje su nas uputili drugi kolege po istom kriteriju. Odgovore ćemo prikazati tablično radi preglednosti uz opisna pojašnjenja.

<sup>122</sup> *On-line* anketa prosljeđena je odvjetnicima, koji su odgovarali na nekoliko općih pitanja, a potom su im ponuđena u pravilu pitanja otvorenog tipa, uz nekoliko pitanja s ponuđenim odgovorima. Prilikom obrade podataka autorice će radi preglednosti koristiti tablice i grafičke prikaze, dok će neke podatke, zbog njihove naravi i sadržaja, prezentirati opisno. Od 25 anketiranih odvjetnika 60 % su žene, dobna skupina od 25 do 35 godina čini 44 % anketiranih, skupina od 36 do 45 godina čini 40 % anketiranih, skupina od 46 do 55 godina 4 % anketiranih, dok je najstarija skupina od 56 godina života i više činila 12 % anketiranih. Odvjetnici koji su sudjelovali u anketi odvjetničku djelatnost obavljaju u sljedećim gradovima: Osijek, Koprivnica, Velika Gorica, Split, Zagreb, Dubrovnik, Vinkovci, Zadar, Pazin, Varaždin. Od toga 40 % odvjetnika radi kao samostalni odvjetnici, u sklopu odvjetničkog društva radi 36 % ispitanika, dok njih 24 % radi u zajedničkim odvjetničkim uredima.



Tablica 8.

Pitanje br. 1: Koliko često podnosite prijedlog za određivanjem privremene mjere?	
često	12 % ( tri odgovora)
ponekad	72 % (osamnaest odgovora)
rijetko	16 % ( četiri odgovora)

Na prvo anketno pitanje (Koliko često podnosite prijedlog za određivanjem privremene mjere?) visokih 72 % odgovorilo je ponekad. Nijedan ispitanik nije odgovorio da podnese više od 15 prijedloga godišnje, a nijedan nije odgovorio da podnese manje od dva prijedloga godišnje.

Međutim, bitno je istaknuti sljedeće napomene odvjetnika pri odabiru odgovora „rijetko podnosim prijedloge“: svaki bude odbačen, pa čemu prouzroči daljnje troškove; zato što ih suci ne donose; ako se ne zahtijeva na nekretninama, u pravilu se odbija; jer su kriteriji za uspjeh postavljeni nerealno visoko, čime se ne ostvaruje svrha propisa.

Tablica 9.

Pitanje br. 2: Kakvu vrstu privremene mjere najčešće tražite?		
radi osiguranja novčane tražbine	15	60 %
radi osiguranja nenovčane tražbine	1	10 %
podjednako radi osiguranja novčane i nenovčane tražbine	9	30 %
Ukupno	25	100 %

Na drugo anketno pitanje (Kakvu vrstu privremene mjere najčešće tražite?) većina anketiranih odvjetnika odgovorila je kako najčešće traži privremene mjere radi osiguranja novčane tražbine (60 %), dok je broj prijedloga za određivanje privremene mjere radi osiguranja novčanih tražbina manji i iznosi oko pet takvih prijedloga na 25 ukupno podnesenih prijedloga.

Tablica 10.

Pitanje br. 3: Kako se u pravilu odlučuje o prijedlozima za određivanje privremene mjere ?		
u pravilu se usvajaju	7	30 %
u pravilu se odbijaju	16	70 %
ukupno	23	100 %

Na treće anketno pitanje (Usvajaju li se, prema vašem iskustvu, prijedlozi za određivanje privremene mjere?) većina ispitanih odvjetnika (70 %) odgovara da se takvi prijedlozi u

pravilu odbijaju. Anketirani odvjetnici prijedloge za određivanje privremene mjere podnosili su svim trgovačkim sudovima, ali se ističu Trgovački sud u Zagrebu, Trgovački sud u Osijeku, Trgovački sud u Splitu i Trgovački sud u Varaždinu.

Tablica br. 11.

Pitanje br. 4: Možete li iz odredaba čl. 340.-355. OZ-a jasno i nedvosmisleno zaključiti što bi vaš prijedlog za određivanje privremene mjere trebao sadržavati, koje činjenice i dokaze trebate navesti, a da kao posljedicu urednog prijedloga imate izdavanje privremene mjere?		
da	16	64 %
ne	9	36 %
ukupno	25	100 %

Opisni komentar na pitanje br. 4. dalo je osam ispitanika. Na navedeni upit jedna je odvjetnica napisala: „Što god napisala, sud nekako uvijek zaključi da ne postoji opasnost od otuđenja imovine“, dok drugi ispitanik navodi: „Apstraktna opasnost, koju je gotovo nemoguće dokazati, i koja je kao takva prepuštena dispozitivnoj ocjeni suca“. Jedan odvjetnik ističe: „Kako dokazati opasnost da će bez privremene mjere ili prethodne mjere protivnik osiguranja znatno otežati ili onemogućiti naplatu? To zakon ne definira, u današnje vrijeme kada se svaka tražbina teže naplati.“

Tablica 12.

Pitanje br. 5: Koji je, prema vašem iskustvu, najčešći razlog odbijanja (odbačaja) prijedloga za određivanje privremene mjere?		
nepotpun prijedlog za određivanje privremene mjere	0	0 %
neispunjenje kumulativnih uvjeta	25	100 %
ukupno	25	100 %

Svi ispitanici (100 %) odgovorili su na peto anketno pitanje da je razlog odbijanja prijedloga za određivanje privremene mjere neispunjenje kumulativnih uvjeta, pa tablica 12a. prikazuje zastupljenost pojedinih razloga odbijanja prijedloga za određivanje privremene mjere. Tablica

Tablica 12 a.

Koji su najčešći razlozi odbijanja/odbačaja prijedloga za određivanje privremene mjere?		
nedokazana vjerojatnost tražbine	0	0 %
nedokazana opasnost	17	68 %
navedeni razlozi podjednako	8	32 %
ukupno	25	100 %

Grafički prikaz pokazuje da je 68 % ispitanika navelo kao razlog odbijanja prijedloga za određivanje privremene mjere nedokazanu opasnost, 32 % kao razlog odbijanja prijedloga za određivanje privremene mjere navodi i nedokazanu vjerojatnost postojanja tražbine i nedokazanu opasnost. Nijedan ispitanik nije naveo nedokazanu vjerojatnost postojanja tražbine.

Tablica 13.

Pitanje br. 6: Koristite li sudsku praksu pri sastavljanju prijedloga za određivanjem privremene mjere?		
da	15	60 %
ne	10	40 %
ukupno	25	100 %

Sedmo su pitanje popunjavali anketirani odvjetnici koji su na šesto pitanje odgovorili potvrdno na način da navedu mogu li iz sudske prakse nedvojbeno utvrditi što je sve potrebno da bi prijedlog bio usvojen. Na pitanje je odgovorilo devet odvjetnika. Iz četiri odgovora proizlazi da ne mogu nedvojbeno utvrditi što (odgovori se kreću u rasponu od „da, mogu utvrditi“, do „ne mogu nedvojbeno utvrditi što je sve potrebno da bi prijedlog bio usvojen“), iz tri odgovora proizlazi da je to moguće utvrditi, dok su dva odgovora neodređena. Jedan komentar glasi: „Teško, budući da sudovi, prvenstveno VTS, lutaju kod interpretacije 'opasnosti', da bi u zadnje vrijeme doveli do apsurdna smatrajući da opasnost ne postoji sve dok postoji bilo kakva imovina protivnika osiguranja, bez obzira što je izvjesno da ju on otuđuje i da do okončanja parnice neće biti više ničega.“

Tablica 14.

Pitanje br. 8: Pridonosi li postojeća sudska praksa ostvarenju svrhe privremenih mjera?		
da	17	68 %
ne	8	32 %
ukupno	25	100 %

Na osmo anketno pitanje (Smatrate li da postojeća sudska praksa pridonosi ostvarenju svrhe privremenih mjera?) 68 % ispitanika odgovorilo je potvrdno, dok je 32 % ispitanika odgovorilo niječno. Odvjetnici su iznijeli 14 komentara na postavljeno pitanje, među ostalim i sljedeći: „Suci imaju svoje ideje, iznose stajalište sudova prema kojem se štite dužnici“. Ipak, ono što se posebno ističe jest najčešći komentar, koji se pojavljuje u 8 od 14 anketa (57 %), a to je da je sudska praksa neujednačena. Vidljivo je dakle da postoje odstupanja u odgovoru prikazanom u Tablici 16. i opisnim odgovorima ispitanika.

Tablica 15.

Pitanje br. 9: Ostvaruje li se postojećim zakonskim rješenjem svrha privremenih mjera?		
da	11	44 %
ne	14	56 %
ukupno	25	100 %

Na deveto anketno pitanje (Smatrate li da je postojećim zakonskim utvrđenjem ostvarena svrha privremenih mjera?) 56 % ispitanih smatra da je ostvarena svrha, dok 44 % ispitanih smatra da nije.

Što se tiče stajališta odvjetnika, iznesena opisna objašnjenja devetog pitanja nešto odstupaju od odgovora na konkretno deveto pitanje. Stajališta odvjetnika, iako su različito navedena, u suštini upućuju na rezultat koji je oprečan rezultatu prikazanom u grafikonu 11. Opisna stajališta iznijelo je 12 ispitanika. Tako odvjetnici navode kako se postojećim zakonskim rješenjem ne ostvaruje svrha privremenih mjera iz više razloga: svrha se ne ostvaruje u potpunosti iako je čl. 501.a Zakona o parničnom postupku u znatnoj mjeri olakšao postupanje u naplati novčanih tražbina u postupcima koji se vode povodom prigovora protiv platnog naloga s obzirom na to da postupak po žalbi pred VTS-om u Zagrebu traje i do pet godina; zatim se navodi kako bi možda imala smisla da se donosi, ali iskustva pokazuju da suci kao da se boje donijeti je; navodi se da se pruža zaštita dužnika umjesto vjerovnika; zatim da je teško dokazati postojanje pretpostavaka iz čl. 344. OZ-a, odnosno opasnost iz st. 1. i vjerojatnost da bi određivanjem privremene mjere protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu; može se tumačiti proizvoljno – nedorečenost; nije problem u zakonskom uređenju privremenih mjera, nego u njihovu sudskom tumačenju, odnosno u otežanom dokazivanju opasnosti sprečavanja ili otežavanja naplate.

Neki odvjetnici naglašavaju problem pitanjem: Što znači učiniti vjerojatnim i kako ispuniti kumulativne pretpostavke? Npr. navodi se: „najveći je problem ispuniti sve pretpostavke kumulativno – kako dokazati sudu da će protivnik osiguranja otuđiti nekretninu prije dovršetka postupka kojim se utvrđuje moja tražbina, tražbina iznosi više od 1.000.000,00 kn, a on ima samo jednu jedinu nekretninu? Uredno mi sudovi istu odbijaju ... Dokaz da je ranije nekretnine već otuđio uopće ne uzimaju u obzir.“ I „Na tužitelja predlagatelja je stavljen zadatak da dokaže nešto što se teško ili skoro nikako po prirodi stvari može dokazati...“.

Naveli bismo i jedno detaljno opisano stajalište koje navodi da nije ostvarena svrha privremene mjere, kao ni drugog oblika mjera osiguranja, u prvom redu prethodne mjere, jer sud selektivno pristupa njihovom određivanju, zanemarujući u prvom redu *ratio* odredaba koje ih definiraju. Najveći je problem zahtjev za kumulacijom pretpostavaka za određivanje i apstraktna opasnost, koju je u najvećem broju slučajeva nemoguće dokazati. Sudovi često zanemaruju činjenicu da su mjere osiguranja bezopasne i ne

opterećuju predlagatelja do te mjere da sužavaju spektar njegova prava vlasništva. OZ, čiji su dio i mjere osiguranja, trebao bi biti tumačen „*in favorem* ovrhovoditelja“, a ne ovršenika, naravno sve u granicama dok to ne ugrožava elementarno dostojanstvo protivnika osiguranja ili ovršenika. U posljednje se vrijeme OZ tumači sve više u korist ovršenika.

## 6. ZAKLJUČAK

Nakon teorijskog prikaza privremenih mjera i prikazanih rezultata istraživanja autorice će prezentirati zaključna razmatranja u pogledu ovim radom postavljenih pitanja i provedenog istraživanja.

Zaključak u pogledu pitanja je li postojeće zakonsko uređenje privremenih mjera iz OZ-a adekvatno za ostvarenje svrhe privremenih mjera u trgovačkim sporovima autorice su izvele prije svega istraživanjem mišljenja praktičara i analizom dostupne sudske prakse. Na prvi pogled iz istraživanja mišljenja praktičara kroz anketni upitnik reklo bi se da sa zakonskom regulativom ništa nije sporno te su se anketirani odvjetnici (56 %) većinom izjašnjavali kako se zakonskim rješenjem ostvaruje svrha privremenih mjera. No istraživanje sudske prakse i opisni odgovori anketiranih odvjetnika takav rezultat ipak demantiraju. Analiza sudske prakse pokazuje da je kod trgovačkih sudova gotovo nemoguće dokazati kumulativne pretpostavke koje zakon traži kako bi se ispunili uvjeti za određivanje privremene mjere. Prijedlozi stranaka za određivanjem privremene mjere iz tih su razloga neuspješni u 68 % slučajeva. U svojim opisnim odgovorima rezultate analize sudske prakse potvrđuju i anketirani odvjetnici, koji većinom ističu teškoće s ispunjenjem traženih pretpostavaka i neujednačenosti sudske prakse. Autorice iz toga izvode dva zaključka. Prvo, da je zakonsko rješenje u ovakvu obliku omogućilo sudovima da postavljaju kriterije koji se moraju zadovoljiti da bi se ishodilo rješenje o određivanju privremene mjere. No stranke saznanja o kriterijima koje moraju zadovoljiti za određivanje privremene mjere stječu tek kada im je prijedlog već odbijen ili analizom ranije sudske prakse, koja im nije od pomoći kod postavljanja prijedloga za određivanje privremene mjere, jer iz nje nije vidljivo koji su kriteriji potrebni za ishođenje pozitivnog rješenja po prijedlogu za određivanje privremene mjere. To se vidi iz analize sudske prakse, gdje u konačnici imamo rezultat od svega osam ishoda rješenja o određivanju privremene mjere na uzorku od 73 sudske odluke, što je malih 11 %. Stoga dolazimo i do drugog zaključka, a to je da postojeća apstraktna zakonska regulativa u iz čl. 344. i 346. OZ-a, u kombinaciji sa sudskom praksom, stvara praktičarima očigledne teškoće. Sam sadržaj postojeće zakonske odredbe u načelu ne bi bio problematičan da sudska praksa određivanje privremene mjere nije dovela na glas nemoguće misije, što pokazuje analiza stavova ispitanih odvjetnika. To potvrđuju i rješenja poredbenih zakona, slovenskog i njemačkog, koji se, unatoč nekim različitostima, baziraju na istoj ideji kao i naše pravo.

Što se tiče drugog pitanja – potiče li sudska praksa ostvarenje svrhe privremenih mjera u trgovačkim sporovima – zaključili smo da je odgovor negativan. Posebno se ističe podatak

da je na uzorku od 76 sudskih odluka u samo jednom slučaju predlagatelj privremene mjere uspio učiniti vjerojatnim da bi predloženom privremenom mjerom protivnik osiguranja trpio samo neznatnu štetu (čl. 344. st. 2. i čl. 346. st. 2. OZ-a). Sudovi su ocijenili u velikih 50 % slučajeva da predlagatelji nisu uspješno učinili vjerojatnom nijednu od kumulativnih pretpostavaka za određivanje privremene mjere. Podaci govore da je u svega osam odluka VTS potvrdio prvostupanjsku odluku kojom je prvostupanjski sud usvojio prijedlog za određivanje privremene mjere. Postojeća sudska praksa, po našem mišljenju, koja se sastoji mahom od odluka kojima se odbijaju prijedlozi za donošenje privremene mjere, ne može poslužiti predlagatelju da bi mu pomogla pri sastavljanju prijedloga da zna koje uvjete i kako mora ispuniti da bi u konačnici ishodio rješenje o određivanju privremene mjere. Ona može biti samo predložak za negativno označavanje u kojim konkretnim situacijama prijedlog neće biti donesen. Dakle očito je da podnositelji nemaju elemente iz kojih se može nedvojbeno utvrditi što je to potrebno navesti u prijedlogu za određivanje privremene mjere da bi bio usvojen.

Posljedično, kako je vidljivo iz podataka VTS-a, predlagatelji iz godine u godinu podnose sve manje prijedloga za donošenje privremene mjere, jer opravdano uočavaju iz sudske prakse da će rješenje o određivanju privremene mjere ishoditi samo iznimno. Uz to se kao dodatni problem istaknula i neujednačenost sudske prakse, posebno na relaciji trgovački sudovi i Visoki trgovački sud.

Prema našem mišljenju, bitno je istaknuti da je svakoj stranci u postupku pred trgovačkim sudom, koji, uz žalbu, može trajati i do pet godina, iznimno važan konzervacijski element koji pruža privremena mjera, a koji je trenutačno potpuno zanemaren. U sudskoj praksi koja je korištena pri izradi ovoga rada, točnije u 76 odluka, nijedna ne govori o tome da privremena mjera pruža konzervacijski učinak.

Zaključno, autorice smatraju da su privremene mjere vrlo važne te da ne smiju ostati mrtvo slovo na papiru. Stoga smatramo da bi trebalo razmotriti dva rješenja problema privremenih mjera prikazanih u ovom radu. Prvo je pokušaj promjene sudske prakse na način da kriteriji trgovačkih sudova postanu malo fleksibilniji u pogledu zahtjeva koje predlagatelji moraju ispuniti da bi ishodili privremenu mjeru. Prema mišljenju autorica, neki se problemi jednostavno ne mogu se riješiti izmjenom zakonske regulative, kao npr. pogrešno poimanje subjektivne opasnosti iz čl. 344. st. 1. i čl. 346. st. 1. OZ-a od strane sudova, pa smatramo da bi kroz stručna predavanja i edukacije, kako za suce tako i za odvjetnike, te konstruktivne rasprave ovaj problem mogao biti riješen. Smatramo da bi upravo prethodno naveden pristup problemu bio bolji prvi korak od izmjena zakonske regulative.

I kao drugo, autorice na razmatranje iznose prijedlog izmjene postojeće zakonske regulative na način da se detaljnije urede zahtjevi za određivanje privremenih mjera u trgovačkim sporovima. Potrebu za izmjenom zakonske regulative autorice uzimaju s rezervom i nisu sklone takvu rješenju problema te iznose ovaj prijedlog rješenja samo radi cjelovite slike stvari. Naše je iskustvo pokazalo da ovaj problem nije tako naglašen

kod odlučivanja o prijedlozima za određivanje privremene mjere kod općinskih sudova. Prijedlog zakonske izmjene zbog vrlo rijetkih praktičnih primjera uspješnog ispunjenja uvjeta za određivanje privremene mjere išao bi u smjeru da se iza čl. 344. doda i stavak 4., koji bi ugrubo glasio: „U trgovačkim sporovima, osim kako je propisano u odredbi stavka 3. ovog članka, smatra se da postoji opasnost iz stavka 1. ovog članka osobito u slučajevima:

- otuđenja i/ili opterećenje jedine imovine iz koje bi se predlagatelj osiguranja mogao naplatiti,
- postojanje više vjerovnika protivnika osiguranja zbog kojeg se može očekivati nemogućnost naplate ili otežana mogućnost naplate tražbine predlagatelja osiguranja,
- opterećenje nekretnina založnim pravom i sl., pogotovo nakon pokretanja sudskog postupka i/ili prijedloga za osiguranje,
- kontinuirano otuđenje imovine, pogotovo ako se radi o imovini nužnoj za poslovanje,
- slučaj da društvo protivnika osiguranja nema članova,
- svaki drugi slučaj raspolaganja imovinom, osim one imovine koja je obuhvaćena predmetom poslovanja protivnika osiguranja (npr. prodaja nekretnina, najam opreme ili vozila i sl.), koje bi do okončanja eventualnog sudskog spora za posljedicu imalo nemogućnost naplate tražbine predlagatelja osiguranja.“

Čl. 346. st. 2. izmijenile bismo tako da isti glasi: „Odredbe čl. 344. st. 2., 3. i 4. ovog Zakona primjenjuju se i pri određivanju privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina.“ U pogledu zahtjeva da se učini vjerojatnim postojanje tražbine autorice smatraju da te odredbe OZ-a ne bi trebalo mijenjati.

## THE PURPOSEFULNESS OF TEMPORARY INJUNCTIONS IN COMMERCIAL DISPUTES

In this paper, the authors present their research and conclusions on two main problems related to temporary injunctions in commercial disputes. These problems are the legislation itself and judicial criteria and practice. The paper starts with a theoretical overview of the Croatian legal frame and comparative law on temporary injunctions, followed by the conducted research and the authors' conclusions. Given the conclusion that positive law regulations in Croatian law on temporary injunctions in connection with judicial criteria and practice are not sufficient to achieve their purpose, the authors find it important to adapt the judicial criteria to the purpose of temporary injunctions or to provide more precise law regulations.

*Keywords: temporary injunctions, temporary injunctions, the Enforcement Act, temporary injunctions, case law*

**Ivana Mandić**, attorney at law, attending the postgraduate specialist study of commercial law and company law at the Faculty of Law of the University of Zagreb

**Vedrana Švedl Blažeka**, univ. spec. iur. in commercial law and company law, attorney at law



PRIKAZI



# EUROPSKO PRAVO POTROŠAČA 2017.

## PRIKAZ GODIŠNJE KONFERENCIJE EUROPSKE AKADEMIJE U TRIERU

UDK 366.56(4)EU(047.2)  
339.923:061.1](4)EU(047.2)

Jan Torjanac\*

### 1. UVOD

U Trieru je 12. i 13. listopada 2017., u organizaciji Akademije europskog prava (*Academy of European Law / Europäische Rechtsakademie*, dalje: ERA) održana Godišnja konferencija o europskom pravu potrošača (*Annual Conference on European Consumer Law*). Konferencija se bavi europskim pravom potrošača te se, osim na komparativne prikaze pravnih poredaka određenih država članica Europske unije (dalje: EU), koncentrira na razvoj tog pravnog područja unutar institucija EU-a, poglavito sekundarnog zakonodavstva i inicijativa Europske komisije. Na konferenciji je sudjelovalo više od 40 sudionika iz država članica EU-a, kao i onih izvan EU-a: pravnik koji rade u institucijama EU-a kao što su Europska komisija (dalje: EK) i Europski nadzornik za zaštitu podataka (*European Data Protection Supervisor*), pravnik zaposlenih u nacionalnim nadzornim tijelima i udrugama za zaštitu potrošača, suradnika i nastavnika na sveučilištima i institutima itd. Konferencija se sastojala od deset predavanja na engleskom i njemačkom jeziku, uz simultano prevođenje.

Pozdravnu riječ sudionicima je uputila Anastasia Patta, organizatorica Konferencije. Upoznavši sudionike s programom ovogodišnje konferencije, istaknula je da upravo ovog mjeseca ERA slavi 25. obljetnicu svojeg postojanja i kontinuiranih napora u promicanju pravnih vrijednosti i usavršavanju pravnik u sklopu svojih podružnica diljem Europe.

Prikaz je strukturiran sukladno tematskoj podjeli konferencije: 1. Ažurni pregled prava potrošača (*Consumer law update*), 2. Kolektivna zaštita u EU-u (*Collective redress in the EU*), 3. Potrošačke financijske usluge (*Consumer financial services*), 4. Pravo putovanja (*Travel law*) i 5. Zaštita podataka (*Data protection*).

---

\* Jan Torjanac, mag. iur., asistent na Katedri za građansko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

## 2. AŽURNI PREGLED PRAVA POTROŠAČA<sup>1</sup>

### 2.1. Recentna praksa Suda Europske unije glede potrošačkog prava<sup>2</sup>

Predavanje o recentnim presudama Suda Europske unije (dalje: Sud) održala je dr. sc. Andrea Fejos, predavačica na Sveučilištu Essex. Na početku je istaknula da je Sud donio priličan broj važnih presuda u protekle tri godine te je ponudila pregled odluka sukladno dotičnom području: ugovorne klauzule (*contract terms*), trgovačke prakse (*commercial practices*), alternativno rješavanje sporova (*ADR*), kupoprodaja (*sales*), financijske usluge (*financial services*), javne usluge (*public services*), korištenje zrakoplovnih usluga (*air travel*) te javno zdravstvo (*public health*). Istaknula je međutim i pobliže opisala određene presude te pravno rezoniranje Suda (*legal reasoning*) koje iz njih proizlazi, a imalo je razvoj važan za pravo potrošača na razini EU-a, te su, dapače, na taj način stvoreni autonomni europski pravni koncepti.

Tako je u vezi s nepoštenim ugovornim klauzulama, konkretno Direktivom 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima (dalje: Direktiva 93/13/EEZ), u presudi *Naranjo*<sup>3</sup> Sud presudio kako vremenski učinak čl. 6/1 ne smije biti ograničen. Riječ je bila o tome da je španjolski Vrhovni sud bio donio presudu o nepoštenosti klauzule<sup>4</sup> na način da je ograničio vremenski učinak svoje presude samo *pro futuro*. Europski je sud odlučio da se u smislu čl. 6/1 ima smatrati da nepoštena ugovorna klauzula nikad nije ni nastala, pa presuda ima retroaktivni učinak – *ex tunc* (od sklapanja ugovora), a ne *ex nunc* (od donošenja presude), odnosno da je takva odredba ništetna. Takav *ratio* ima za svoju posljedicu glede potrošača povratak u prijašnje pravno i faktično stanje, koje bi postojalo da nepoštena klauzula nikad nije postojala, što je značilo da su banke dužne isplatiti potrošače, svoje klijente, koji su u ugovoru imali takvu klauzulu. Istaknuto je povrh toga da bi ograničavanje vremenskog učinka presude dovelo do ograničene zaštite potrošača, što je nespojivo s ciljem zaštite javnog interesa iz čl. 7/1.

U slučaju *Banco primus*<sup>5</sup> Sud je zaključio kako procjena *ex offio* je li riječ o nepoštenoj ugovornoj odredbi ne bi smjela biti ograničena domaćim zakonima koji se odnose na doktrinu *res judicata*. Domaći bi sudovi trebali ponovno procijeniti ugovorne odredbe koje nisu bile predmetom procjene, bilo na zahtjev bilo po službenoj dužnosti, i to zato da se ne bi zaobišao cilj iz čl. 6., koji se sastoji u ponovnoj uspostavi ravnoteže moći između potrošača i trgovca. Fejos ističe da je takvo rješenje vrlo povoljno za potrošače. Sud je uz to naglasio da u pogledu prigovora potrošača ne smije biti nikakva vremenskog

---

<sup>1</sup> *Consumer Law Update*.

<sup>2</sup> *Recent CJEU case law on consumer matters*.

<sup>3</sup> Presuda od 21. prosinca 2016., *Gutiérrez Naranjo*, spojeni slučajevi C-154/15, C-307/15 i C-308/15, EU:C:2016:980.

<sup>4</sup> Riječ je bila o ugovornoj odredbi koja postavlja minimalni postotak koji će naplatiti kreditna institucija, iako su kamate koje proizlaze iz iznosa referentne stope, uključujući marginu, manje.

<sup>5</sup> Presuda od 26. siječnja 2017., *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60.

ograničenja, čime je zapravo ponovio rezoniranje uspostavljeno u presudi *BBVA*.<sup>6</sup> Fejos naglašava da je to primjer inače izrazito bitne kontinuirane prakse Suda. Nadalje, Sud je istaknuo kako činjenica da nepoštena klauzula nikada nije primijenjena u praksi ne smije biti zapreka u presuđivanju da je određena klauzula nepoštena, ponajviše zbog željenog učinka odvratanja iz čl. 7. Sud je ponovio stajalište o svojoj ulozi u davanju smjernica, ali je i naglasio da je na domaćem sudu da odredi je li dotična klauzula nepoštena ili nije, uz primjenu kriterija postavljenih u presudi *Aziz*,<sup>7</sup> kao i sudske prakse koja učvršćuje kriterije postavljene u čl. 4/1. Međutim ono što izdvaja ovaj slučaj od ostalih sličnih razmatranja Suda u prošlim presudama jest proaktivnija, tj. intervencionistička uloga Suda. Naime prije Sud nikada nije stavljao procjenu nepoštenih klauzula u kontekst konkretnog slučaja, nego bi se ograničio na ponavljanje općih stajališta. Ovaj se put tako primjerice prilikom definiranja kriterija za određivanje je li nepoštena klauzula o kamatnoj stopi poziva na usporedbu metoda izračunavanja stope.

Sljedeći je prikazam slučaj *Wathelet*,<sup>8</sup> u kojem je bilo postavljeno pitanje interpretacije pojma *prodavač* iz čl. 1/2/c Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu (dalje: Direktiva 1999/44/EC). Sud je ovdje odlučio da se kod kupoprodaje profesionalac posrednik koji djeluje za račun fizičke osobe ima smatrati prodavateljem, i to neovisno o tome posreduje li naplatno ili ne. Jednako tako u određivanju je li kupac mogao znati da je prodavatelj posrednik koji djeluje za račun fizičke osobe potrebno je uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, posebice stupanj participacije i uloženi napor posrednika, te način na koji su dobra predstavljena, kao i ponašanje kupca. Fejos je istaknula kako je ta presuda važna zbog uvođenja subjektivnog elementa (znanje kupca), za razliku od prethodnih presuda, gdje je istaknuto da će ova materija prolaziti samo objektivni test.

Dalje je Fejos posvetila velik dio svog predavanja tumačenju koncepta *odgovornost za neispravan proizvod* kroz slučaj *W* i ostali.<sup>9</sup> Pitanje domaćeg suda upućeno Sudu glasilo je jesu li dokazna pravila domaćeg prava prema kojima frakcijski dokazi (okolnosti slučaja) mogu biti ozbiljan, specifičan i konzistentan dokaz, što omogućuje domaćem sudu da utvrdi neispravnost proizvoda, i kauzalni neksus u skladu s čl. 4. Direktive Vijeća od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (dalje: Direktiva 1985/374/ECC), a prema kojem teret dokaza neispravnosti proizvoda, štete i kauzalnog neksusa leži na tužitelju. Drugim riječima, jesu li takva pravila i unatoč činjenici da medicinsko vještačenje nije ni potvrdilo ni opovrgnulo uzročno-posljedičnu vezu u skladu s navedenom Direktivom 1985/374/ECC. Sud je odgovorio da jesu tako dugo dok ne prebacuju teret dokaza ili mijenjaju učinkovitost sustava odgovornosti u okviru Direktive 1985/374/ECC. Domaća pravila smiju olakšati teret dokazivanja jer zahtjevi da žrtve moraju prezentirati dokaze o medicinskom

<sup>6</sup> Presuda od 29. listopada 2015., *BBVA*, C-8/14, EU:C:2015:731.

<sup>7</sup> Presuda od 14. ožujka 2013., *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164.

<sup>8</sup> Presuda od 9. studenog 2016., *Wathelet*, C-149/15, EU:C:2016:840.

<sup>9</sup> Presuda od 21. lipnja 2017., *W and Others*, C-621/15, EU:C:2017:484.

istraživanju bili bi vrlo visok standard, koji bi često sprečavao potrošače u dokazivanju kauzalog nekusa. Fejos ističe da je to logično s obzirom na to da će dokaze na temelju medicinskog vještačenja ionako u krajnjoj liniji ponuditi proizvođač kao protudokaz. S druge strane, ističe Sud, domaća pravila ne smiju dovesti do neopravdane presumpcije na štetu proizvođača u smislu npr. prihvaćanja irelevantnog dokaznog materijala. Postavlja se pitanje ne bi li bilo bolje da se, sukladno navedenom, prebaci teret dokaza na proizvođača umjesto da se ide do tog rješenja okolnim putem, ali ističe da je Sud ovdje iznašao najbolje moguće rješenje za potrošače, jer je u čl. 4 jasno stipulirano da je teret dokaza na potrošaču, pa bi trebalo razmisliti o izmjeni odredbe tog članka *pro futuro*.

Na kraju je sudionicima bio predstavljen slučaj Menini<sup>10</sup> u kontekstu problema alternativnih rješavanja sporova (ADR). Pitanje je ovdje bilo je li zakonska odredba o obveznoj medijaciji u slučaju spora u skladu s čl. 1. Direktive 2013/11/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 21. svibnja 2013. o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova i izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2009/22/EZ (Direktiva o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova) (dalje: Direktive 2013/11/EU). Sud je odlučio da pod određenim pretpostavkama jest. Fejos naglašava da je ovdje Sud propustio priliku apostrofirati problem kako u mnogim domaćim pravnim porecima postoje odredbe o obveznoj medijaciji s obvezujućom odlukom. Istovremeno ističe neka tumačenja iz literature, prema kojima postoji pristup sudu ako je protiv odluke donesene u postupku medijacije moguće podnijeti zahtjev za reviziju, ali ostaje činjenica da takav mehanizam nije točno onakav pristup sudu kakvim ga je bila zamislila EK prilikom izrade teksta Direktive.

## 2.2. Rezultati provjere učinka zakonodavstva potrošačkog prava Europske unije<sup>11</sup>

Peter Bishoff-Everding, zamjenik generalnog direktora za pravosuđe i potrošače u EK, izložio je *Provjeru učinka propisa potrošačkog prava*<sup>12</sup>, sveobuhvatnu evaluaciju ključnih aspekata potrošačkog prava unutar EU-a. Konkretno, riječ je o sveukupno šest direktiva,<sup>13</sup> koje su analizirane uz pomoć pet kriterija, dakle s aspekta učinkovitosti u širem smislu – efektivnosti i efikasnosti, zatim koherentnosti, dodane vrijednosti za EU i relevantnosti. Izvori informacija korištenih u toj evaluaciji bili su internetske javne konzultacije, vanjska istraživanja, uključujući izvješća iz država članica, anketa u kojoj je sudjelovalo 23.500

<sup>10</sup> Presuda od 14. lipnja 2017., *Menini és Rampanelli*, C-75/16, EU:C:2017:457.

<sup>11</sup> *Results of the „Fitness Check“ of the EU consumer legislation.*

<sup>12</sup> *Fitness Check of Consumer and Marketing Law*, Brussels, 23. 5. 2017. SWD (2017) 208 final.

<sup>13</sup> Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”); Direktiva Vijeća 93/13/EEZ od 5. travnja 1993. o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima; Direktiva 98/6/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998. o zaštiti potrošača prilikom isticanja cijena proizvoda ponuđenih potrošačima; Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu; Direktiva 2009/22/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača; Direktiva 2006/114/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. prosinca 2006. o zavaravajućem i komparativnom oglašavanju.

potrošača i bihevioralna istraživanja, zatim sazivi potrošača, mreže dionika kao što su CPN, CPC-, ECLG te Europsko ekonomsko i socijalno vijeće.

Glede efektivnosti (*effectiveness*) dogodilo se znatno povećanje općeg povjerenja potrošača u trgovce sa 62 % na 76 % u razdoblju 2006.–2016., zatim povećanje internetske prekogranične kupnje sa 6 % na 19 % u istom razdoblju, a najveće povećanje bilo je u povjerenju potrošača (s 10 % na 58 %) u takav način sklapanja kupoprodajnih ugovora, odnosno ugovora o uslugama. Bishoff-Everding ističe da su tome najviše pridonijeli internetski pristup, sigurniji način plaćanja, ali i harmonizirana pravila zaštite potrošača u EU-u. U odnosu na trgovce s druge strane nije došlo do velikih promjena u pogledu problema povezanih s poštivanjem potrošačkih prava, dok je 33 % potrošača *ponekad* doživjelo zavaravajuće i agresivne trgovačke prakse u posljednjoj godini, i taj je broj, prema Bishoff-Everdingu, još uvijek prevelik.

Što se tiče drugog kriterija, efikasnosti (*efficiency*), najveći je postotak potrošača profitirao u pogledu pravnih jamstava (npr. odgovornost za neispravan proizvod), nešto manje od naznaka jedinične cijene, a 45 % profitiralo je od tumačenja nejasnih ugovornih odredaba u korist potrošača. Trgovci su jednako tako profitirali ponajviše s obzirom na harmonizirana pravna pravila zaštite potrošača u cilju prekogranične prodaje. Glede troškova gotovo polovica trgovaca koji se bave prekograničnom djelatnošću izjavila je da su troškovi razumni te da je postupanje u skladu s pravilima EU-a *jednostavno*.

Glede koherentnosti Bishoff-Everding ističe da, unatoč postojanju sigurnosne mreže koju su postavile Direktiva 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”) i Direktiva 93/13/EEZ, veliki praktični problem stvaraju rupe u ovlastima ili sukobi nadležnosti između elemenata izvršne vlasti koje su nadležne za prioritarno i sektorski orijentirano zakonodavstvo zaštite potrošača. Dalje, u odnosu na konzistentnost u okviru šest analiziranih direktiva postoje neka područja preklapanja što se tiče pretpostavaka pružanja informacija, npr. prilikom reklamiranja, pa se onda opet ponavljaju u predugovornoj fazi (npr. podaci o zaprimanju prigovora).

U odnosu na relevantnost zaključeno je da su direktive vrlo važne. Naime dvije trećine potrošača izjavilo je da smatra svoja prava *vrlo važnima* te da ona igraju veliku ulogu prilikom odlučivanju o sklapanju ugovora. U objektivnom se smislu pokazalo, sukladno istraživanju provedenom na šest izabranih tržišta, da ekonomski gubitak potrošača iznosi između 0,2 - 0,7 % cjelokupne privatne potrošnje te da je upravo zato potrebno daljnje promoviranje međudržavnih transakcija i prava potrošača.

Dodana vrijednost za EU kao posljednji kriterij sastoji se u pojačanoj zaštiti potrošača, većoj pravnoj sigurnosti i stabilnosti u prekograničnoj prodaji, učinkovitijoj

prekograničnoj provedbi predmetnih pravila i suradnji nadležnih, kao i u boljoj osviještenosti potrošača o zaštiti njihovih prava na razini EU-a (čak boljoj u odnosu na nacionalna pravila).

U kontekstu podizanja svijesti EU je pokrenuo nekoliko inicijativa, među kojima Bishoff-Everding ističe važnost Podatkovne baze potrošačkog prava (*Consumer Law Data Base*), koja će biti dostupna javnosti i u kojoj će se, među ostalim, nalaziti sudska i administrativna praksa po svakoj državi članici glede prava zaštite potrošača te će takva baza zasigurno pridonijeti detektiranju zajedničkih problema s provedbom, a slijedom toga i njihovu rješavanju. Jednako tako ističe se stručno osposobljavanje pravnika, pri čemu je od posebne važnosti obrazovanje sudaca da primjenjuju određena pravila *ex officio*. Važna je još i inicijativa nazvana *Self-regulatory project on better presentation of consumer information and T&C*, upućena trgovcima u cilju olakšavanja potrošačima da se upoznaju s općim uvjetima poslovanja, koji su sada preopsežni, nepregledni i u mnogim slučajevima pisani na stručnom jeziku, koji je potrošaču nerazumljiv.

U cilju intenziviranja provedbe (*stepping up enforcement*) u pripremi je nova Uredba Europskog parlamenta i Vijeća o suradnji između nacionalnih tijela nadležnih za provedbu zakona o zaštiti potrošač,<sup>14</sup> koja bi trebala biti donesena u prosincu 2017., a kojoj je cilj intenzivirati suradnju i ovlasti tijela nadležnih za nadzor, proširiti ovlasti EK, ali i ojačati poziciju udruga potrošača u državama članicama te im omogućiti proaktivniju ulogu u otkrivanju problema (npr. nepoštenih praksi) i upozoravanju nadležnih tijela na njih. Jednako se tako razmatra niz amandmana koji primjerice sadrže odredbe o usklađivanju novčanih kazni za one trgovce koji se ne drže pravila. Bishoff-Everding ističe da je važno da nadležni imaju konzistentnu praksu u tom pogledu i na domaćoj razini i na razini EU-a. Važno je i omogućiti učinkovitiji pravni lijek za konkretno oštećenog potrošača. Među amandmanima se jednako tako razmatraju neka pravila o transparentnosti, npr. obvezivanje trgovca da potrošaču dade podatke o trećem dobavljaču, odnosno o onom s kojim potrošač uistinu sklapa ugovor. Bishoff-Everding ističe da je trenutačno riječ o sivom području, koje je potrebno razjasniti kako bi se znalo koja su pravila primjenjiva za dotične slučajeve. Nadalje, razmatra se i mogućnost pojednostavnjivanja i smanjivanja tereta za trgovca, kao što je gore spomenuto uklanjanje preklapanja informacija, zatim moderniziranje sredstava komunikacije (faks i e-poštu zamijeniti web-obrascima). Drugim riječima, predlaže se pojednostavnjivanje obveza informiranja i stavljanje naglaska na kvalitetu, a ne na količinu informacija koje treba pružiti, te je u tom smislu potrebno bez suvišnog umanjivanja količine informacija olakšati pristup upućivanjem na poveznice digitalnim putem. Predlaže se i reforma nekih pravila, kao što su ona o pravu na odustanak, a Bishoff-Everding objašnjava da je takva inicijativa pokrenuta zato što su trgovci izjavljivali da im to pravo potrošača stvara okolinu pravne nesigurnosti, kao i da je riječ o izvoru mnogih sporova.

---

<sup>14</sup> Brussels, 25. 5. 2016. COM (2016) 283 final 2016/0148 (COD).



### 2.3. Evaluacija Direktive o pravima potrošača<sup>15</sup>

Sljedeće je predavanje održao prof. dr. sc. Hans Schulte-Nölke, ravnatelj Europskog instituta za pravna istraživanja (ELSI). Istraživanje o utjecajima Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća (dalje: Direktiva 2011/83/EU) bilo je uklopljeno u *Provjeru učinka propisa potrošačkog prava* i zato nećemo ponavljati tehničku stranu provođenja istraživanja.

U pogledu podizanja svijesti i shvaćanja Schulte-Nölke ističe da su stranke s kojima se savjetovalo općenito potvrdile da su u dovoljnoj mjeri upoznate s provedbom direktive u nacionalnom zakonodavstvu, kao i s nacionalnim postupcima za njezinu provedbu, posebice u pogledu predugovornih podataka i prava na povlačenje. No velik broj potrošača te malih i srednjih poduzetnika još uvijek ne zna za posebne odredbe Direktive (tj. za uvodne izjave i članke Direktive) zbog toga što je zakonodavstvo presloženo i pretehničke naravi za potrošača. Potrebno je uvođenje mjera osposobljavanja i širenja prava iz Direktive te njezina sadržaja.

Glede provedbe većina organizacija civilnog društva (59 %) (približno jednaka zastupljenost poslodavaca, zaposlenika i organizacija potrošača) izjavila je da se u njihovoj državi Direktiva 2011/83/EU provodi učinkovito. Kao glavni razlog navode to što je Direktiva 2011/83/EU na odgovarajući način prenesena u nacionalne zakone. Otprilike jedna trećina onih koji smatraju da je provedba učinkovita odabrala je za to sljedeće razloge: nacionalni sudovi sustavno primjenjuju odredbe Direktive 2011/83/EU, poduzeća se pridržavaju obveza, a potrošači su svjesni svojih prava te ih ostvaruju. Uloga nacionalnih vlasti u provođenju odredaba Direktive 2011/83/EU rjeđe se navodi kao objašnjenje učinkovite provedbe. Europski gospodarski i socijalni odbor (dalje: EGSO) ne smatra da je u okviru trenutačnog razvojnog procesa prava Unije potrebno znatno revidirati zakonodavni okvir na koji se upućuje u Direktivi 2011/83/EU, iako, kako Schulte-Nölke ističe, postoje određeni aspekti koje bi EK trebala uzeti u obzir i treba obratiti pozornost na to kako Direktivu 2011/83/EU provode nadležna nacionalna tijela.

Naime u pogledu materijalnog područja primjene (*ratione materiae*) postoji širok konsenzus u korist pojašnjavanja primjene sustava uspostavljenog Direktivom 2011/83/EU na komercijalne odnose povezane s „platformama“ ili s transakcijama koje su proizašle iz različitih oblika ekonomije suradnje. Međutim Schulte-Nölke smatra da nije pravo vrijeme za proširivanje područja primjene Direktive 2011/83/EU na sektore koji su trenutačno isključeni uglavnom iz dvaju razloga: zato što ih uređuju drugi propisi iz prava Unije ili zato što spadaju pod iznimke iz nužnih razloga. Nadalje, potrošačke i

---

<sup>15</sup> *Evaluation of the Consumer Rights Directive (CRD).*

poslovne udruge, kao i sindikati, potvrdili su relevantnost i utjecaj te Direktive 2011/83/EU na komercijalne transakcije između potrošača i poslovnih subjekata.

U odnosu na razinu usklađenosti Direktiva 2011/83/EU temelji se na članku 114. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU), a cilj joj je postići visoku razinu zaštite potrošača u skladu s člankom 169. UFEU-a i istovremeno osigurati pravilno funkcioniranje unutarnjeg tržišta u skladu s čl. 26/2 UFEU-a. U tom cilju Direktiva 2011/83/EU uvodi potpuno usklađivanje određenih aspekata ugovora sklopljenih na daljinu i ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija, čime se postiže ravnoteža između visoke razine zaštite potrošača i konkurentnosti poduzeća (uvodna izjava 4. Direktive 2011/83/EU). Iako se EGSO u svom mišljenju o Nacrtu direktive suprotstavio potpunom usklađivanju određenih aspekata ugovora, zakonodavac EU-a smatra da je ono potrebno, kao i pojednostavnjivanje postojećih pravila radi uklanjanja razlika među nacionalnim zakonima, smanjenja troškova trgovine unutar Zajednice i izbjegavanja neproporcionalne fragmentacije, koja potkopava povjerenje potrošača. Države članice istovremeno mogu zadržati ili usvojiti nacionalna pravila o određenim aspektima.

U svom je izlaganju o budućnosti Schulte-Nölke istaknuo da se u pogledu jedinstvenog tržišta ciljevi Direktive 2011/83/EU, odnosno potpuno usklađivanje određenih aspekata standarda zaštite potrošača za ugovore sklopljene na daljinu i izvan poslovnih prostora, moraju tek potvrditi.

### 3. KOLEKTIVNA ZAŠTITA U EUROPSKOJ UNIJI<sup>16</sup>

#### 3.1. Preporuka Komisije 2013/396/EU o zajedničkim načelima mehanizama kolektivne zaštite: jučer, danas, sutra<sup>17</sup>

Sljedeće je predavanje održao Alexandre Biard, poslijedoktorand na Sveučilištu Erasmus u Rotterdamu, o Preporuci Komisije 2013/396/EU od 11. lipnja 2013. o zajedničkim načelima privremenih i nadoknadnih mehanizama kolektivne pravne zaštite u državama članicama koji se odnose na kršenje prava zajamčenih pravom Unije (dalje: Preporuka). Svoje je predavanje podijelio u tri dijela: u prvom, pod naslovom *Jučer*, analizirao je izradu preporuke; u drugom, pod naslovom *Danas*, bavio se uspjesima i neriješenim problemima; a u trećem, pod naslovom *Sutra*, dao je pogled *pro futuro*.

Na početku je istaknuo da je 2007. gotovo polovica država članica imala neki oblik mehanizma kolektivne zaštite, koja je često bila karakterizirana kao konstitutivna zaštita bez novčane naknade, te je bila predmetom kontroverzi. Biard zbog znatnih razlika u uređenju takve zaštite taj problem naziva *kakofonijom* kolektivne zaštite. S druge strane

<sup>16</sup> *Collective Redress in the EU*.

<sup>17</sup> *The Commission Recommendation 2013/396/EU on common principles for collective redress mechanisms: yesterday, today and tomorrow*.

na razini EU-a iste je godine donesen dokument *Strategija politike zaštite potrošača 2007. – 2013.*<sup>18</sup>, koji je kao svoj cilj postavio harmonizaciju tog mehanizma.

Biard razlikuje dvije faze: prvu (2005.–2011.), koju karakteriziraju fragmentarne inicijative Glavne uprave za tržišno natjecanje<sup>19</sup> poput *Studije Ashhurst*,<sup>20</sup> *Zelene knjige o zahtjevima za naknadom štete zbog povrede pravila tržišnog natjecanja*<sup>21</sup> i *Prijedloga Kroes*<sup>22</sup> te one Glavne uprave za zdravlje i potrošače<sup>23</sup> poput *Zelene knjige o kolektivnoj zaštiti potrošača*<sup>24</sup> te drugu (2010.–2013.), koju obilježava nešto konzistentnija potraga za unutarnjom koherentnošću, koja rezultira dokumentom *Prema općem europskom okviru za kolektivnu pravnu zaštitu*<sup>25</sup> i predmetnim Prijedlogom. Biard ističe da je kod potonjeg riječ o dokumentu izrađenom u kontekstu intenzivnih vanjskih pritisaka i neslaganja unutar Komisije te da postoji velika opasnost da bi zbog kompromisa kojim je Preporuka prožeta moglo doći do neprihvatanja načela od strane država članica, odnosno Vijeća. Biard je ciljeve Preporuke sveo na sljedeće: potraga za *horizontalnom koherentnošću*, olakšavanje pristupa sudovima te promoviranje prikladnih i dovoljnih jamstava protiv zlouporabe prava. Glede zlouporabe prava Biard ističe kako je jednako važno da se ta jamstva ne pretvore u prepreke. Dalje, opisano je kako brojne iznimke unutar teksta Preporuke razbijaju sveukupnu koherentnost te da pojedinim ključnim pitanjima nedostaje jasnoće. Tako ostaje nejasno primjerice što je Komisija htjela reći pod *ključnom ulogom sudova* u recitalu 21. Još je jedna kritika uslijedila u obliku predviđanja da će utjecaj preporuke biti dosta ograničen.

U 2017. EK je pripremila evaluacijsko izvješće, koje se sastoji od dvije komponente: 1. javnih konzultacija<sup>26</sup> i 2. vanjske studije provedene od strane BIICL-a.<sup>27</sup> Iz javnih konzultacija proizlaze vrlo miješani rezultati. U pogledu usklađivanja pravila pravnih poredaka Preporuka se pokazala nedovoljnom, a kao točka najvećih razlika istaknute su manjkave mogućnosti pristupa pravosuđu i praktički nepostojeća pravna jamstva. Biard kao dobar pokazatelj toga navodi činjenicu da trgovci koji i dalje krše pravila uslijed slabih mogućnosti kolektivne zaštite u većini država članica. Što se tiče pitanja je li Preporuka ipak bila okidač za zakonodavne inicijative u okviru pravnih poredaka država članica, povjerenica EK za pravosuđe Jourova misli da jest, ali preskromno. U tom smislu u čak devet država članica uopće ne postoji mehanizam kolektivne zaštite u smislu zahtjeva za naknadom štete, a samo su dvije države članice (Belgija i Litva) donijele zakone slijedeći

<sup>18</sup> *EU Consumer Policy strategy 2007-2013*, Brussels, 13. 3. 2007. COM (2007) 99 final.

<sup>19</sup> eng. *Directorate-General for Competition (DG COMP)*

<sup>20</sup> Denis Waelbroek et al., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report*, 31. 8. 2004.

<sup>21</sup> *Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 19.12.2005 SEC(2005) 1732

<sup>22</sup> Neelie Kroes, *Collective Redress – delivering justice for victims*, Address at ALDE Conference, 4. 3. 2009.

<sup>23</sup> eng. *Directorate-General for Health and Food Safety (DG SANCO)*

<sup>24</sup> *Green paper on Consumer Collective Redress*, Brussels, 27. 11. 2008. COM (2008) 794 final.

<sup>25</sup> *Communication Towards A European Horizontal Framework For Collective Redress*, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, Brussels, 13. 3. 2013., COM (2013) 401.

<sup>26</sup> *Call for Evidence 2017*.

<sup>27</sup> *British Institute of International and Comparative Law*.

Preporuku, dok je u jednoj (Slovenija) zakon u postupku donošenja. Studija *Empirical Evidence on Collective Redress in Europe* ističe da je svaki domaći sustav krojen prema domaćim potrebama, često bez uzimanja u obzir plan EK. Problem je, ističe Biard, dvojak: s jedne strane nema koherentnosti glede presjeka EU-a, a s druge zbunjujuće su situacije unutar samih država članica, pa se tako primjerice naglašava nepostojanje sistematskih i ažuriranih registara. Potonja studija ističe kao glavne nedostatke visoke troškove i ograničenu financijsku podršku predstavničkim entitetima (npr. udrugama) te dužinu i kompleksnost postupka, za što se kao primjer može navesti Poljska, gdje je tek 10 od 210 slučajeva završilo supstancijalnom odlukom. Efikasnost je dakle jedan od problema, to više što je Studija pokazala da alternativna pravna sredstva – ADR (npr. u skandinavskim zemljama) mnogo bolje odgovaraju na potrebe građana.

U svom se zadnjem poglavlju, naslovljenom *Sutra*, Biard osvrnuo na mogućnost uvođenja horizontalnih obvezujućih instrumenata, sa zaključkom da to nije izgledna solucija zbog prevelikih razlika među porecima država članica, ali i zbog činjenice da takvo rješenje ne bi bilo u skladu s dokumentom *Bolje regulacija za bolje rezultate – agenda EU*.<sup>28</sup> S tim u vezi postavlja se pitanje pripada li mehanizam kolektivne zaštite na razini EU-a prošlosti kad se uzme u obzir rasprostranjenost ADR-a. Biard smatra da bismo to trebali uzeti s rezervom iz najmanje dva razloga. Prvi se sastoji u tome što masovne štete još uvijek iziskuju neki oblik kolektivne zaštite, pa je tako u travnju 2017., uslijed skandala s emisijama automobila, Europski parlament (dalje: EP) pozvao da se predloži zakonodavni okvir za uspostavu sustava kolektivne zaštite. Drugi je razlog intenzivni sektorski pristup kolektivnoj zaštiti, za što je primjer čl. 73. Uredbe (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (dalje: Opća uredba o zaštiti podataka).

### 3.2. Kolektivna zaštita: rastući trend u Europskoj uniji<sup>29</sup>

Sljedeći su set predavanja na naslovnu temu održala tri predavača, svaki iz perspektive svoje zemlje.

#### 3.2.1. Francuska

Odvjetnik Benoit Javaux predstavio je razvoj tog modela u Francuskoj, a na početku svog izlaganja ispričao se što će njegov doprinos biti uvelike iz perspektive trgovaca, budući da su mu oni klijenti. Najprije je u kraćim crtama opisan recentni razvoj tog mehanizma, od čega izdvajamo prvi takav zakon, prozvan *Hamon Act*, zatim tzv. *Torrain Act*, kojim je uspostavljen model kolektivne zaštite s obzirom na zdravstvene proizvode, nakon čega je

<sup>28</sup> *Better Regulation For Better Results – An EU Agenda*, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions, Brussels, 13. 3. 2015., COM (2015) 0215 final.

<sup>29</sup> *Collective redress; an expanding trend in the EU*.

isti dan pokrenuta kolektivna parnica protiv izvjesnog farmaceutskog društva, te tzv. *Urvois Act*, poznat još i kao *Justice in the 21st century Act*, kojim su uspostavljene specifične kolektivne tužbe protiv diskriminacije u području zaštite podataka i okoliša.

Zatim je dotaknuto pitanje opsega primjene, u okviru kojeg je Javoux prikazao kao aktivno legitimirane za podnošenje tužbe domaće udruge za zaštitu potrošača, čija je djelatnost odobrena od nadležnog tijela, a kolektivitet u konkretnom slučaju sačinjavaju potrošači koji se nađu u istoj ili sličnoj situaciji trpljenja štete uzrokovane nepridržavanjem pravnih ili ugovornih obveza, i to po: 1) kupnji dobara, odnosno pružanja usluga ili 2) praksama nespojivim s tržišnim natjecanjem. Osim toga materijalna šteta popravljiva se zamjenom predmeta ili novčanim ekvivalentnom, a isključene su iz popravljivanja štete u obliku fizičkih i duševnih boli. Kao najčešće primjere tih slučajeva u praksi Javoux navodi ispostavu računa za nedospjele usluge, nepoštene klauzule, prekid pružanja usluga, jednostranu promjenu ugovora i zavaravajuće poslovne prakse.

Kada je govorio o standardnom postupku, predavač je istaknuo da se kolektivna tužba temelji na individualnim slučajevima. U slučaju da su poznati svi podaci o potrošaču koji je u pitanju, npr. ime i neki osobni podaci, broj potrošača i visina štete, može se pokrenuti i pojednostavnjeni postupak, čije su specifičnosti u tome što: 1) presuda obvezuje trgovca na izravnu i individualnu naknadu štete potrošačima, 2) za razliku od standardnog postupka ne postoje opće mjere obavještanja javnosti, nego mjere individualnog obavještanja potrošača, te 3) jednom kad su obaviješteni potrošači imaju pravo prihvatiti ili odbiti naknadu štete pod uvjetima izrečenima u presudi.

Za kraj svog izlaganja Javoux je sažeo sve probleme u vezi s kolektivnom zaštitom u Francuskoj u dvije točke. Prva se odnosi na instrumentalizaciju kolektivne tužbe. Naime francuski se odvjetnik u stilu profesionalca koji je većinu svoje karijere proveo zastupajući trgovce osvrnuo na činjenicu da je većina kolektivnih tužbi predmet trenutčne i izravne medijske popraćenosti, i to na inicijativu udruga. Ta je medijska pokrivenost neovisna o javnoj objavi presude te na taj način *apriori* šteti reputaciji trgovca. Osim toga poznate su, navodi Javoux, izjave za medije u kojima se potpuna vrijednost štete procjenjuje neobjektivno i prenapuhano, a ističe i da su mediji utjecali na sklapanje nagodaba koje bi predstavnici trgovca potpisali samo iz razloga da prestane negativna kampanja kojoj su izvrgnuti. Kao druga točka, također određene instrumentalizacije, navedena je uspostava presedana, kojima se udruge zatim koriste ne bi li ograničile raspravu o odgovornosti trgovaca i tako se odmaknule od njezina utvrđivanja u konkretnom slučaju.

### 3.2.2. Njemačka

Druga je po redu u trodijelnoj seriji o kolektivnoj zaštiti bila prof. dr. sc. Astrid Stadler sa Sveučilišta u Konstanzu, koja je predstavila njemački model kolektivne zaštite, za koji je odmah rekla da je u nekim odrednicama suprotan francuskom.

Njemački zakon o parničnom postupku (dalje: ZPO)<sup>30</sup> usmjeren je na dvije vrste zaštite kada je u pitanju više stranaka: suparničarstvo (čl. 59.ff ZPO-a) i konsolidacija (čl. 147. ZPO-a). Pravila nisu prilagođena tužbama koje bi podnosile velike skupine tužitelja, a kako ističe Stadler, nije se ni nastojalo uvesti opći mehanizam kolektivne zaštite. Međutim njemačko pravo ima različite vrste sektorskih mehanizama kolektivne zaštite. U području prava tržišnog natjecanja i zaštite potrošača radnje neke vrste kolektivne zaštite omogućuju organizacijama koje promiču komercijalne ili neovisne profesionalne interese, odnosno organizacijama potrošača, da djeluju pred sudom u ime skupine oštećenih pojedinaca. Tako je u sektoru financijskog tržišta sustav presedana mehanizam koji zapravo pojednostavnjuje postupke glede tražbina ulagača. Naime odluke kojima završavaju postupci koji se vode sukladno Zakonu o obrascu postupka o ulagačkim sporovima (KapMuG)<sup>31</sup> imaju obvezujući učinak s obzirom na ostale pravozaštitne zahtjeve, no pojedinačni se slučajevi drže odvojenima.

Glede potrošača različiti zakoni predviđaju da udruge koje predstavljaju potrošače mogu djelovati u ime potrošača: Zakon o nepoštenoj konkurenciji (UWG<sup>32</sup>), Zakon o nezakonitom olakšanju za prava potrošača i druge povrede (UKlaG<sup>33</sup>), a prikladne se odredbe mogu pronaći i u ZPO-u. Uobičajeni oblik tužbe koju je udruga pokrenula u ime potrošača jest *Verbandsklage*, najprije samo na području nepoštene konkurencije za organizacije koje promiču komercijalne ili neovisne profesionalne interese, a poslije je ta mogućnost proširena i na organizacije potrošača.

Stadler ističe da se kolektivne tužbe u okviru UKlaG-a mogu pokrenuti protiv poslovnih subjekata koji koriste tržišne uvjete koji ne udovoljavaju ograničenjima uvjeta ugovora predviđenima u njemačkom građanskom zakoniku. Nadalje, takve se radnje mogu podnijeti protiv poduzeća koja koriste druge postupke koji krše Zakon o zaštiti potrošača, npr. odredbe o prodaji na daljinu ili prodaji potrošača. *Verbandsklagen* mogu podnijeti kvalificirana udruženja, dakle pod pretpostavkom da su zavedena u registru Federalnog ureda pravde ili, u slučaju stranih subjekata, Europske komisije. Ti kvalificirani subjekti obuhvaćaju uspostavljene udruge potrošača, koje moraju ispunjavati određene kriterije ozbiljnosti s kojom ostvaruju interese potrošača, a predmnijeva se da centri za savjetovanje potrošača i udruge potrošača s javnim financiranjem ispunjavaju taj kriterij. Stadler ističe da zahtjev za popisom kvalificiranih subjekata smanjuje opterećenje sudova.

<sup>30</sup> *Zivilprozessordnung*, 5. 12. 2005., BGBl. I S. 3202, ber. 2006 I S. 431, ber. 2007 I S. 1781, I S. 2745, 2753.

<sup>31</sup> *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*, 16. 8. 2005., BGBl. I S. 2437, BGBl. I S. 2182 BGBl. I S. 1514, 1542.

<sup>32</sup> *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 27. 5. 1896. RGBl. S. 145 BGBl. I S. 254 BGBl. I S. 1414 BGBl. I S. 233, 235.

<sup>33</sup> *Unterlassungsklagengesetz*, 26. 11. 2001. BGBl. I S. 3138, 3173 BGBl. I S. 3422, BGBl. I S. 2446, 2488.

Nadalje, posebno je važno, ističe Stadler, da kolektivna zaštita pod UKLaG-om poprima oblik tužbe za privremenom mjerom, a ne kondemnatorne tužbe. Konačno, presuda kojom se dotična klauzula proglašava nevaljanom odnosi se i na potrošače koji su pokrenuli pojedinačni postupak protiv dotičnog trgovca, no, naglašava Stadler, samo ako se oni pozovu na sudsku odluku, jer sud na to ne pazi *ex offio*.

Postoji još jedan oblik kolektivne zaštite – *Sammelklagen*. Zakon o pravnim službama<sup>34</sup> predviđa da centri za savjetovanje potrošača i udruge potrošača s javnim financiranjem mogu obavljati pravne radnje u ime potrošača. One su ograničene na pravne savjete. Međutim iz spomenutog Zakon o pravnim službama proizlazi da udruge potrošača mogu podnositi zahtjeve u ime potrošača. Mogućnost takva reprezentativnog djelovanja na sudu potvrđuje i ZPO, no za to su ovlašteni samo centri za savjetovanje potrošača i druge udruge potrošača s javnim financiranjem. Prije je, naglašava Stadler, bilo potrebno da kolektivna zaštita bude nužna i u kolektivnom interesu potrošača. Ta je pretpostavka otpala, kao i ona da se tražbine potrošača formalno pripisuju kao da pripadaju udrugama potrošača. Prema Stadler, do tih postupaka koji slijede opća pravila praktično dolazi samo u slučajevima kada se vode u interesu manjih grupa potrošača koji se mogu identificirati. To dijelom proizlazi i iz toga što je takva zaštita kondemnatorne naravi, odnosno usmjerena ponajprije na popravljivanje štete, koja se naknada u slučaju uspjeha distribuira među oštećenim potrošačima, ili na drugu određenu izvedbu.

### 3.2.3. Nizozemska

Posljednje predavanje u ovom nizu održala je prof. dr. sc. Xandra Kramer sa Sveučilišta Erasmus u Rotterdamu o nizozemskom uređenju, koje u vezi s ovim pitanjem raspolaže s tri mehanizma. Prvi je od njih kolektivna tužba, koja se sastoji u zaštiti putem sudske naredbe da se povuče proizvod s tržišta i obustavi proizvodnja bez mogućnosti kondemnacije, odnosno bez utjecaja na pojedinačno pravo. Aktivnu legitimaciju imaju predstavničke udruge, od kojih zakon zahtijeva da imaju jasan cilj ne bi li osigurale reprezentativnost, a neki od primjera uključuju udruge za zaštitu potrošača ili okoliša, javna tijela poput tijela nadležnog za financijski nadzor, ali i *ad hoc* zadruge. Kramer je prokomentirala kako taj oblik zaštite funkcionira generalno dobro, pri čemu ipak kao jedan od problema navodi da je moguće da troškovi osnivanja tih udruuga budu znatni. Osim toga iznijela je podatak da je od uvođenja tog oblika zaštite 1994. putem Građanskog zakonika on bio korišten u prosjeku 40 puta godišnje.

Sljedeći je mehanizam uveden 2005. Zakonom o kolektivnim nagodbama. Prema njemu, oštećena strana može odabrati hoće li biti vezana nagodbom između predstavničke udruge i trgovca koji je odgovoran za štetu, a rok, koji iznosi najmanje 3 mjeseca, za to određuje sud, kojem će se to javiti u deklaraciji za koju se ne zahtijeva poseban oblik. U tom je cilju propisano da će zainteresirane strane biti o sudskoj odluci obaviještene e-

<sup>34</sup> *Rechtsdienstleistungsgesetz*, 12. 12. 2007., BGBl. I S. 2840, BGBl. I S. 1121, 1143.

poštom, objavom u novinama ili na web-stranicama i sl. Po isteku rokova oživljava mogućnost podnošenja individualne tužbe. Udruga ovdje, jednako kao i u prethodno navedenom mehanizmu, mora imati statutarni cilj, koji se mora sastojati u zaštiti interesa žrtava i biti opisan u tužbi. Kramer ističe da je provjera ispunjavanja tih pretpostavaka pod strožim kriterijima posljednjih godina. Jednako tako zanimljivo je bilo analizirati ulogu suda u tim postupcima, koji je prilično aktivan u takvim postupcima u smislu davanja instrukcija u pogledu rokova, obavijesti i saslušanja, zatim procjene glede razumnosti visine iznosa koji se zahtijeva, reprezentativnosti udruge, pa i u smislu diskrecije suda da odredi vještaka koji će sastaviti izvještaj o interesima u konkretnom slučaju. Kao glave probleme, odnosno izazove tog mehanizma kolektivne zaštite izlagačica navodi da nije uzet u obzir interes pojedinca, pa i da sustav kompromitira individualitet postupka te nadalje da obavještanje tako velike i različite skupine osoba iziskuje puno vremena i visoke troškove. Slikovito je opisala da tako sklopljena nagodba djeluje kao mrkva bez batine.

Treći mehanizam još uvijek nije uveden, no u studenom prošle godine upućen je prijedlog u parlamentarnu proceduru. Taj bi način zaštite uspostavio jedinstveni režim na kolektivne tužbe u obliku konstitucije, kao i kondemnacije, jačanje provjera reprezentativnosti koje je sudska praksa, kako je navedeno gore, već uvela na mala vrata, a također bi se jurisdikcija koncentrirala na općinski sud u Amsterdamu.

### **3.2.4. Okrugli stol: Problemi i potrebna jamstva za sprječavanje i ograničavanje zlorabe postupka<sup>35</sup>**

Na kraju je nakon opisanih izlaganja bio organiziran okrugli stol na temu problema i potrebnih jamstava za sprečavanje, odnosno ograničavanje zlorabe kolektivne zaštite, u kojem su, uz ova tri govornika, sudjelovali i Ursula Pahl, zamjenica generalnog direktora Europske organizacije potrošača (*BEUC*), te sudionici konferencije.

Najprije se raspravljalo o *ius standi in iudicio* koje imaju udruge potrošača, odnosno o pitanju zlorabe i sukoba između udruga glede zastupanja, pa s tim u vezi i ograničenja postavljanjem pretpostavaka kao što su primjerice odobrenja, a Pahl je potom istaknula važnost razvoja privatne zaštite. Naglasila je kako glavni protivnik reforme kolektivne zaštite na razini EU-a nisu europski trgovci, nego trgovačka komora SAD-a, gdje se nalaze sjedišta brojnih trgovaca, koji imaju svoje podružnice na kontinentu, no da se razvoj reforme ne smije zaustaviti uslijed tih pritisaka i lobiranja. To vrijedi ponajprije iz razloga što je *Provjera učinka* (v. *supra*) pokazala da materijalna pravila razmjerno dobro funkcioniraju, pa se stoga ne smije zanemariti napredak i u postupovnom aspektu dotičnog područja. Štoviše, potrebno je urediti to pitanje s podlogom u privatnoj zaštiti, budući da se javna zaštita pokazala potpunim promašajem u slučaju *Volkswagen*<sup>36</sup> u smislu nedjelotvornosti, jer je od svih država članica jedino u Italiji bila nametnuta kazna

<sup>35</sup> Round table: Concerns and necessary safeguards to prevent or limit litigation abuse.

<sup>36</sup> Presuda od 23. listopada 2007., *Commission v Germany*, C-112/05, EU:C:2007:623.



Volkswagenu, a radilo se, prema Pachl, o evidentnom kršenju odredaba Direktive o nepoštenim odredbama. Nadovezujući se na to, Schulte-Nölke postavio je pitanje Stadler u pogledu javnih tijela i njihove aktivne legitimacije u potrošačkim stvarima, na što je profesorica odgovorila da je moguće da savezna tijela podnesu kolektivnu tužbu (*Verbandsklage*) i da je takva zaštita zapravo češća iz razloga što je rizik upuštanja u parnicu prevelik za privatne entitete poput udruga potrošača u smislu troškova koji se moraju unaprijed snositi.

U Nizozemskoj je u posljednje vrijeme, prema Kramer, česta pojava financiranja od strane trećih – profesionalnih financijera. Nadovezujući se na to, Stadler smatra da je ključno pitanje osiguravanje visoke razine transparentnosti kada je u pitanju financiranje od strane trećih, odnosno trebali bismo biti sigurni da ta treća strana nije u nekom sukobu s tuženikom (npr. patentni spor). Nadalje, Pachl je istaknula kako se u Australiji takav način financiranja nije pokazao kao dobra solucija u slučaju kada tuženik želi sklopiti nagodbu u smislu naturalne restitucije (izgraditi kuću koja se srušila jer je bila neispravno izgrađena), a onda je treća strana to odbijala jer je ciljala na odštetu zbog vlastitih financijskih interesa. Kramer naglašava kako u Preporuci stoji nerealistična odredba da financijer ne smije imati nikakva utjecaja na postupak te u vezi s time ističe da se, istina, ne smije razrješenje cijele situacije prepustiti tržištu, ali i da se ne mogu svi aspekti regulirati.

Pachl je zatim govorila o problemu nepostojanja ili pak postojanja vrlo nerazvijenih struktura udruga potrošača u nekim zemljama, koji bi se mogao djelomično riješiti davanjem odvjetničkim društvima i uredima sposobnosti da u postupku zastupaju kolektivni interes potrošača neposredno. Na to se nadovezala Stadler, koja se također zalaže za što širi opseg subjekata s *ius standi* – i *ad hoc* osnovane organizacije i pojedinci – jer nije moguće da isključivo udruge potrošača, kako je pozitivno uređenje u Belgiji i Francuskoj, pokriju sve slučajeve povrede kolektivnog interesa, međutim potrebno je uspostaviti pravni okvir glede toga. Ipak, ne slaže se s Pachler da bi odvjetnici trebali biti stranke u postupku, jer to je možda stanje u SAD-u, no nije u skladu s kontinentalnom pravnom tradicijom.

S druge strane Javoux se referirao na izjavu o trgovačkoj komori SAD-a ističući da ona, poučena iskustvom glede kolektivnih tužbi u SAD-u, nastoji utjecajem na europskog zakonodavca spriječiti situacije zlouparabe i ishoditi odgovarajuća zakonska jamstva glede *ius standi*, odnosno da se implementira svojevrsni filter glede pitanja tko može, a tko ne podnositi kolektivne tužbe. Fejos se zalaže za nagrade za zastupanje u obliku postotka od iznosa odštete jer mnoge udruge, naročito u istočnoj Europi, nemaju novca za angažiranje odvjetnika i takve bi nagrade privukle odvjetnike. Ne vidi što je u tome sporno te pita Javouxa zašto je protiv toga. Odvjetnik vidi dva sporna razloga – prvi jer velik dio naknade štete neće ići u korist potrošača, nego će se iz nje podmiriti odvjetnici, i drugi jer bi to dovelo do velikog medijskog pritiska, a medije najčešće okupi udruga potrošača koja iznese paušalnu verziju slučaja, što dovodi do štetnog izlaganja trgovca i njegove reputacije. Takvo stanje rezultira pošto-poto sklopljenom nagodbom i upravo se u tome,

smatra Javoux, nalazi velika zlouporaba koja se događa u SAD-u. Ipak, Kramer se protivi usporedbi s SAD-om jer je ondje velik broj nagodaba posljedica potpuno drugih razloga (npr. vrlo skupo istraživanje o spornim činjenicama prije početka samog postupka,<sup>37</sup> nema načela prema kojem stranka koja izgubi u sporu plaća cjelokupni trošak<sup>38</sup>). Kramer dodaje da, ako bi i došlo financiranja od strane trećih, ne bi dolazilo do zlouporabe, što je potvrdila i EK, jer bi se tada prihvaćalo financiranje samo onih slučajeva za koje bi se nakon preliminarnе procjene moglo smatrati da postoji vjerojatnost da će tužba biti usvojena.

Javoux je jednako tako protivnik smanjivanja sudskih naknada jer će u tom slučaju možda doći do povećane motivacije (*incentive*) u pogledu financijskog plijena, ali ne i do zadovoljavanja interesa potrošača. Kramer ističe da u trenutnom okviru Preporuke (v. *supra*) takve opasnosti nema budući da je predviđeno da bi organizacije koje zastupaju kolektivni interes potrošača trebale biti ustrojene na neprofitnoj bazi. Stadler pak u odgovoru Javouxu ističe da, ako želimo da privatna zaštita uspije u smislu da privatni entiteti zastupaju grupne interese, oni trebaju motivaciju i od toga ne treba bježati i treba balansirati i uvesti pravni okvir na razini EU-a.

Nadalje, Schulte-Nölke se pitao kako se uopće šteta procjenjuje u takvim postupcima te, s tim u vezi, je li naknada štete ovdje u onoj klasičnoj građanskopravnoj funkciji ili u funkciji kažnjavanja i odvratanja. Stadler optira za prvu opciju, uz zagovaranje odvojene naknade za onečišćenje okoliša. Pachl ističe da je rizik upuštanja u parnicu prevelik za privatne entitete poput udruga potrošača u smislu troškova koji se moraju unaprijed snositi. Dobro rješenje iznašao je portugalski zakonodavac, koji je propisao da u slučaju gubitka sud može odlučiti da udruga ne mora platiti puni trošak postupka, već između 1/10 i polovine troškova. Glede pitanja raspodjele parničnog troška u Francuskoj Javoux kaže da postoji načelo pravičnosti, koje primjenjuje sud po diskreciji.

Zaključno, sudionici su se složili da bi trebalo i dalje istraživati, pa i osmisliti čvrst regulatorni okvir za financiranje od strane trećih, budući da je to najrealnija solucija u rješavanju problema financiranja kolektivne zaštite. Pachl je pritom istaknula da smatra kako se u Njemačkoj neće dogoditi znatan pomak u području kolektivne zaštite općenito bez obvezujućeg instrumenta od strane europskog zakonodavca i baš zato preferira da to područje uredi instrument uredbe, s čime su se ostali složili.

---

<sup>37</sup> *pretrial discovery*

<sup>38</sup> *loser pays all principle*

#### 4. FINANCIJSKE USLUGE ZA POTROŠAČE<sup>39</sup>

##### 4.1. Regulatorni okvir EU-a za pružanje financijskih usluga potrošačima: dovoljna zaštita interesa potrošača?<sup>40</sup>

Predavanje na naslovnu temu održao je prof. dr. sc. Peter Rott sa Sveučilišta u Kasselu i kao uvod istaknuo je jednu *vruću* točku, koja se odnosi na pojam *trajnog medija*. Naime sud je bio istaknuo 2016. u svojoj presudi *Home CREDIT Slovakia*<sup>41</sup> da čl. 10/1 Direktive 2008/48/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2008. o ugovorima o potrošačkim kreditima i stavljanju izvan snage direktive Vijeća 87/102/EEZ (dalje: Direktiva 2008/48/EZ) ostavlja otvorenim pitanje pretpostavke potrebe potpisa na mediju u papirnatom obliku te da to pitanje treba urediti domaći zakonodavac. Na jednak način treba biti uređeno još jedno otvoreno pitanje: trebaju li ugovor i svi podaci biti uključeni u jedinstveni dokument? Pri tom je istaknuto kako minimalna harmonizacija u vezi odvojene dokumentacije diktira da oba dokumenta budu predana potrošaču prije sklapanja ugovora i da treba postojati jasna referenca u jednom dokumentu glede relevantnih podataka sadržanima u drugom. Rott ističe da su ta pitanja otvorila područje pravne nesigurnosti snižavajući time zaštitu unutar prava kreditiranja potrošača. Nadalje, također u pogledu *trajnog medija*, Rott ističe kako bi se web-stranica mogla smatrati trajnim medijem u smislu čl. 4. toč. 25. Direktive 2007/64/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu i o izmjeni direktiva 97/7/EZ, 2002/65/ez, 2005/60/EZ i 2006/48/EZ te stavljanju izvan snage direktive 97/5/EZ (dalje: Direktiva 2007/EZ) ako bi: 1) omogućavala korisniku usluge plaćanja da pohrani informacije upućene njemu osobno na način pristupačan za buduće referencije za vrijeme koje odgovara svrsi informacija i koje dopušta nepromijenjenu reprodukciju istih te ako 2) ne bi bilo mogućnosti da korisnik ili administrator jednostrano izmijene sadržaj stranice. Jednako tako komunikacija na trajnom mediju znači aktivnu komunikaciju npr. slanjem pisma ili elektroničke poruke da su podaci dostupni na webu. Ipak, ne postoji, što je, dodaje Rott, možda najvažnije, obveza redovite provjere e-pošte.

Nadalje, u vezi s obvezom pružanja informacija Rott upozorava da prebogat asortiman informacija može dovesti do informacijske prezasićenosti, što i jest čest slučaj u praksi, a ponajviše zbog straha trgovaca od kazni koje su propisane ako određena informacija nije bila pružena potrošaču. U tom kontekstu Sud u gore navedenom slučaju ističe da kazne za povrede moraju biti učinkovite i preventivne, ali i proporcionalne, za što se kao primjer navodi potpuni gubitak prava na isplatu kamata ukoliko je nedostatak informacija znatno utjecao na potrošačevu sposobnost da procijeni benefite pozajmljivanja.

<sup>39</sup> *Consumer Financial Services*.

<sup>40</sup> *EU regulatory framework for retail finance services: sufficient protection for consumers in place?*

<sup>41</sup> Presuda od 9. studenog 2016., *Home Credit Slovakia*, C-42/15, EU:C:2016:842.

Rott je istaknuo važnost procjene kreditne sposobnosti. Nabrajajući izvore podataka na temelju kojih se izvodi procjena, ističe da je pri vrijednosti imovine vrlo važno uočiti odredbu da se rezultat procjene ne smije temeljiti isključivo na tom kriteriju, što služi kao zaštita potrošača od gubitka imovine. No opet s druge strane mogli bismo se zapitati isključuje li to iz kreditiranja stariju populaciju, mlade obitelji i druge ranjive skupine, koje nemaju usporediv opseg prihoda. Nadalje, u presudi *CA Consumer Finance*<sup>42</sup> Sud je naveo kako teret dokaza da je procjena provedena pada na kreditora. Problematično je što pravna stečevina EU-a nije interno koherentna, što se može vidjeti iz činjenice da je u Direktivi 2014/17/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 4. veljače 2014. o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine i o izmjeni direktiva 2008/48/EZ i 2013/36/EU i Uredbe (EU) br. 1093/2010 (dalje: Direktiva 2014/17/EU) propisana zabrana kreditiranja ako rezultat procjene kreditne sposobnosti upućuje na to da nije vjerojatno da će se obveze koje proizlaze iz ugovora o kreditu moći zadovoljiti, dok isto nije propisano glede potrošačkih kredita. Glede sankcioniranja takva kreditora Rott naglašava kako je to ostavljeno državama članicama sukladno recitalu 83 Direktive 2014/17/EU te je poručio kako je u Njemačkoj implementacija glede tog pitanja provedena putem građanskopravnih pravila.

Nadalje, bilo je riječi i o profesionalizaciji iz čl. 9 Direktive 2014/17/EU, tj. jesu li u njemu sadržani zahtjevi za osoblje u pogledu znanja i stručnosti dovoljno jasni i primjenjuju li se na dovoljno širok krug osoba. Odgovor na prvo pitanje bio je polovičan po sadržaju u smislu da mjestimično ima nejasnih odredaba, dok je odgovor na drugo pitanje negativan zbog činjenice da su iz područja primjene članka izostavljeni kreditni posrednici. Potonji problem postoji i u pogledu čl. 7. o pravilima poslovnog ponašanja prilikom davanja kredita.

Dalje, posebno je bila zanimljiva presuda *Ruxandra Paula Andriciuc* glede kredita u stranoj valuti. To je pitanje regulirano u čl. 23 Direktive 2014/17/EU. Naime u presudi je Sud stavio naglasak na činjenicu da pretpostavka transparentnosti ne smije biti ograničena na formalne i gramatičke aspekte, nego se mora postaviti iz perspektive ekonomskog utjecaja te da financijske institucije moraju korisnicima kredita pružiti dovoljno informacija kako bi mogli donositi razborite i informirane odluke, pri čemu te informacije moraju barem uključivati utjecaj koji na rate ima znatna deprecijacija zakonskog sredstva plaćanja u državi članici u kojoj korisnik kredita ima prebivalište i povećanje strane kamatne stope. Rott ističe kako je u nekim zemljama uvedena obveza naknade štete zbog pogrešnog savjeta (Austrija).

Osim toga dio predavanja bio je posvećen Direktivi 2014/92/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 2014. o usporedivosti naknada povezanih s računima za plaćanje, prebacivanju računa za plaćanje i pristupu računima za plaćanje s osnovnim uslugama, koja, među ostalim, regulira pristup temeljnim računima s mogućnošću izbora između kreditnih institucija te se u okviru toga pojavljuje problem naknade. U čl. 18/1 propisano

---

<sup>42</sup> Presuda od 18. prosinca 2014., *CA Consumer Finance SA*, C-449/13, EU:C:2014:2464.

je da države članice osiguravaju da kreditne institucije pružaju predmetne usluge besplatno ili uz razumnu naknadu. Konkretno problem je u implementaciji te odredbe u pojedinim zemljama, gdje Rott kao primjer navodi Njemačku, u kojoj je ta naknada viša negoli kod *normalnih računa* te je s tim u vezi spomenuo kako je tamošnja udruga potrošača (*Verbraucherzentrale Bundesverband - VZVB*) podnijela tužbu protiv tri kreditne institucije.

Kraj svojeg izlaganja posvetio je Direktivi 2015/2366/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu, o izmjeni direktiva 2002/65/EZ, 2009/110/EZ i 2013/36/EU te Uredbe (EU) br. 1093/2010 i o stavljanju izvan snage Direktive 2007/64/EZ koja za ciljeve ima poboljšanje sigurnosti elektroničkog plaćanja, smanjenje troškova platnih transakcija i jačanje potrošačkih prava kao npr. zabrana naplate dodatnih naknada primjerice pri plaćanju karticom. Potrošač dalje mora autorizirati svako plaćanje te ako pružatelj usluge plaćanja ne može dokazati autorizaciju, nema prava naknade troškova s potrošačeva računa, a i rizik zlouporabe leži na pružatelju usluge plaćanja (recital 71). U tom kontekstu razlikujemo skrivljenu i neskrivljenu odgovornost. Kod potonje je riječ o poticanju ponašanja koje minimizira rizik, a pokriva manipulaciju pomoću bankomata, kao i zlouporabu samo uz pomoć broja kreditne kartice. Kod prve odgovornosti s druge strane pretpostavka je namjera ili krajnja nepažnja, a sukladno direktivi postoji obveza momentalnog prijavljivanja gubitka, odnosno zlouporabe.

#### **4.2. Upakirani investicijski proizvodi za male ulagatelje i investicijski osigurateljni proizvodi: Uredba 1286/2014 o dokumentima s ključnim informacijama<sup>43</sup>**

Predavanje na temu Uredba 1286/2014/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o dokumentima s ključnim informacijama za upakirane investicijske proizvode za male ulagatelje i investicijske osigurateljne proizvode (PRIIP-ovi) održala je Ursola Gerold, starija ekspertica za zaštitu potrošača u njemačkom Saveznom uredu za nadzor financijskih usluga (*BaFin*), koja je najprije pojasnila značenje standarda u smislu da je riječ o dokumentu koji određuje zahtjeve za proizvode, usluge i/ili procese te njihove pretpostavljene odlike, a to pomaže osigurati slobodno kretanje robe i potiče izvoz. Istaknula je kako standardizacija promiče učinkovitost i osiguranje kvalitete u industriji, tehnologiji, znanosti i javnom sektoru te služi zaštitu ljudi i dobara te poboljšava kvalitetu potonjih. Standardi se razvijaju u procesu temeljenom na konsenzusu, koji organizira nadležno tijelo.

Standardi koje postavlja *Deutsches Institut für Normung* (DIN standardi) rezultat su rada na nacionalnoj, europskoj i/ili međunarodnoj razini. Svatko može podnijeti prijedlog za novi standard. Nakon što se prihvati, projekt standarda provodi se prema utvrđenim

---

<sup>43</sup> *Packaged retail and insurance-based investment products (PRIIPs): Regulation 1286/2014 on key information documents.*

pravilima postupka od strane odgovarajućeg Odbora za DIN, mjerodavnog tehničkog odbora Europske organizacije za standarde CEN (*Comité Européen de Normalisation*) ili odgovarajućeg odbora u međunarodnoj organizaciji za normizaciju ISO (*International Organization for Standardization*). Takvi sektorski standardi u EU-u imaju za funkciju proširenje ponude, promocije tržišnog natjecanja te povećanje kvalitete financijskih proizvoda na način da potrošači dobiju kratke upute o proizvodu. Jednako tako unapređuje se transparentnost i uklanja asimetrija informacija, uz korištenje istraživanjima o bihevioralnoj ekonomiji. Glede obveza distributera paketa informacija (PRIIPs) Gerold ističe da čl. 2/1 obuhvaća sve oblike distribucije, uključujući i najobičnije konzultacije, dok se dokumentacija s ključnim informacijama (KID, *key information documents*) mora pripremiti dovoljno rano prije sklapanja ugovora ili neposredno nakon transakcije.

Na kraju izlaganja predavačica se dotaknula i uloge BaFin-a kao nadležnog tijela za PRIIPs s ovlastima da intervenira i sankcionira u slučaju: 1) povrede obveze donošenja ili distribucije KID-a ili 2) nepoštivanja pretpostavaka KID-a, kao i onih glede regulatornog tehničkog standarda (RTS, *regulatory technical standards*). Zapravo se, prema mišljenju Gerold, radi o nadzoru nad zlouporabama, koji se temelji na procjeni rizika. Naravno, istaknula je i činjenicu koja se provlačila kroz sva predavanja dosad, tj. zahtjev za uskom suradnjom regulatornih tijela na razini EU-a te ujednačenom upravnom postupku na razini EU-a, koji će spriječiti stvaranje prepreka na tržištu kroz bilateralne i multilateralne sastanke. Već će sljedeće godine započeti evaluacija PRIIPs KID-a.

## 5. PRAVO PUTOVANJA<sup>44</sup>

### 5.1. Implementacija nove Direktive o putovanjima o paket-aranžmanima<sup>45</sup>

Predzadnje je predavanje održao odvjetnik Stephen Mason na temu Direktive 2015/2302/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015. o putovanjima u paket-aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima, o izmjeni Uredbe (EZ) br. 2006/2004 i Direktive 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage stare Direktive Vijeća 90/314/EEZ (dalje: Direktiva 2015/2302/EU). Najprije je citirao samu Direktivu u odredbi čl. 28, prema kojoj se implementacija direktive mora dovršiti do 1. siječnja 2018., a njezine se odredbe primjenjuju od 1. srpnja 2018. Istaknuo je kako je UK dosada proveo tek dvije konzultacije s tim u vezi, dok su druge države članice, npr. Njemačka, poduzele konkretnije korake. Duhovito je to prokomentirao riječima da UK trenutačno ima neke preče brige u vezi s EU-om, aludirajući na *Brexit*.

Glede sadržaja Direktive Mason naglašava kako je u odnosu na staru Direktivu – Direktivu 90/314/EEZ Vijeća od 13. lipnja 1990. o putovanjima, odmorima i kružnim putovanjima

---

<sup>44</sup> *Travel Law*

<sup>45</sup> *Implementation of the New Package Travel Directive*

u paket-aranžmanima – jedna od najvećih promjena u definiciji paket-aranžmana, koja je dana u čl. 3/2. Novom definicijom EU nastoji obuhvatiti sve kombinacije u vezi s putovanjima, i to tako da se na kraju kupnje preko interneta kupcu prikaže paušalna cijena, a ne ukupna cijena što je u UK bio najveći izvor sporova u vezi s implementiranom starom Direktivom. Stoga, sukladno čl. 3/2/b/ii, sav korpus prava presedana koji je tumačio razliku između te dvije vrste cijena prestaje vrijediti. U vezi s čl. 3/2/b/iii Mason se pita koji bi to mogao biti *sličan naziv* i s tim u vezi ističe važnost definiranja radi li se o paket-aranžmanu ili ne, jer će o tome ovisiti hoće li putnik ozlijeđen za vrijeme svog putovanja moći ishoditi naknadu štete ili ne. To svakako predstavlja *sklizak teren* za suce koji o tome moraju odlučiti prilikom konkretnog slučaja. Članak 3/2/b/v također predstavlja širenje pojma *paket-aranžman*.

Mason na tim primjerima želi prikazati kao je EU razvio vrlo široku mrežu aranžmana koji će potpadati pod definiciju predmetnog pojma, pa je onda vjerojatno zbog takva prezezanja isključio poslovna putovanja iz primjene Direktive, što predstavlja još jednu razliku u usporedbi sa starom Direktivom. Međutim upozorava, za slučaj da je zakonodavac EU-a ipak omogućio nekom aranžmanu da ne bude obuhvaćen tom širokom mrežom, kao spas je uveden pojam *povezani putni aranžman* u čl. 3/5. Mason smatra da će vrlo rijetko doći do primjene čl. 3/5/a jer će potrošač uvijek tvrditi, u cilju da se aranžman smatra putnim, da nije bilo riječi o zasebnom odabiru niti bi ijedan razumni potrošač uopće pristao na takav aranžman, a to iz razloga što su segmenti putovanja uvijek povezani (avionski prijevoz / javni prijevoz / smještaj itd.), pa je praktičnije putovati u paket-aranžmanu nego birati zasebne usluge. S druge strane Mason vjeruje da će čl. 3/5/b doći u primjenu, budući da nema automatskog prijenosa osobnih podataka i detalja o kreditnoj kartici, pa će potrošači bez bojazni sklapati i takve ugovore. Međutim, onako kako je stipulirano u čl. 19., potrošači dobivaju slabu zaštitu glede insolventnosti društva. Naime, Mason pojašnjava, ako potrošač kupi hotelsku sobu preko trgovca A, a avionsku kartu preko trgovca B, zaštićen je samo od insolventnosti trgovca A, ali ne i trgovca B i krajnjeg pružatelja usluge (u konkretnom primjeru hotela), što nema smisla, budući da se radi o paket-aranžmanu.

Nadalje, glede cijene, u skladu s čl. 11/2/b, jednom kada je napravljena rezervacija dopušteno je povećanje cijene paket-aranžmana za osam posto, a ukoliko je povećanje veće, potrošač ima pravo raskinuti ugovor bez plaćanja naknade za raskid ugovora. Glede čl. 12. i sintagme *raskid ugovora u slučaju izvanrednih okolnosti koje se nisu mogle izbjeći, a koje su nastupile na odredištu ili u njegovoj neposrednoj blizini*, Mason se pita, u kontekstu nedavnih uragana na američkom kontinentu, bi li potrošač, da je implementacija Direktive već na snazi, mogao otkazati putovanje na otok u Karibima ako je vremenska prognoza predviđjela da će uragan udariti u drugi karipski otok, a poznata je činjenica da uragani mijenjaju smjer. To je, upozorava Mason, samo jedan od pokazatelja kako postoji opasnost divergentne prakse, jer će se tumačenja raznih pojmova u Direktivi kolebljivo provoditi s obzirom na to da je vrlo lako zauzeti jednu, pa drugu stranu. Glede naknade za otkazivanje trgovac mora dokazati da je ona opravdana. Kao primjer balansiranja interesa Mason je

prikazao odredbu u čl. 13., prema kojoj, ukoliko dođe do više sile, trgovac treba platiti maksimalno još tri noćenja, a od te točke u vremenu trošak pada na teret potrošača, koji bi trebao, Mason savjetuje, imati osiguranje. Posebno je zanimljiva odredba čl. 16., koja donosi novo uređenje s obzirom na obvezu pružanja pomoći u smislu da se sada ta obveza proširuje gotovo na sve situacija, a koje možda nemaju veze sa samim paketom aranžmana, npr. pokriveno je i trovanje hranom u restoranu koji je potrošač izabrao u mjestu gdje provodi odmor. No pod pomoći se ne misli na isplatu kakve naknade, nego davanja savjeta i sl.

Zaključno, Mason postavlja pitanje što sve navedeno znači i daje odgovor da će vjerojatno biti više prodanih paketa i, slijedom toga, više tužbi pred sudovima, a koje će se ticati kvalitete, opisa, ozljede i bolesti, jer je Direktiva u suštini sročena u korist potrošača. Uz to Mason pozdravlja promjenu koja se dogodila u smislu mjesta regulacije. Naime trenutačno svako društvo koje prodaje pakete mora u svakoj državi članici udovoljavati zahtjevima dotične regulacije, što će uvelike povećati troškove, koji će biti prebačeni na potrošače. To je protivno nastojanjima EU-a da olakša prekogranična putovanja i trgovinu. Prema čl. 18. osnivanje trgovca regulira se u skladu s načelom uzajamnog priznanja samo jednom, i to u mjestu osnivanja.

## 6. ZAŠTITA PODATAKA<sup>46</sup>

### 6.1. Nova pravila o privatnosti: predložena Uredba o e-privatnosti<sup>47</sup>

Posljednje je predavanje održala Zsuzsanna Belenyessy, pravna službenica u Europskom nadzorniku za zaštitu podataka (EDPS), na temu Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o poštovanju privatnog života i zaštiti osobnih podataka u elektroničkim komunikacijama te stavljanju izvan snage Direktive 2002/58 (dalje: Uredba o privatnosti i elektroničkim komunikacijama). Belenyessy je na početku ocijenila prijedlog kao ambiciozan pravni instrument za e-privatnost te su u javnu raspravu bile uključene mnoge organizacije i udruge iz civilnog sektora. Ta bi uredba kao sredstvo predviđeno da štiti pravo na privatni život<sup>48</sup> trebala štiti tajnost komuniciranja, konkretno pokrivati podatke spomenute u telefonskom razgovoru ili e-poruci, koji dakle ne moraju biti osobni. Na taj se način nadopunjuje i specificira Opća uredba o zaštiti podataka, koja je ograničena samo na zaštitu osobnih podataka. *Povjerenje iziskuje dodatnu zaštitu* koja nije važna samo za privatni život nego i u poslovnom području (primjerice razmjena osjetljivih podataka o *M&A*<sup>49</sup>). Da je to polje ažurna tema, dokazuje i činjenica da je europski zakonodavac optirao za izravno primjenjivu uredbu u svrhu postizanja većeg stupnja harmonizacije, a ne posredan pravni instrument direktivu. To je posebno važno zbog

<sup>46</sup> *Data protection*

<sup>47</sup> *New privacy rules: the proposed e-Privacy Regulation*

<sup>48</sup> Čl. 7 Povelje Europske unije o temeljnim pravima; čl. 8 Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.

<sup>49</sup> Preuzimanje i spajanje (engl. *mergers and acquisitions*).



činjenice da je državama članicama, odnosno njihovim tijelima nadležnima za zaštitu podataka, prepušten nadzor nad primjenom uredbe, kao i njezino izvršavanje, pa je cilj harmonizacije spriječiti fragmentiranost u primjeni i nadzoru.

Tom se uredbom iskazuje ambicija zaštite kako sadržaja tako i metapodataka.<sup>50</sup> U vezi s potonjim donesena je Direktiva 2006/24/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 15. ožujka 2006. o zadržavanju podataka dobivenih ili obrađenih u vezi s pružanjem javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga ili javnih komunikacijskih mreža i o izmjeni direktive 2002/58/EZ, a metapodaci imaju važnu ulogu i u sigurnosnoj politici kako se uz pomoć njih mogu locirati osobe koje se smatraju opasnima (npr. teroristi), ali to istovremeno može biti sredstvo zlouporabe, pa je, ocjenjuje Belenyessy, dobro što je ovim Prijedlogom podignuta zaštita i nadzor nad ophođenjem s metapodacima. Dalje, ova uredba proširuje obvezu čuvanja tajnosti i na usluge koje pružaju telekomunikacijski operateri preko IP-mreže, kao npr. *Skype*, *WhatsApp* itd.

Potom je izlagačica predstavila Mišljenje 6/2017,<sup>51</sup> iz čijeg je sadržaja izvukla i strukturirala sedam ključnih problema. Prvi se odnosi na opseg i definicije u smislu da većina definicija ovisi o predloženom Prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o Europskom zakoniku elektroničkih komunikacija.<sup>52</sup> To nije dobro rješenje, jer bi, ističe Belenyessy, središnji pojmovi trebali biti definirani u samoj Uredbi, kao i iz razloga što su smisao i cilj EECC-a i Uredbe različiti – EECC je usmjeren na učinkovitost tržišta, a Uredba na zaštitu privatnosti. Uz to definicije, premda ne moraju biti identične, ne smiju biti kontradiktorne, a metapodaci bi trebali pokrivati više od podataka u elektroničkoj komunikacijskoj mreži. Posebno je važno glede podataka u *oblaku* da su zaštićeni bilo u fazi komunikacije bilo dok su pohranjeni.

Nadalje, kao drugi problem ističe materiju vezanu uz pristanak, koji bi trebao biti zatražen od korisnika usluge čija su prava pogođena, što bi značilo da se privola mora ishoditi od svih stranaka koje sudjeluju u komunikaciji. Inače, pružatelji usluga s druge strane vrlo se često pozivaju na odredbu legitimnog interesa (Opća uredba o zaštiti podataka), i to je često polje velikih zlouporaba, pa Belenyessy ističe da je izričito traženje privole u Prijedlogu dobar potez. Povrh toga treba zaštititi i prava pojedinaca koji nisu potonje stranke, nego o kojima se, primjerice, vodi dotična korespondencija. Treće, Bellenesy je u okviru analize odnosa između Opće uredbe o zaštiti podataka i Uredbe naglasila da obrada osobnih podataka smije biti dopuštena samo ukoliko ima pravni temelj specifično naveden u Uredbi. Pri tom bi domaći zakonodavac mogao donijeti odredbe o dodatnim, ograničenim i specifičnim iznimkama, primjerice u svrhu zaštite *vitalnih interesa*

---

<sup>50</sup> Izvori informacija moraju biti vidljivi na način koji ljudima omogućuje da doznaju jesu li im korisni. Metapodaci su sustavna metoda za opisivanje takvih resursa i time im poboljšavaju pristup. Drugim riječima, to su podaci o podacima. Ako je resurs vrijedan dostupnosti, vrijedi ga i opisati relevantnim metapodacima kako bi se maksimalno povećala mogućnost tražitelja informacija da ga pronađu.

<sup>51</sup> Europski nadzornik za zaštitu podataka, *EDPS Opinion on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation)*, Opinion 6/2017, 24. 4. 2017.

<sup>52</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code*, Bruxelles 12.10.2016., COM(2016) 590 final 2016/0288 (COD).

pojedinaca. Četvrti segment, povezan s drugim, sastoji se u činjenici da pristanak mora biti dan slobodno, što podrazumijeva da nema više *kolačića*, koji su izrijekom i u potpunosti zabranjeni. Dodatno je stipulirana i zabrana prakse isključenja korisnika koji ne pristanu na praćenje uz *pomoć ad-blokiranja* ili drugih aplikacija instaliranih u svrhu zaštite njihovih prava. Takvom uređenju prigovaraju mnogi koji u njemu vide gubitak sredstava financiranja putem oglasa, budući da oglašavanje bez *kolačića* gubi na svojoj agresivnosti, pa je i motivaciji da se oglašava manja, a opet s druge strane nikoga se ne može prisiliti da bude praćen na taj način. Ako je riječ o *uzmi ili ostavi* privoli, tada nije riječ o privoli.

Jednako tako predavačica je istaknula kako privatnost treba biti zaštićena automatski, odnosno da je to zadana postavka. U tom bi kontekstu od proizvođača *hardwarea* i *softwarea* trebalo zahtijevati implementaciju postavke da zaštita privatnosti bude zadana. Tako bi krajnji korisnici bili automatski zaštićeni od neovlaštenog pristupa ili pohranjivanja podataka na svojim uređajima. Pristupanje priznatim tehničkim i političkim standardima usklađenosti od strane svih dotičnih stranaka treba biti obvezatno. Belenyessy je u spomenula još jedan problem povezan s pristankom korisnika na praćenje uređaja, npr. mobitela, a time i potrošača, kako bi se vidjelo npr. koliko se dugo zadržao ispred određenog dućana. Općenito govoreći, u Prijedlogu se iznašlo rješenje prema kojem je takvo praćenje u redu ako je potrošač obaviješten o tome, pa je tada u mogućnosti isključiti uređaj. Iskazuju se sumnje u praktičnost i proporcionalnost takva rješenja, te se izlagačica nada da će u budućnosti ta praznina biti popunjena nekim adekvatnijim rješenjem. Stoga bi predloženi članci 8/2/b, 8/3 i 8/4 trebali biti zamijenjeni jednostavnijim pretpostavkama pristanka na takvo praćenje. Na kraju se govorilo o ograničenjima glede privatnosti, najčešće zbog sigurnosnih razloga, koja moraju biti podvrgnuta dodatnim pravilima i jamstvima s jasnim kriterijima, kako je to predviđeno i u Općoj uredbi o zaštiti podataka.

## **7. UMJESTO ZAKLJUČKA: NEKA PITANJA U SKLOPU TEMATIKE KONFERENCIJE PRIMIJENJENA NA HRVATSKI KONTEKST**

Teme koje su se obrađivale u sklopu ovogodišnje konferencije korespondiraju s aktualnom problematikom na razini EU-a – kolektivna zaštita u EU-u, potrošačke financijske usluge, pravo putovanja i pravo zaštite osobnih podataka. Kako je opisano, područje prava potrošača u okviru EU-a počinje dobivati svoj sve konkretniji sadržaj kako u materijalnom tako i u procesnom smislu. Posebno je važna uloga Suda, koji svojom interpretacijom norma sekundarnog zakonodavstva stvara autonomne koncepte s tog pravnog područja na taj način pridonoseći ujednačenijoj primjeni predmetnih norma od strane sudova u državama članicama. Dodatan vjetar u leđa cijelom ovom projektu mogu dati i generalno pozitivni rezultati evaluacije odabranih instrumenata sekundarnog zakonodavstva.

Što se predmetnih pravnih uređenja u Republici Hrvatskoj tiče, treba istaknuti da je naš pravni poredak normativno usklađen s predmetnom regulativom EU-a. Tako je uređenje glede nepoštenih ugovornih odredaba sadržano u Zakonu o zaštiti potrošača<sup>53</sup> u glavi II., a sukladno dotičnim pravilima takve se ugovorne odredbe smatraju ništetnima, što će reći da je djelovanje presude koja ih takvima proglašava retroaktivno. To za sobom povlači posljedicu pristupa suda *ex offo*, što je u skladu s rezoniranjem Suda u presudi *Naranjo*, odnosno *Banco primus*. Glede pak presude *Wi ostali* i problematike otežanog dokazivanja kauzalnog neksusa pouke iz te presude koje se tiču specifično tog dijela u rezoniranju Suda hrvatsko pravo već je bilo primijenilo uvođenjem koncepta predmnijevane uzročne veze kod neispravnog proizvoda u okviru objektivne odgovornosti. Štoviše, glede materije kojom se bavio Sud u slučaju *Menini* izrečene pretpostavke poklapaju se s onima iz Zakona o alternativnom rješavanju potrošačkih sporova,<sup>54</sup> a tom je kontekstu adekvatna i odredba iz čl. 19., prema kojoj sporazum kojim se potrošač i trgovac obvezuju da će svoj spor rješavati pred određenim tijelom za mirenje ne obvezuje potrošača ako je zaključen prije nastanka spora ili ako se temeljem takva sporazuma potrošač odriče prava na sudsku zaštitu u parničnom postupku.

Nadalje, kolektivna zaštita u Hrvatskoj uređena je Zakonom o zaštiti potrošača, a supsidijarno se primjenjuje Zakon o parničnom postupku.<sup>55</sup> Hrvatska je u konceptu udružne tužbe u mnogočemu slijedila germansku pravnu tradiciju, a normativno je usklađena sa zahtjevima EU-a. Što se pak tiče problematike financiranja od treće stranke kao jedne vrste demokratizacije u postupovnom pravu, u svakom slučaju treba dalje istražiti u hrvatskom pravnom kontekstu, prema kojem *a prima vista* takav mehanizam ne bi bio zabranjen.

Direktiva o putovanjima u paket-aranžmanima unijet će podosta promjena u domaće pravno uređenje, a jedan od problema moglo bi biti suočavanje s izazovima priznavanja domaće zaštite potrošačima u slučaju nesolventnosti nekog od aktera u sklopu paket-aranžmana, u najmanju ruku zbog vrlo ograničenog tržišta za domaće osiguravatelje i/ili nedovoljnog iskustva s nesolventnim organizatorima paket-aranžmana.<sup>56</sup>

Jednako tako, pravo zaštite osobnih podataka u Hrvatskoj uređeno je Zakonom o zaštiti osobnih podataka, koji je usklađen s Direktivom 95/46/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 24. listopada 1995. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka, koja će biti zamijenjena Općom uredbom o zaštiti podataka,<sup>57</sup> a ona će se, kao i Uredba o privatnosti i elektroničkim komunikacijama,

---

<sup>53</sup> NN 41/14, 110/15.

<sup>54</sup> NN 121/16.

<sup>55</sup> NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14.

<sup>56</sup> Trezner, Željko, Primjena direktive (EU) 2015/2302 o putovanjima u paket-aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima, *Zbornik sveučilišta Libertas*, 1-2/2017, str. 315.

<sup>57</sup> Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ.

primjenjivati izravno te će se stoga praksa obrade osobnih podataka morati mijenjati, posebice u području pravnih temelja za obrađivanje, uz uvođenje strožih pretpostavaka za davanje valjane privole.<sup>58</sup>

U hrvatskoj je pak praksi i javnosti glede zaštite potrošača najjače odjeknuo slučaj *Franak*, koji ima reperkusije na konferencijska predmetna područja, točnije na sastavljanje ugovora, kao i na kolektivnu zaštitu potrošača. U tom je slučaju uslijed kolektivne tužbe sud utvrdio da su se kamatne stope nezakonito mijenjale tijekom trajanja ugovornih odnosa te je deklarirao klauzule s takvim sadržajem ništetnima, pa je bankama zabranjeno daljnje poslovanje na način kako su to radile.<sup>59</sup> Potom su banke dužnicima na temelju individualnih zahtjeva, pozivajući se na tu presudu, počele vraćati preplaćeni dio ugovorenog kreditnog iznosa.<sup>60</sup> Navedeno pokazuje da je u Hrvatskoj polako zaživjela kolektivna zaštita, konkretnije, da se manifestiralo proširenje subjektivnih granica pravomoćnosti. Takav je pristup u skladu s rezoniranjem Suda u navedenoj presudi *Naranjo*, međutim u literaturi se zamjera stav viših sudova u smislu zanemarivanja prakse Suda.<sup>61</sup> Uz to uloga bi hrvatskih sudova općenito trebala biti proaktivnija u smislu presude *Banco primus* i postizanja željenog učinka sprječavanje stalnog korištenja nepoštenih odredaba, no ipak, za ta pitanja, da bi se uopće pojavila pred sudom, potrebno je educiranje i senzibiliziranje javnosti, konkretnije potrošača, čija su prava povrijeđena, a koji iniciraju postupak, bilo samostalno bilo kolektivno. Zaključno, članica EU-a Republika Hrvatska, i kao država i kao zajednica građana, trebala bi intenzivnije pratiti razvoj prava EU-a, ponajprije u smislu provedbe autonomnih koncepata prava zaštite potrošača koje kreira Sud.

---

<sup>58</sup> V. <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2013551/draft-gdpr-consent-guidance-for-consultation-201703.pdf> (posjećeno 15. 2. 2018.).

<sup>59</sup> P-1401/2012 od 4. srpnja 2013., Pž-7129/13-4 od 13. lipnja 2014., Revt 249/14-2 od 14. svibnja 2015.

<sup>60</sup> Npr. <http://www.iusinfo.hr/DailyContent/News.aspx?id=28028> (posjećeno 15. 2. 2018.).

<sup>61</sup> *Uz memo li u obzir da je VSRH nacionalni sud zadnje instance te da prema njegovu stajalištu nije postojala relevantna praksa Suda EU-a, tada se otvara mogućnost da cjelokupna situacija ulazi u polje primjene Ugovora o funkcioniranju Europske unije.* Pavičić, Ivan Branimir; Pižeta, Ivan, Analiza slučaja "Franak" – osvrt i kritike presuda u postupku kolektivne zaštite potrošača, *Hrvatska pravna revija*, 9/2016, str. 44.